

EL EFECTO DE IRRADIACIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL LÜTH DE 1958

*FUNDAMENTAL RIGHTS IRRADIATION EFFECT
ON LÜTH'S RULLING DECIDED IN 1958**

*Fecha de recepción: 10 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2012*

JUAN ANTONIO BARRERO-BERARDINELLI**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Juan Antonio Barrero-Berardinelli, *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958*, 20 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 213-246 (2012).

Código SICI: 1692-8156(201206)12:20<213:EILUTH>2.0.TX;2-U

* Artículo de reflexión.

** Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Público, Universidad Sergio Arboleda. Master en Administración Pública y Derechos Fundamentales, Universidad de Roma La Sapienza. Profesor de Derecho Público, universidades de los Andes, Javeriana, Libre y Sergio Arboleda. Profesor invitado por la Universidad de Roma. Actualmente, Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura. Contacto: juanbarrero@hotmail.com

RESUMEN

Este artículo explica el contexto y la importancia de uno de los fallos judiciales más importantes que ha producido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en más de medio siglo de funcionamiento. En particular se resalta el “efecto de irradiación” como expresión de logro de una cultura que otorga prevalencia a los derechos fundamentales sobre otros aspectos de la juridicidad. Asimismo, se aborda la distinción entre las normas de principios y de regla constitucional que ha sido utilizada para estructurar los métodos de interpretación judicial.

Palabras clave autor: amparo, derechos fundamentales, principios, reglas, colisión, efecto de irradiación.

Palabras clave descriptor: Derechos Humanos, interpretación del Derecho, recurso de amparo, Derecho Civil.

ABSTRACT

This article explains the context and the importance of one of the most important rulings emitted by the German Federal Constitutional Court, emphasizing the “irradiation effect” as expression of a culture that gives prevalence to fundamental rights over other legal aspects. Additionally it refers to the distinction among principles and rules which enable the construction of certain methods of interpretation.

Key words author: *fundamental rights, collision, rules, principles, “irradiation effect”.*

Key words author: *Human Rights, law, interpretation and construction, amparo (Writ), civil law.*

En palabras puntuales del constituyente Oscar Luigi Scalfaro, en la dogmática de la segunda posguerra “la persona humana e un prius, lo stato un posterius”. Esta contundente afirmación redireccionadora del centro gravitacional del poder público fue convertida en disposiciones principialistas tendientes a la protección de la dignidad humana que, a modo de rectificación histórica, tras el guayabo¹ ontológico causado por el paso de las dos guerras, plasmaron los constituyentes europeos en la Ley Fundamental de Bonn² y, de manera aún más resuelta, los italianos, con la enunciación del emblemático artículo 11 de la Constitución de 1947: “L’Italia ripudia la guerra...”³.

En efecto, la Europa continental padeció una especie de guayabo colectivo en tiempos de la posguerra: cuando las personas despertamos de una monumental resaca hay un tratamiento común para reponerse de los efectos causados por el consumo excesivo de alcohol. Lo primero es superar la pérdida generalizada de la noción del espacio y del tiempo –no sabemos dónde estamos, ni qué hora es–. Luego, mediante un acompasado proceso de higiene e hidratación se consigue superar la confusión y el intenso dolor de cabeza, como consecuencia de lo cual comienzan a aparecer los recuerdos repentinos y parciales de lo ocurrido, lográndose así la estabilización temporal que hace pensar que todo ha sido superado. Sin embargo, en horas de la tarde sobreviene lo peor, con la crisis nerviosa que se genera al enterarse de todas aquellas barbaridades cometidas durante la embriaguez y que no quedaron registradas en los recuerdos propios. Es entonces cuando durante muchas horas se agudiza el sentimiento de culpa, que conduce a que mediante un proceso de reflexión personal –como mecanismo de defensa contra

1 En Colombia, guayabo es sinónimo de resaca.

2 “Artículo 1. Ley Fundamental: 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.”

3 Artículo 11 Constitución Italiana: “L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.”

uno mismo—, se establezca algún método que impida repetir los excesos.

Algo así le ocurrió a la Alemania de la posguerra, embriagada del nacional-socialismo xenofóbico impuesto por el Abominable Hombre de las Leyes (el Tercer Reich), en la que la confusión espacio temporal estuvo dada por el fraccionamiento territorial de Alemania en cuatro destruidas partes, cuya división se pactó en la Conferencia de Potsdam de 1945, tras la invasión rusa que supuso la derrota final de Hitler. Luego, inició el proceso de higiene e hidratación mediante la reconstrucción de la infraestructura física en las principales ciudades que se financió con el Plan Marshall de reconstrucción para Europa. Y, cuando se creía que la nación se había estabilizado, pues al fin de cuentas la cifra de muertos no escandalizaba a nadie (cincuenta millones de personas), por medio del Tribunal de Núremberg se tuvo noticia de lo peor, que no había quedado registrado en los recuerdos propios. Entonces sobrevino la crisis nerviosa del pueblo alemán al enterarse que la cifra no era representativa de lo ocurrido, eran los métodos utilizados en los campos de concentración de Dachau (1933), Sachsenhausen (1936), Buchenwald (1937), Flossenbürg (1938), Mauthausen (1938), Ravensbrueck (1939) y, desde luego, en Auschwitz y, por supuesto, lo más grave, la aquiescencia de buena parte del pueblo alemán con los métodos utilizados:

Como claro signo de cuán lejos había llegado la “alineación” se vio el juramento prestado ante una asamblea masiva celebrada delante del edificio de la Corte Suprema durante la primera convención nacional de juristas de Leipzig, en octubre de 1933. Allí, 10.000 juristas juraron, con sus brazos derechos alzados, en saludo nazi, con las siguientes palabras: “como juristas alemanes nos empeñaremos en seguir la ruta trazada por usted, nuestro Führer, hasta el final de nuestros días”.

