



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

**Matthias Herdegen (Alemania)\***

# **Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos**

## **1. Introducción**

### *1.1. Visiones distintas*

Corresponde a cada generación formar su propio concepto de la jurisdicción constitucional y sus relaciones con los poderes políticos a la luz del texto de la Constitución. En los países occidentales, con una fuerte Corte Constitucional, esas visiones cubren un panorama amplio de expectativas diferentes: desde la Corte Constitucional que actúa con mayor *self-restraint* frente a preferencias socioeconómicas corroboradas en mecanismos democráticos, o —al contrario— la Corte como tejedor activo de un corsé de valores constitucionales, hasta la Corte como taller de reparación de defectos, incluso del proceso legislativo y voz de una particular racionalidad artísticamente extraída de la Ley Fundamental.

A pesar de todas las divergencias, existen perspectivas comunes. Consideramos nuestras cortes constitucionales no como voz auténtica de la Constitución, sino como autoridad máxima en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones. Coincidimos en reconocer a la Corte Constitucional como último guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos.

---

\* Director del Instituto del Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, profesor honorario de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor visitante del Colegio Mayor del Rosario y de Uninorte. Visitante, además, de la Escuela Global de Derecho en Nueva York y de la Sorbona de París. <herdegen@uni-bonn.de>

## 1.2. Casos selectos

### 1.2.1. Estatus constitucional de la vida prenatal

La segunda gran sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto<sup>1</sup> desarrolla la obligación del Estado de brindar protección a la vida prenatal a la luz del derecho fundamental a la vida (artículo 2 [2] de la Ley Fundamental) y de la dignidad (artículo 1 [1] LF). Es una sentencia que trata sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una legislación liberal que despenalizó el aborto y dio cierta libertad a la mujer embarazada para abortar dentro de las primeras 12 semanas del embarazo. En ese fallo la Corte Constitucional alemana desarrolló un concepto bastante proactivo sobre obligaciones del Estado de brindar protección a la vida prenatal. El tenor de esa sentencia, con una multitud de subdivisiones, señala a la rama legislativa cómo desarrollar la debida protección a la vida prenatal. En ese contexto, ésta es la sentencia más dinámica, casi atrevida, en el derecho constitucional comparado; sus bases constitucionales se encuentran en el artículo 2 (2) de la Ley Federal, que protege la salud, la integridad física y la vida del ser humano, y en el artículo 1 (1), de la Ley Fundamental, que reconoce la dignidad humana como valor inviolable que cada rama del Estado tiene la obligación de respetar y proteger.

Es la única norma de la Constitución alemana que habla en términos explícitos de una obligación del Estado de brindar protección a un valor protegido por un derecho fundamental. Eso es importante porque en la visión tradicional los derechos fundamentales protegen al particular, al individuo, frente al Estado.

En el caso del aborto la situación es muy diferente: la amenaza viene por parte de los padres, de la madre embarazada y de los médicos que realizan el aborto; en estos casos el Estado se encuentra en un papel mediador, bajo cierta obligación de brindar protección a la vida del embrión frente a la acción de particulares. El tema casi eterno es hasta qué grado podemos extraer criterios concretos para limitar la discrecionalidad de la rama legislativa. Por eso consideramos de la mayor trascendencia este fallo de la Corte Constitucional alemana.

### 1.2.2. Libertad de opinión y de prensa v. privacidad (caso von Hannover)

Se trata de un conjunto de decisiones conflictivas de los tribunales alemanes por un lado y la Corte Europea de Derechos Humanos por el otro, sobre la debida protección de un personaje notable frente a los medios.

En este caso, se analiza una demanda civil de la princesa Carolina de Hannover. La princesa se encuentra bajo asedio permanente de los medios y bajo vigilancia de

---

<sup>1</sup> BVerfGE 88, 203; Fundación Konrad Adenauer (ed.): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (compilación de sentencias por J. Schwabe), 2003, p. 71.

los fotógrafos de varios de ellos, en particular de prensa. Contra tal persecución inició una acción negatoria con la que llegó hasta la última instancia, es decir, la Corte Suprema de Justicia de Alemania. En todo ese proceso bastante largo, la demanda fracasó porque, haciendo una ponderación de intereses, todas las cortes civiles hasta la sala civil de la Corte Suprema de Justicia otorgaron primacía al derecho constitucional de libertad de prensa y de libre comunicación, argumentando que la princesa Carolina es objeto de cierta curiosidad en esa parte del mundo. Una vez que una corte alemana declara que una persona —en este caso la princesa Carolina— es objeto de interés trascendente por ser figura de los tiempos contemporáneos, las jurisdicciones civiles opinan que existe un interés legítimo del público en enterarse de varias facetas de su vida. La princesa de Hannover inició después una queja constitucional, algo similar a un amparo o una tutela, fundamentada en una supuesta violación de su derecho constitucional a la privacidad para poder llevar su propia vida fuera de la vigilancia pública.