Entonces, el sentimiento de culpa universal no podía ser mayor y el único remedio capaz de tratarlo fue la configuración

4 G.Fieberg: *Justiz im nationalsozialistischen Deutschland* (1984), citado por Muller, Ingo. *Los Juristas del Horror*. Librería Jurídica Álvaro Mora (2009).

de una disposición que, en rango de norma de normas, estableciera la cláusula de dignidad humana como principio rector del ordenamiento, estructurada, además, a modo de núcleo constitucional intangible⁵ para garantizar su permanencia. Esto se verifica en los documentos que dan cuenta de su resultado: por ejemplo, en el texto oficial de la Ley Fundamental editada tras la reunificación alemana, cuyo prefacio correspondió al Presidente Federal Johannes Rau, y por virtud del cual el alto dignatario se pronunció en los siguientes términos:

El principal párrafo de la Ley Fundamental es y sigue siendo el artículo 1, el cual habla de la intangibilidad de la dignidad humana. Los progenitores de la Ley Fundamental de manera muy consciente no han hablado en el primer párrafo del Estado, de los poderes estatales y tampoco del pueblo, sino del ser humano, del individuo y de su dignidad. Esto es un rechazo de todas las ideologías, las cuales sacrifican la vida humana o las posibilidades de vida del individuo en beneficio de pretendidos más altos fines. Esto es también un rechazo de cualquier forma de discriminación de las personas debido a su origen, su color de piel, sus convicciones o sus creencias.

En el artículo 1 no se dice: la dignidad de los alemanes es intangible, tampoco se dice la dignidad de los sanos o de los que ganan mucho, sino se dice: la dignidad humana es intangible. Esto no es una opinión filosófica sin compromiso, sino un encargo permanente y una tarea continua en el obrar de todos los políticamente responsables en nuestro Estado de derecho democrático y social⁶.

5 El artículo 79 numeral 3 de la Ley Fundamental constituye un límite implícito al poder de reforma:

“Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental] (1) La Ley Fundamental solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.

(3) “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.” (negritas fuera del texto).

6 Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (Versión en vigor desde el 27 de octubre de 1998). Editado por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, traducción Prof. Dr. Ernesto Garzón Váldez, Prof. Dr. Ricardo García Macho, Prof. Dr. Karl Peter Sommermann.

A partir de esta nueva concepción, que se sintetiza en que el centro vivo de la constitución dejó de ser el Estado y pasó a ser la persona humana y cuya pertinencia estuvo acompañada de la creación de los tribunales constitucionales⁷, se produjo en la fracturada Alemania una de las primeras colisiones interesantes de los derechos fundamentales. Los hechos fueron los siguientes: en 1951 el director de cine Veit Harlan demandó al presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth, por haber boicoteado una de sus películas. Lüth se opuso decididamente a que el público alemán conociera la película, por considerar que contenía propaganda antisemita⁸. Al resolver el caso, la justicia ordinaria, en fallo de primera instancia, condenó a Lüth al pago de los perjuicios causados al cineasta por no haberle permitido rodar el filme. Para esto, el Tribunal Estatal (Landgericht de Hamburgo) consideró que las expresiones utilizadas por el periodista vulneraban lo dispuesto en el Código Civil (BGB), y que a su vez la conducta desplegada al instar al boicot contrariaba las buenas costumbres.

Para una mejor comprensión del caso es preciso señalar que Lüth, en diversas ocasiones, utilizando los medios de comunicación—radio, prensa escrita, crítica cinematográfica— se pronunció en contra del director de cine Veit Harlan, porque él, en época de Hitler, había dirigido la película *Jud Süß (El Judío Süss)*, así como otras que de manera abierta promovieron el odio contra los judíos como parte de la política pública diseñada por el Ministro de Propaganda Joseph Goebbels. Al finalizar la guerra, Harlan fue procesado por apoyar la propaganda xenófoba que promovió los crímenes de lesa humanidad perpetuados por el régimen nazi. Sin embargo, en 1949 fue absuelto de todos los cargos que se le imputaron.

7 A pesar de que la Corte Constitucional italiana es primera en el tiempo (1947), que el Tribunal Constitucional Federal alemán (1949), este último inició su funcionamiento primero debido a que el parlamento italiano no se puso de acuerdo sino hasta 1956 en la conformación de los magistrados del alto tribunal.

8 Levinas, Emmanuel. Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. (2001).

A pesar de lo anterior, Lüth, basándose en el antecedente de las producciones cinematográficas realizadas por Harlan en época de la guerra y temeroso de que en el cine reapareciera el odio antisemita, inició en 1951 una campaña de desprestigio en contra de Harlan con el fin de que la película titulada *La amada inmortal* no fuera vista por el público alemán. Por estos hechos Lüth fue demandado y, como ya se dijo, condenado al pago de los perjuicios causados.

Pero, allí no finalizaría el asunto, puesto que Lüth interpuso un recurso de amparo constitucional en contra de la decisión que lo condenaba en la jurisdicción ordinaria. Así, por esta vía el caso llegó a instancia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), autoridad judicial que amparó el derecho fundamental a la libre expresión del accionante Erick Lüth, dejando sin efecto la decisión adoptada por la jurisdicción ordinaria.

De las consideraciones expuestas en la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de enero de 1958, se destacan dos planteamientos nucleares: (i) la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, según la cual estos no son solo derechos de defensa, sino normas objetivas de principio⁹, y (ii) el efecto de irradiación o la fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán lo expresó así:

Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciu-

9 Desde la Sentencia fundadora T-596 de 1992, la Corte Constitucional colombiana, con ocasión de la violación de los derechos fundamentales de los internos de la Penitenciaría de Peñas Blancas Ubicada en Calarcá (Quindío), adoptó esta teoría: “[l]os derechos fundamentales no incluyen solo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No solo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no solo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna”.

dadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales dentro de la constitución –quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público (tomado del fallo).

En cuanto a la primera consideración, esto es, la doble dimensión de los derechos fundamentales, el Fallo Lüth rescató el lenguaje conflictivista del Derecho, iniciado por Heck y Ihering –la jurisprudencia de intereses– que, posteriormente sería retomado por algunos teóricos como Alexy y Zagrebelsky¹⁰, para quienes la interpretación del Derecho debe partir de la inevitable colisión normativa que se produce entre las distintas normas previstas en el ordenamiento jurídico, pues están predestinadas a colisionar y, necesariamente, el operador jurídico está llamado a desatar tales conflictos. Probablemente, en este punto está concentrado el mayor aporte de esta técnica de interpretación, pues en la práctica se traduce en la formulación del problema jurídico (normas en conflicto), ya que no sería posible encontrar la respuesta correcta a un determinado caso con la pregunta equivocada. Para lo cual, en esta técnica la distinción entre principios y reglas¹¹ desempeña una función esencial en la interpretación, que parte de la diversa estructura de las nor-

10 El profesor Zagrebelsky propone una clasificación normativa basada en el grado de eficacia de las normas según la cual existen dos tipos de normas: (i) Normas constitucionales de eficacia directa, que son aquellas cuya estructura es lo suficientemente completa de tal manera que operan como regla frente a casos concretos, y (ii) Normas constitucionales de eficacia indirecta, que son aquellas en las que la estructura de la norma no es lo suficientemente completa para operar frente a casos concretos de tal manera que requieren de una actividad normativa posterior. Estas últimas a su vez se subdividen en tres categorías: 1. Normas constitucionales de eficacia diferida, 2. Normas Constitucionales de principio, y 3. Normas Constitucionales Programáticas. Al respecto ver Gustavo Zagrebelsky, *La Constitución y Sus Normas*.

11 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. (2002).

mas que cohabitan el ordenamiento y de las probabilidades de colisión entre estas, veamos:

Los principios están concebidos como (i) mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales (*optimization requirements*); su estructura (ii) está conformada por proposiciones en las que no existe un supuesto de hecho al cual se le atribuyan consecuencias jurídicas determinadas, de tal manera que se trata de enunciados abiertos que, por regla general, se auto explican (por ejemplo, el derecho a la libertad); (iii) su estructura abierta posee un contenido programático indeterminado, es decir, están dotados de un alto grado de vacilación, pues corresponden a una descripción vaga, genérica o maleable, cuya función es dinámica; se trata de (iv) normas escritas en lenguaje deóntico (deber ser normativo); cuya (v) aplicación gradual hace que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales (por ejemplo, los propósitos sociales); por lo tanto, la colisión de principios (la ley de colisión) (vi) se desata en la esfera imaginaria del peso, lo que conduce a sustituir el silogismo deductivo como método de interpretación por el de la ponderación; en tal virtud (vii) existe una relación de precedencia condicionada entre principios, de modo que, frente a casos concretos o casos difíciles, un principio debe retroceder en favor del otro, lo que conduce a que el operador jurídico sea quien aplique la relación de precedencia condicionada.

Por ello, los principios (viii) permiten un alto grado de interpretación por parte del operador jurídico, ya que su tarea está dada por ponderar las normas en conflicto y, por tanto, (ix) su aplicación es gradual (tienen fuerza elástica o expansiva, llegan hasta donde tienen que llegar). Así, cuando se presenta una colisión entre principios, (x) la operación intelectual a la que acude el operador es la ponderación¹², cuya (xi) base conceptual es la

12 “La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, “una ponderación de los bienes jurídicos”. Fallo Lüth.

tesis conflictivista en la que el operador jurídico se convierte en el protagonista de la trama judicial. Entonces, el mayor riesgo en la colisión entre principios (xii) está dado por el alto grado de discrecionalidad de la que dispone el operador “activismo judicial”; (xiii) asimismo, una dificultad en la aplicación de los principios está dada por su poder coercitivo o, mejor, su grado de obligatoriedad, ya que se cumplen si se puede y no si se debe; y, por último, normalmente, (xiv) los principios están consagrados en la parte dogmática de la Constitución.

Por el contrario, las reglas son (i) mandatos definitivos o mandatos de acción que se cumplen por aplicación disyuntiva (*definite commands*), (ii) cuya estructura tradicional de norma jurídica consagra un supuesto de hecho al cual se le atribuye una consecuencia jurídica precisa (silogismo: en el que si A debe ser B); su estructura (iii) cerrada posee un contenido preciso, ya que se trata de (iv) normas escritas en lenguaje prescriptivo con una función estática, cuya colisión se (v) desata en la dimensión de la validez, lo que conduce (vi) al ejercicio hermenéutico de la subsunción e implica (vii) que una de las reglas en conflicto esté llamada a desaparecer del ordenamiento, salvo que se introduzca una cláusula de exclusión. Así, su aplicación (viii) es disyuntiva, pues se aplican SÍ o NO/TODO o NADA¹³, es decir, en atención a su contenido determinado las reglas (ix) están cerradas a la interpretación del operador jurídico, por ende, la operación intelectual a la que acude el interprete está dada por subsumir las normas en conflicto, quedando (x) confinadas a su aplicación disyuntiva (*Self Restraint*).

Ahora bien, el mayor riesgo en la aplicación de las reglas (xi) está dado por la interpretación restrictiva, (xii) pues se trata de una aplicación mecánica, cuya base conceptual (xiii) es el la lógica deductiva amparada en la exegesis (*strict construction*). Y, por último, las reglas (xiv) suelen estar consagradas en la parte orgánica de la Constitución.

13 Dworking, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona. (2007).

A partir de las características descritas, puede señalarse que cuando la colisión normativa confronta un principio constitucional contra otro, se debe ponderar “*bilanciamento*”, de acuerdo con la fórmula del peso, mientras que la confrontación entre reglas se resuelva mediante el ejercicio de la subsunción.

Frente a una colisión entre un principio y una regla, Yepes Arcila, basándose en el contenido más preciso y determinado de esta última, ha sido del criterio insistente que ha de prevalecer la regla sobre el principio, sin que por esto el primero deba desaparecer del ordenamiento, dado que: “las reglas son la concreción del principio ya hecho por el constituyente”¹⁴, postura compartida por el constitucionalista Vila Casado, quien, con ocasión del análisis de constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales, recientemente sostuvo:

La estipulación del artículo 42 Constitucional en el sentido de que el matrimonio se da entre un hombre y una mujer es una regla constitucional, entendida esta como un mandato de acción que contiene un supuesto de hecho acompañado de consecuencias jurídicas. El derecho a la igualdad jurídica, por su parte, es un principio constitucional y como tal un mandato de “optimización”, como lo caracteriza Robert Alexy, realizable en la medida en que lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas.