Se trata en efecto de derechos fundamentales entre particulares, algo que sale de la función clásica de libertades y derechos fundamentales. Las bases constitucionales para resolver este conflicto son los derechos contemplados en el artículo 5 (1) de la Ley Fundamental, que protege la libertad de prensa y la libertad de información en televisión, por un lado, y los artículos 1 y 2 LF, que forman la base del derecho a la privacidad de la autodeterminación del individuo. La demanda ante la Corte Constitucional alemana prosperó solamente en una parte, es decir, en cuanto a situaciones en las cuales los *paparazzi* acecharon y fotografiaron a la princesa estando ella con sus hijos. El Tribunal Constitucional decidió que la protección de la vida en familia hace parte del derecho a la privacidad de la familia y esto está fuera del interés público. En tal caso de conflicto de intereses prevalece el derecho a la familia, el derecho de llevar su vida familiar fuera de la persecución pública. Pero en cuanto a las demás situaciones, el Tribunal Constitucional rechazó la demanda. Reconoció que cuando la demandante se encuentre en sus residencias particulares está protegida contra intromisiones de los medios, pero tan pronto salga de su casa, de su palacio, ya está presa legítima de los fotógrafos.

Con posterioridad, la princesa de Hannover inició una demanda individual ante la Corte Europea de Derechos Humanos invocando el derecho a la privacidad consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta demanda sí prosperó, porque la Corte Europea, también procediendo a un balance de intereses, otorgó primacía a la vida privada, haciendo un análisis muy interesante de los diferentes niveles de los derechos de comunicación.<sup>2</sup> La Corte Europea insistió en que las libertades de comunicación (artículo 10 de la CEDH) están plenamente garantizadas si defienden

---

<sup>2</sup> CEDH, *Hannover v. Germany* (application 59320/00), sentencia del 24 de junio de 2004, *EuGRZ* 2004, p. 404.

un proceso abierto y transparente en el área política, porque aquí sí existe un interés muy importante del público sobre cómo actúan mandatarios políticos u otras personas que son líderes de opinión. Por otro lado, la Corte Europea decidió que la princesa de Hannover estaba bajo acoso de los  *paparazzi* como persona privada, ya que ella no tiene ningún cargo político, ni en Alemania ni en su principado de Mónaco. Es decir, es solamente persona privada y como tal no hay un interés preponderante de la prensa que pudiera justificar la intromisión en su la vida privada.

## 2. Activismo en la interpretación constitucional

Con la audacia de simplificar indebidamente, podemos discernir varios tipos de actitudes frente a la exégesis de nuestras constituciones. Las cortes supremas del modelo norteamericano muestran cierta deferencia por la letra y por las intenciones de los autores de los textos fundamentales. La Corte Suprema de los Estados Unidos es protagonista de una visión muy disciplinada y más estrecha del control constitucional de leyes. Es exponente de un marcado respeto a escogencias hechas por los poderes democráticamente legitimados. Por otro lado, no son pocas las cortes constitucionales o cortes supremas con una específica jurisdicción constitucional que demuestran un alto grado de dinamismo en la interpretación constitucional, incluso frente a la rama legislativa.

En varios países de la Europa continental el debate sobre el activismo judicial y sus límites es una melodía constante de la jurisprudencia constitucional. En el viejo continente, clasifica en primera fila la visión activista del Tribunal Federal Constitucional de Alemania. Este Tribunal construyó toda una estructura constitucional a la cual se deben someter completas áreas de reglamentación, como el régimen legal de radio y televisión, la financiación de los partidos políticos o la solidaridad financiera entre los estados federados. En el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró “constitucionalizar” muchos aspectos del derecho civil.

El instrumento mas poderoso que se forjó el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como *valores constitucionales*, los que el legislador, el poder ejecutivo y el juez tienen que proteger y alimentar, incluso en relaciones entre particulares.<sup>3</sup> Así el estatus del embrión se define por el valor de la vida humana como interés de alto rango constitucional. El derecho fundamental a la libre opinión y las demás libertades de comunicación hacen parte de un “orden objetivo de valores” que repercute sobre la aplicación de los leyes civiles en conflictos entre particulares.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre la “irradiación” de los derechos fundamentales como valores constitucionales en el derecho civil *BVerfGE* 7, 198 (205); sobre la protección de la vida del embrión *BVerfGE* 39, 1 (41ss.); 88, 203 (251ss.).