La teoría constitucional enseña que el conflicto entre una regla y un principio constitucionales es un conflicto hermenéutico aparente, ya que el principio solo alcanza eficacia jurídica directa e ausencia de una regla aplicable al caso. Dicho de otra manera, en la interpretación constitucional, el principio cede ante la regla. Carece de seriedad jurídica, por lo tanto, sostener que la norma contenida en el artículo 42 de la Constitución es inconstitucional por reñir supuestamente con los principios contenidos en los artículos 12 y 13 de la Constitución¹⁵.

A pesar de lo anterior y, ajeno al planteamiento de estos destacados juristas, me parece que la mayor dificultad de esta técnica interpretativa no está dada por determinar cuál norma prevalece, sino por identificar si una determinada disposición es

14 Cátedra del Dr. Hernando Yepes dictada en la Pontificia Universidad Javeriana.

15 Ámbito Jurídico pág. 15, Revista del 31 de enero al 13 de febrero de 2011.

un principio o una regla constitucional, porque en una misma puede estar contenido a la vez un principio y una regla, como en efecto ocurre en el contenido dispositivo del artículo 11 de la Constitución colombiana, relativo al derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, o por ejemplo, en el caso del artículo 29 superior, en el que comparten lugar un conglomerado de subprincipios y subreglas que integran el debido proceso.

Pues bien, para no ahondar en esta distinción que ha sido mejor explicada y ampliamente debatida por múltiples tratadistas, desde una perspectiva eminentemente aplicativa, me parece que la bondad del método de interpretación surgido a partir del paradigmático Fallo Lüth y desarrollado por la jurisprudencia de innumerables tribunales de constitucionalidad estriba en que frente a colisiones en las que los mismos principios se confronten la plataforma fáctica puede hacer que la decisión se tome en uno u otro sentido, según quien aplique la relación de precedencia condicionada, es decir, el operador es quien tiene la llave maestra que resuelve las colisiones. Con todo, el riesgo está dado, no solo por el alto grado de discrecionalidad que le asiste al operador jurídico, sino, adicionalmente, porque los principios, al ser concebidos como mandatos de optimización¹⁶ que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales, esto hace que los derechos de contenido social no sean tan exigibles, ya que no pasan a ser obligaciones objetivas para el Estado, en tanto que debe garantizarlos únicamente si puede y no si debe, supeditando así las obligaciones de naturaleza social a la capacidad asistencialista del Estado y no a la necesidad humana. De esta manera, el principio de la progresividad de los derechos sociales queda desprovisto de toda fuerza normativa y condenado a no permitir el tránsito decidido del ineficiente Estado social de derecho al auténtico estado de dignidad social¹⁷.

16 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. (2002).

17 Constitución Italiana artículo 3: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.
È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che,

Por otra parte, la operación de balanceo¹⁸ o ponderación que implica la aplicación de la relación de precedencia condicionada entre principios sugiere la insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación¹⁹ para dirimir los denominados casos difíciles en los que comúnmente se presentan zonas de penumbra²⁰, asunto que Zagrebelsky explica en los siguientes términos:

El pluralismo de métodos es un rasgo esencia de nuestra cultura jurídica. Esto se muestra con claridad desde la escuela histórica, en cuya teoría de la interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. A tales criterios se añaden hoy otros, como la comparación de los principios jurídicos, consecuencia tanto de la aproximación entre los derechos como de la creación de un nuevo derecho común, o el análisis económico del derecho que introduce entre los datos a tomar en consideración en la aplicación de las normas jurídicas el cálculo de la relación entre costes y beneficios y las consecuencias redistributivas del producto social²¹.

En el plano doméstico el profesor Rodrigo Uprimny Yepes lo plantea de la siguiente manera:

*O tal vez estos críticos suponen que la aplicación judicial de la Constitución no suscita mayores interrogantes, y que en ese campo pueden aplicarse, sin dificultad, las viejas reglas hermenéuticas diseñadas por el Derecho Civil en el siglo XIX, bajo el influjo de la escuela de la exégesis o de la metodología propuesta por Savigny. Sin embargo, como intentaré mostrarlo posteriormente, **la interpretación constitucional no se adapta fácilmente a esos cánones hermenéuticos**, cuya pertinencia –dicho sea de paso– también se encuentra en entre dicho en las otras disciplinas jurídicas. La aplicación judicial de la Constitución es pues mucho más compleja de lo que a primera vista se cree, con lo cual la justicia y el derecho en general*

limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.²²

18 Aleinikoff, Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. Yale Law Journal, 943, 1987. At. 96.

19 Me refiero a los recopilados por Savigny en la obra *Sistema de Derecho Romano Actual*.

20 Ferrajoli las denomina como la esfera de lo indecible. Ferrajoli. *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial Trotta, Madrid (2009).

21 Zagrebelsky, Gustavo. *el Derecho Dúctil, Ley Derechos*. Justicia, Madrid. (2009).

*se han vuelto más interesantes, dinámicos y creativos, pero más difíciles y polémicos*²² (negrillas fuera de texto).

Es verdad que esto arroja luces, pero cuidado con el resplandor que podría cegarnos, pues con el tiempo los métodos de interpretación basados en la ponderación han adquirido un lenguaje cifrado, tanto en el test de igualdad norteamericano desarrollado mediante niveles de intensidad desde 1920, así como en el test de proporcionalidad europeo utilizado desde 1958 con la aplicación de subprincipios y la compleja mezcla resultante de la fusión entre estas dos metodologías que desde el 2001 se hizo en Colombia y que fue bautizado Test Integrado²³ o Test de Razonabilidad, es poco más que un jeroglífico, propio de élites de conocimiento que convierten en fórmulas complejas el elemental concepto de la justicia²⁴ Esto se evidencia con mucha

22 La Corte Constitucional 1992-2000 Realidades y Perspectivas Página 456. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla- Konrad Adenauer Stiftung.

23 En la consideración jurídica No. 6 de la Sentencia C-673 de 2001, la Corte Constitucional Colombiana explica la fusión de los dos métodos: “6- La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que esta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional [...] 7.- La posibilidad de combinar ambas metodologías no solo es conceptualmente fecunda sino que tiene claros precedentes en la jurisprudencia de esta Corporación, y no solo en el campo de la igualdad sino también en otros ámbitos relacionados con la posible afectación de otros derechos fundamentales.”

24 Considero, además, que un error frecuente en que ha incurrido la Corte Constitucional Colombiana en relación con la distinción entre principios y reglas es que ha aplicado la misma técnica para el control de constitucionalidad abstracto como para el concreto, sin distinguir que se trata de controles con distinta finalidad.

claridad, por ejemplo, en la confusa operación del balanceo, refinada por una escala triádica: leve, moderada y seria, que en definitiva conduce a una falta de certeza²⁵ empírica, normativa y aplicativa de todo orden.

25 En el caso colombiano la crítica más sólida a estos métodos, considero que es la efectuada por el Magistrado Jaime Araujo Rentería, la cual fue presentada con ocasión de una Aclaración de Voto a la Sentencia C-100 de 2004:

“El principio de razonabilidad no es más que un límite a la legislación y más concretamente al órgano legislativo.

Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del principio de igualdad y especialmente de la regla de la igualdad que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.

Esta regla de igualdad, sin embargo, no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro lugar, pues plantea el problema de decidir cuáles son los casos iguales (para darle igual tratamiento) y cuáles no lo son (para darles distinto tratamiento); dicho de otra manera, cuáles distinciones se justifican y cuáles no (y por lo mismo son discriminatorias).

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta, sin embargo, implica una contradicción lógica ya que, como lo dijera Riccardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Lo que significa que para distinguir deben existir razones. Razones, que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

El principio de razonabilidad es también una fuente de las denominadas “lagunas axiológicas”. Se denomina laguna axiológica no a la falta de cualquier norma sino a la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior (constitucional).

Cuando el legislador trata de modo igual casos que al intérprete (de la Constitución, o más exactamente, al tribunal constitucional), le parecen diversos, o sea cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir, entonces el tribunal constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna, pues falta la norma diferenciadora). Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete de la Constitución parecen iguales y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón, entonces el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

Como se puede observar, el principio de razonabilidad es una máquina creadora de lagunas jurídicas y es, hay que decirlo claramente, un instrumento de poder en manos de los tribunales constitucionales para revisar discrecionalmente las decisiones del legislador, e incluso para suplantarlo. Precisamente por ser un instrumento tan poderoso es que requiere un uso muy prudente y es por lo que hay que despojarlo de todas sus mitificaciones.

Si bien es cierto las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada “Test de razonabilidad del criterio de igualdad”, esta técnica se aplica no solo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

Este método busca proteger los derechos fundamentales aún frente al propio legislador, ya que la posibilidad que este tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso solo puede restringirlos cuando estas restricciones se hacen en interés del bien

Finalmente, frente a esta primera consideración del Fallo Lüth, pienso que la tesis conflictivista como herramienta interpretativa no constituye un método de “darwinismo jurídico”, como lo sostiene Toller, porque, precisamente, la utilidad del método estriba en que frente a los casos difíciles²⁶, un derecho se sacrifica o desplaza “*overriden*” en favor de otro, sin perjuicio de que a futuro, frente a otro caso en el que se encuentren los mismos principios confrontados, pero varíe alguna circunstancia de la

común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario o sea que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Como se puede observar, esta técnica que, como toda técnica, es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

¿Quién determina el fin perseguido?

¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?

Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?

¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

¿Qué es la razonabilidad?;

¿Quién determina lo razonable?;

¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;

¿Qué es lo irrazonable?;

¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;

¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el apartheid en las escuelas; y aún después de reconocer la igualdad entre negros y blancos, se regía por el principio de “iguales, pero separados”. Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no eran iguales y después cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados y solo hasta el año 1954, en una célebre sentencia, dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos muestran cómo el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de este como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario? etc.”

26 Dworking, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona. (2007).

plataforma fáctica, el derecho que cedió se le deba dar prelación. Sobre este último planteamiento, los tratadistas Benito Alaez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez señalan:

Por lo que se refiere a la primera de las técnicas a través de las cuales dar solución a la encrucijada que plantea el multiculturalismo interno o externo al que se enfrenta la sociedad moderna, el terreno resbaladizo de la ponderación escapa a la racionalidad de medios propia de la argumentación jurídica y se aproxima a la racionalidad de fines de la argumentación política, de la que el Tribunal Constitucional Federal debiera huir como órgano jurisdiccional. A las dificultades derivadas de que el texto constitucional haya querido proteger inconcreto dos bienes o valores de forma normativamente contradictoria—de modo que si se protege el interés o derecho A no se pueda proteger al mismo tiempo el interés o derecho B, y viceversa—, no superables con la doctrina de Alexy de la naturaleza principal de las normas iusfundamentales, se añade el hecho de que la solución al conflicto presupone, en último extremo, que el juez constitucional adopte una decisión de naturaleza política, esto es, una decisión—la relativa a que interés o derecho prevalece— que no es predeterminable argumentativamente por la aplicación previa de las normas constitucionales²⁷.

Tampoco creo que la apertura de los principios a la interpretación los convierta en tipos constitucionales en blanco a ser llenados de manera irrestricta por el operador jurídico, pues estos no revisten tal grado de generalidad como para que las operaciones que con ellos se realicen sean ilimitadas en la materia.