<sup>4</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205).

Así, la jurisprudencia alemana recurrió a la protección constitucional de la familia para establecer beneficios tributarios de dimensión macro-económica.<sup>5</sup> En la Alemania de hoy, a pesar de la retórica doctrinal, el control de constitucionalidad hace parte integral del proceso legislativo.

De manera similar, otras cortes en Europa y en América Latina basan una jurisprudencia activista sobre valores constitucionales que extraen de los textos de sus leyes fundamentales. Así, la nueva Corte Constitucional de Colombia muestra una marcada tendencia activista, en el sentido de destilar principios y valores constitucionales del texto constitucional y de estirar los parámetros tradicionales de interpretación con cierta creatividad.<sup>6</sup> Este activismo se desplegó ampliamente en el desarrollo de los derechos fundamentales como directivas para la legislación y como escudo contra amenazas emanadas de particulares.

El activismo de la Corte Constitucional de Colombia tiene ciertos paralelos en algunos países de América Latina, en particular con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. También hay algo de audacia incluso en la jurisprudencia de otras cortes latinoamericanas: basta referirse a la famosa sentencia que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que *motu proprio* emitió contra el golpe de Estado del entonces presidente en 1995, salvando así el orden constitucional sin mandato explícito.<sup>7</sup>

### 3. La vinculación metodológica de la jurisdicción constitucional

La Corte Constitucional es el único órgano que puede hasta cierto grado autodefinir el alcance de su intervención, porque es máxima autoridad sobre los parámetros del control que ejerce. Por eso, la vinculación a una metodología consistente es tema clave de la ubicación de una Corte Constitucional en el concierto de los grandes órganos del Estado.

Desde antaño la interpretación constitucional oscila entre dos polos: la sumisión a cánones establecidos, por un lado, y el ajuste de las normas a los cambios de la realidad externa, por el otro. La idea de la Constitución como orden durable, preferiblemente eterno, estimula un vaivén permanente entre el texto constitucional, las condiciones de convivencia y los conceptos prevalecientes en la sociedad. Podemos considerar ese juego como oxígeno en el corsé del texto constitucional o aceite en la

---

<sup>5</sup> BVerfGE 82, 60 (85); 99, 216 (233).

<sup>6</sup> Véase el excelente análisis de M. J. Cepeda Espinosa: "Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004), número especial.

<sup>7</sup> *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995*, p. 321. Al respecto, M. Herdegen: "La Corte de Constitucionalidad como guardián último del orden constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995*, pp. 337 ss.

mecánica de interpretación. Esta visión alimenta el concepto de *living constitution*.<sup>8</sup> Por otro lado, el carácter de la constitución como ley exige un mínimo de metodología que garantice cierta previsibilidad de la interpretación constitucional.

Este carácter como ley se manifiesta en los clásicos criterios de interpretación (interpretaciones literal, sistemática, histórica y teleológica).

La jurisprudencia constitucional se caracteriza por un fenómeno universal: una elasticidad grande en la elección de la metodología y la libertad de ajustar los parámetros de interpretación a lo que parece oportuno en el contexto dado. Esa discrecionalidad en general caracteriza el esplendor y la miseria de la jurisprudencia constitucional en general.

Además, la interpretación constitucional está particularmente expuesta a la tentación de romper la cadena de argumentación cuando desemboca en el juicio meramente subjetivo, tal como lo describe Hans Albert:

Uno suele hablar con relación a afirmaciones cuya justificación con argumentos no se quiere continuar de autoevidencia, de autojustificación, de fundamentación en conocimiento inmediato [...] o indicar de otra manera que uno está dispuesto a interrumpir el regreso de argumentación en un punto dado [...], declarando este mismo el punto arquimédico de la cognición.<sup>9</sup>

Por esta razón es un desafío de mayor trascendencia definir las “reservas de interpretación” —dentro y fuera de la Constitución— que se agregan al texto de las normas concretas.<sup>10</sup>

#### 4. Reservas de interpretación inherentes a la Constitución

Las constituciones modernas ofrecen todo un ramillete de principios, complementando las normas que se dirigen directamente a un escenario concreto de dimensión constitucional. Sobre todo, los principios que definen la finalidad del Estado —como el principio del Estado de derecho y el principio del Estado social— despliegan un dinamismo considerable en unión con los derechos fundamentales y otras normas de la Ley Fundamental.

La interpretación de los derechos fundamentales como valores abre a los exegetas un potencial de construcción discrecional casi ilimitado. Estos valores constitucionales son vehículos para fortalecer o frenar el impacto de otros principios o reglas de rango constitucional. Así, los derechos de la personalidad limitan las libertades de

---

<sup>8</sup> Véase W. Rehnquist: “The Notion of a ‘Living Constitution’”, *Texas Law Review* 52 (1976), pp. 693 ss.