Ahora bien, la complejidad hasta ahora descrita impone recordar la simplicidad del razonamiento efectuado por Sanchó, cuando Don Quijote confió a su administración la Ínsula Barataria. Al dirimir un conflicto en el que el problema jurídico estaba dado por el paso de un viajero sobre un puente, al final del cual había una horca y unos jueces encargados de dar aplicación a una ley según la cual la persona que quisiera transitar por el puente se le dejaría pasar libremente si decía la verdad y sería condenado a muerte si mentía. Se presentó un singular caso, en el que un viajero, antes de cruzar el puente, juró que moriría

27 Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Encrucijadas del Cambio de Milenio, pág. 77. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid (2008).

en la horca. Sancho, en su condición de gobernante-juez de la ínsula, fue consultado por los jueces del puente, y careciendo de cualquier grado de instrucción, realizó un análisis de favorabilidad en pro de la vida, sin valerse del sofisma de métodos tan complejos como los que hoy utilizan los jueces para finalmente fallar subjetivamente. A este respecto, conviene transcribir algunos apartes del revelador texto literario que, además, demuestra que la balanza imaginaria implícita en el ejercicio de ponderación se aplica en la hermenéutica desde hace muchos siglos. Veamos lo que dice el legendario pasaje:

— Señor, un caudaloso río dividía dos términos de un mismo señorío (y esté vuestra merced atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso²⁸. Digo, pues, que sobre este río estaba una puente, y al cabo de ella, una horca y una como casa de audiencia, en la cual de ordinario había cuatro jueces que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: “Si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar; y si dijere mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna”. Sabida esta ley y la rigurosa condición de ella, pasaban muchos, y luego en lo que juraban se echaba de ver que decían verdad, y los jueces los dejaban pasar libremente. Sucedió, pues, que, tomando juramento a un hombre, juró y dijo que para el juramento que hacía, que iba a morir en aquella horca que allí estaba, y no a otra cosa. Repararon los jueces en el juramento y dijeron: “Si a este hombre le dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y, conforme a la ley, debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y, habiendo jurado verdad, por la misma ley debe ser libre”. Pídesse a vuestra merced, señor gobernador, qué harán los jueces del tal hombre; que aun hasta agora están dudosos y suspensos. Y, habiendo tenido noticia del agudo y elevado entendimiento de vuestra merced, me enviaron a mí a que suplicase a vuestra merced de su parte diese su parecer en tan intricado y dudoso caso.

A lo que respondió Sancho:

— Por cierto que esos señores jueces que a mí os envían lo pudieran haber escusado, porque yo soy un hombre que tengo más de mostrenco que de agudo; pero, con todo eso, repetidme otra vez el negocio de modo que yo le entienda: quizá podría ser que diese en **el hito**²⁸.

28 El término utilizado por Cervantes sugiere que la clasificación de sentencias que muchos tratadistas han presentado como innovaciones del derecho tiene antecedentes muy remotos.

Volvió otra y otra vez el preguntante a referir lo que primero había dicho, y Sancho dijo:

—A mi parecer, este negocio en dos paletas le declararé yo, y es así: el tal hombre jura que va a morir en la horca, y si muere en ella, juró verdad, y por la ley puesta merece ser libre y que pase la puente; y si no le ahorcan, juró mentira, y por la misma ley merece que le ahorquen.

—Así es como el señor gobernador dice —dijo el mensajero—; y cuanto a la entereza y entendimiento del caso, no hay más que pedir ni que dudar.

—Digo yo, pues, agora —replicó Sancho— que deste hombre aquella parte que juró verdad la dejen pasar, y la que dijo mentira la ahorquen, y desta manera se cumplirá al pie de la letra la condición del pasaje.

—Pues, señor gobernador —replicó el preguntador—, será necesario que el tal hombre se divida en partes, en mentirosa y verdadera; y si se divide, por fuerza ha de morir, y así no se consigue cosa alguna de lo que la ley pide, y es de necesidad espresa que se cumpla con ella.

—Venid acá, señor buen hombre —respondió Sancho—; este pasajero que decís, o yo soy un porro, o él tiene la misma razón para morir que para vivir y pasar la puente; porque si la verdad le salva, la mentira le condena igualmente; y, siendo esto así, como lo es, soy de parecer que digáis a esos señores que a mí os enviaron que, pues están en un fil²⁹ las razones de condenarle o asolverle, que le dejen pasar libremente, pues siempre es alabado más el hacer bien que mal, y esto lo diera firmado de mi nombre, si supiera firmar; y yo en este caso no he hablado de mí, sino que se me vino a la memoria un precepto, entre otros muchos que me dio mi amo don Quijote la noche antes que viniese a ser gobernador desta ínsula: que fue que, cuando la justicia estuviese en duda, me decantase y acogiese a la misericordia; y ha querido Dios que agora se me acordase, por venir en este caso como de molde.

—Así es —respondió el mayordomo—, y tengo para mí que el mismo Licurgo, que dio leyes a los lacedemonios, no pudiera dar mejor sentencia que la que el gran Panza ha dado. Y acábase con esto la audiencia desta mañana, y yo daré orden como el señor gobernador coma muy a su gusto³⁰ (negrillas fuera del texto).

29 Fil significa Balanza.

30 Capítulo LI del Progreso del Gobierno de Sancho Panza con otros sucesos tales como buenos. Don Quijote de la Mancha.

En segundo lugar, la ratio del Fallo Lüth se refiere al efecto irradiador³¹ de los derechos fundamentales³²:

La Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso (consideración Jurídica tomada del Fallo Lüth).

De acuerdo con lo anterior, los impulsos producidos por el compuesto de principios estructurados en forma de derechos fundamentales tienen un ámbito de aplicación tan expansivo que terminan por influir todas las áreas de la juridicidad—llegan hasta donde tienen que llegar—o, en otros términos, producen un efecto dominó sobre todas las esferas del derecho con un perímetro de acción que, al parecer, solo alcanza a ser delimitado por la jurisprudencia, a tal punto que surten efectos *a priori* frente a las relaciones entre particulares, lo que ha sido denominado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán como la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”³³.

La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho. Así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al poder legislativo, a

31 Desde la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional se fundamenta en el efecto irradiador: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”.

32 Para Dieter Grimm el efecto del fallo es que los derechos fundamentales pasan a constituir un orden objetivo de valores.

33 Julio Estrada, Alexei. La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2000).

la administración y a la judicatura. Este influye, por supuesto, también al Derecho Civil: ninguna disposición del Derecho Civil puede estar en contradicción con él; todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del Derecho. Así como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo Derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse –en cuanto a su contenido– a ese sistema de valores. De ahí se deriva para él un contenido constitucional específico que determina de ahora en adelante su interpretación. (Consideración Jurídica tomada del Fallo Lüth).

Muestra del efecto irradiador de los derechos fundamentales son muchas de las decisiones judiciales adoptadas tras la reunificación alemana, en especial el fallo dictado por el Tribunal Constitucional Federal relativo a los Centinelas del Muro³⁴ –en el que el derecho positivo tuvo que ceder ante la justicia³⁵, superándose así las limitaciones artificiales impuestas por toda regla espacio-temporal del Derecho y dando cabida a la aplicación de valores supra positivos. Una gigante roja cuyo estallido, así sea muchos años luz después, continua expandiéndose por el universo jurídico.

Así las cosas, y a modo de conclusión, un fallo judicial de tal calado proviene de un reflexivo proceso de reconstrucción en el que el pueblo alemán se detuvo para mirarse en el espejo retrospectivo de los tiempos y, por tanto, constituye el mayor acto de superación que un Estado nacional haya efectuado, en lo que podría calificarse como un consiente viraje axiológico que, en sede de la aplicación de las normas, permite distinguir entre la validez y la correspondencia con la justicia.

La afirmación efectuada por el juez nazi Friedrich Hoffstetter durante el juicio de Núremberg, tendiente a justificar la aplicación de las leyes de xenofobia y exterminio racial adop-

34 Robert Alexy. Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal. La Doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín.

35 La afirmación es de Radbruch. “La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que “derecho injusto” (unrichtiges Recht), ha de ceder ante la justicia”.

tadas en 1935 “Nürnberger Gesetze”, explican la importancia de la distinción entre el ámbito de la legalidad y la juridicidad: *“hay que sacrificar el sentido propio de la justicia por el orden jurídico en vigencia. Solo hay que preguntarse qué dice la ley y no preguntarse si es justa”*. Pero, por fortuna, un par de décadas más tarde el Fallo Lüth afianzó la senda de rectificación del pueblo alemán con la historia universal iniciado con la expedición de la Ley Fundamental de Bonn, lo que convierte esta paradigmática decisión en una pieza maestra de la jurisprudencia europea y, hoy en día, en parte integral de los precedentes que en materia de derechos fundamentales de manera unificada emite el Tribunal de Estrasburgo para los países que conforman la Unión Europea.

Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]³⁶

1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho.

2. En el Derecho Civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de Derecho Privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.

3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVer-GG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el Derecho Civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles solo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores del Derecho.

4. Por disposiciones de Derecho Civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del artículo 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.

36 Traducción Biblioteca Jurídica Konrad Adenauer.

5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.

6. El derecho fundamental del artículo 5 de la Ley Fundamental protege no solo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.

7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso.

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero de 1958

En el proceso sobre el recurso de amparo promovido por Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo [...] el Tribunal Estatal de Hamburgo dictó el 22 de noviembre de 1951 la siguiente sentencia:

Se condena al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente) a:

*1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas– que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche Geliebte*³⁷, producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes.*

2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película. El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres.

La sentencia del Tribunal Estatal constituye un acto del poder público, bajo la forma especial de un “acto del Poder Judicial”. Su contenido puede resultar violatorio del derecho fundamental del recurrente únicamente si –al momento de dictar sentencia– debió haberse tenido en cuenta ese derecho fundamental.

37 Del director de cine Veit Harlan, quien había rodado el film antisemita *Jud Süß*.

La sentencia prohíbe al recurrente manifestar expresiones con las cuales pueda influir sobre otros para que se unan a su opinión sobre una reparación de [el director] Harlan, y que orienten su conducta en contra de las películas producidas por él. Objetivamente, tal prohibición constituye para el quejoso una limitación a la libre expresión de su opinión. El Tribunal Estatal fundamentó su sentencia considerando que las expresiones emitidas por el recurrente constituyen un “acto ilícito” en contra de la demandante, en el sentido del §826 BGB³⁸; por tanto, reconoció a la actora, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a exigir que el demandado se abstenga de expresar su opinión. De este modo, la pretensión de la demandante, en el campo del Derecho Civil, aceptada por el Tribunal Estatal, condujo a través de la sentencia del tribunal a una sentencia del poder público restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Esta puede violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el artículo 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, solo cuando el contenido de las disposiciones civiles aplicadas se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requieren ser invocados en la sentencia. La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el Derecho Civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones véase recientemente a Laufke, en *Escritos en Honor de Heinrich Lehmann*, 1956, t. I, pp. 145 y ss., Dürig, en *Escritos en Honor de Nawiasky*, 1956, pp. 157 y ss.). Las posiciones más extremas en esa discusión se basan, por una parte, en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y por la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes– son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente

38 El § 826 BGB señala que: “Quien de manera intencional y obrando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños ocasionados”.

hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas. Las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 –NJW 1957, p. 1688– extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 (BverfGE 6, 55 y 6, 84) a ese respecto van muy lejos. El presente caso no ofrece razones para dirimir plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. A fin de obtener un resultado adecuado, basta considerar lo siguiente:

Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar, en primer lugar, la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Esto se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público.

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein /v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t.III, 4, notas al artículo 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez,

una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho. Así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al poder legislativo, a la administración y a la judicatura. Este influye, por supuesto, también al Derecho Civil: ninguna disposición del Derecho Civil puede estar en contradicción con él; todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del Derecho. Así como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo Derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse—en cuanto a su contenido— a ese sistema de valores. De ahí se deriva para él un contenido constitucional específico que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del Derecho Civil que han sido influenciadas por los derechos fundamentales sigue siendo material y procesalmente una controversia del Derecho Civil. Se interpretará y aplicará el Derecho Civil, aun cuando su interpretación deba apegarse al Derecho Público, es decir, a la Constitución. La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones del Derecho Privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del orden público (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de las relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el Derecho Público y lo complementan. Estas deben exponerse en gran medida a la influencia del Derecho Constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta, en especial, con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valoración de las conductas humanas a los criterios externos al Derecho Civil e incluso extralegales, tales como el de las *buenas*

costumbres. Así, para determinar el contenido y los alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar, de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el Derecho Civil (Dürig en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, t.II, p. 525). El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del Derecho Civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita. Si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al Derecho Privado que de allí se originen. Este es el sentido también de la vinculación del Derecho Civil a los derechos fundamentales (art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del Derecho Constitucional sobre las normas del Derecho Civil, violaría entonces no solo el Derecho Constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...] El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (“un des droits les plus précieux de l’homme”, de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del orden estatal democrático y libre que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital (BVerfGE 5,85 [205]). En cierto sentido, es el fundamento de toda libertad,

the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).

De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina que no sería consecuente, como punto de partida de ese sistema constitucional, que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria (y con esto necesariamente a los tribunales que interpretan la ley mediante la jurisprudencia). En principio, se aplica también aquí lo que ya se dijo en general, sobre la relación de los derechos fundamentales y el ordenamiento del Derecho Privado: las leyes generales, que tienen un efecto restrictivo sobre un derecho fundamental, deben ser vistas a la luz del significado de ese derecho fundamental, e interpretarse de modo tal que el contenido especial del valor de ese derecho deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una presunción básica a favor de la libertad de expresión en todos los ámbitos, pero principalmente en la vida pública. La relación contrapuesta entre derecho fundamental y “ley general” no debe ser vista tampoco como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental mediante la “ley general”. Se da más una interacción, en el sentido que la “ley general” ciertamente determina el tenor de acuerdo con los límites del derecho fundamental, pero interpretado a su vez con base en el reconocimiento del significado como determinante de los valores que se le otorga a ese derecho fundamental en un Estado liberal democrático, y así, en su efecto limitante del derecho fundamental, debe una vez más limitarse ella misma [...]. El concepto de *ley general* ha sido discutido desde el comienzo. Se debe determinar si el concepto quedó en el artículo 118 de la Constitución de Weimar de 1919, solo debido a un error de redacción (véase al respecto: Häntzschel, en *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, 1932, t. II, p. 658). En todo caso, fue durante la vigencia de esa Constitución que se dio la interpretación de que por “todas las leyes” se debía entender aquellas que “no prohíben una opinión como tal, las que se dirigen en contra de la expresión de una opinión como tal, las que, además, sirven directamente para la

protección de un bien jurídico que se debe proteger sin necesidad de tener en cuenta determinada opinión”, o para la protección de un valor de la comunidad frente al cual tiene prevalencia el ejercicio de la libertad de opinión. Si el concepto de *ley general* se entiende de este modo, se torna entonces, en resumen, en el sentido de la protección del derecho fundamental: la idea de que la expresión de una opinión se tenga que proteger solo como derecho fundamental, pero no por el efecto que causa sobre otros, y que persigue o conlleva, se debe rechazar. El significado de la expresión de una opinión debe partir de su “efecto espiritual sobre el entorno” (Häntzschel, *ibíd.*, p. 655). Por consiguiente, los juicios de valor –que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que principalmente buscan convencer a otros– se encuentran protegidos por el artículo 5, párrafo 1, frase 1ª de la Ley Fundamental: la protección del derecho fundamental se relaciona, en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros. Una separación entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresión (no protegidos) no tendría sentido.

La expresión de una opinión así entendida –esto es, en su puro efecto espiritual– es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de los bienes jurídicos”. El derecho a expresar las opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión. La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...]. El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también

allí donde esta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el artículo 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. (2002).
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. (2005).
- Bockenforde, Ernst. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, Nomos. (1993).
- Dworking, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona. (2007).
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid. (2007).
- Ferrajoli. *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial Trotta, Madrid. (2009).
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid. (2007).
- Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid. (2006).
- H. Tribe, Lawrence. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press (2008).
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Unam. (2005).
- Herrera Jaramillo, Francisco José. *Pensamiento Social Contemporáneo*. Universidad de la Sabana. Bogotá. (1995).
- Jhonson, Paul. *Tiempos Modernos*. Editorial Homo Legens. (2007).
- Julio Estrada, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. (2000).
- Levinas, Emmanuel. *Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. (2001).
- López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2006).
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Talleres Tipográficos Ariel S.A., Barcelona. (1957).
- McDonough, Giles. *Después del Reich. Crimen y Castigo en la Posguerra Alemana*. Círculos de Lectores Galaxia Gutenberg.
- Martínez Zorrilla, David. *Conflictos Constitucionales. Ponderación e Indeterminación Normativa*. Marcial Pons, Madrid. (2007).
- Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces*. Marcial Pons, Buenos Aires. (2009).
- Muller, Ingo. *Los Juristas del Horror*. Librería Jurídica Álvaro Mora (2009).
- Onida, Valerio. *La Costituzione*. Società Editrice Il Mulino, Bologna. (2007).

- Rodríguez, César. El debate Hart Dworkin. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Bogotá. (2008).
- Tribunal Constitucional Federal Alemán. Encrucijadas del Cambio de Milenio. pág 77. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid (2008).
- Vila Casado, Iván. Nuevo Derecho Constitucional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (2004).
- Zaccaria, Giuseppe. La Giurisprudenza come Fonte di Diritto un'evoluzione storica e teorica. Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza. (2007).
- Zagrebelsky, Gustavo. el Derecho Dúctil, Ley Derechos. Justicia, Madrid. (2009).
- Zagrebelsky, Gustavo. La Legge e la sua Giustizia. Il Mulino Saggi, Bologna. (2008).

REVISTAS

- Aleinikoff, Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. Yale Law Journal, 943, 1987. At. 96.
- Alexy, Robert. On the Structure of Legal Principles. Ratio Juris. Vol. 13, No. 3 September 2000.
- García Amado, Juan Antonio. La Interpretación Constitucional. Revista Jurídica de Castilla y León, 2004.