<sup>9</sup> H. Albert: *Traktat über kritische Vernunft*, 5.<sup>a</sup> ed. 1991, pp. 15 s.

<sup>10</sup> M. Herdegen: “Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin”, en *Juristen-Zeitung* 2004, pp. 873 ss (876 ss).

comunicación; la vida humana, incluso del embrión como un valor fundamental, entra en conflicto con la autodeterminación de la mujer embarazada. En algunos países el recurso a una ponderación de intereses constitucionales es tarea ineludible porque los redactores del texto constitucional en la Asamblea Constitucional prefirieron abstenerse de limitar los derechos fundamentales en términos claros.

A la utilidad de valores constitucionales para el juez constitucional corresponde, por otro lado, la tentación de moverlos como peones en la mesa de ajedrez. Dentro de este peligro, cabe el riesgo de que los derechos fundamentales, como valores que limitan las libertades de otros particulares, se conviertan en estrecho corsé para la autonomía privada y la libertad de contratos, aun fuera de escenarios donde el legislador o el juez tengan que remediar un desbalance marcado en pro del partido más débil. Además, existe el peligro de que estos valores constitucionales se presten para elevar cualquier interés público a rango constitucional y para enfrentarlo con las libertades constitucionales del ciudadano. No solamente la seguridad interna o externa del Estado, sino también la lucha contra el desempleo o la estabilidad financiera de seguros públicos se transforman así en intereses de rango constitucional, justificando casi toda intervención en la esfera privada del ciudadano, en aquellos acuerdos celebrados entre empresas y sindicatos o casi toda imposición de nuevas cargas tributarias.

En general, los textos constitucionales ofrecen raramente criterios claros para un ordenamiento jerárquico de los valores fundamentales. Un ejemplo famoso es la dignidad humana como valor máximo y como garantía intocable, incluso a raíz de reformas constitucionales bajo la Ley Fundamental de Alemania (artículo 1 [1] y artículo 79 [3]).

Cada metodología tiene que ajustarse al ordenamiento de las responsabilidades a la luz del texto constitucional. En un sistema de democracia representativa, los grandes conflictos entre intereses sociales o entre diferentes sectores de la sociedad se resolverán primordialmente mediante los mecanismos democráticos, esto es, a través de elecciones y decisiones mayoritarias de los cuerpos legislativos.

## **5. Reservas de interpretación fuera de la Constitución**

Desde siempre, los jueces constitucionales se han inspirado en parámetros extraconstitucionales de interpretación. La problemática no reside tanto en esta inspiración como tal, sino en la exigencia imprescindible de hacerla transparente. Hoy en día se puede reconocer un núcleo de cánones extraconstitucionales que prestan una práctica función heurística:

1. estándares del derecho internacional, en particular sobre derechos humanos;
2. el derecho comparado;
3. la empírica, y
4. la historia que determina la autopercepción de la comunidad constituida.

### 5.1. Estándares del derecho internacional

Dentro de los parámetros extraconstitucionales, las reglas del derecho internacional se destacan por un grado relativamente alto de transparencia y de tangibilidad. El Estado moderno de derecho no se puede concebir sin respeto por el *jus cogens*, en particular cuando se trata de derechos humanos. No son pocas las constituciones de Europa continental y de América Latina que abren una especie de puente para una ósmosis entre el ordenamiento constitucional y reglas fundamentales del derecho internacional o tratados sobre derechos humanos (véase el artículo 93 de la Carta de 1991). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se atrevió incluso a conceder rango supraconstitucional a derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>11</sup> Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que es obligación de los Estados contratantes ajustar su ordenamiento interno a las garantías de la Convención Americana, a pesar de normas constitucionales contrarias.<sup>12</sup> Desde esa perspectiva internacional, el tratado prevalece sobre la Constitución.

En el caso *von Hannover v. Germany*, la Corte Europea de Derechos Humanos fortaleció la protección de la privacidad frente a los medios,<sup>13</sup> de tal manera que los jueces alemanes —e incluso el Tribunal Constitucional— tendrán que limitar la libertad de la prensa, generosamente protegida bajo la interpretación tradicional de la Ley Fundamental alemana, si quieren evitar un conflicto con la jurisdicción europea.

En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Constitucional de Alemania hace énfasis en la interpretación de leyes (incluso la Ley Fundamental), de conformidad con las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, el Tribunal alemán no le otorga rango constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos. Más bien, la Convención Europea y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos operan dentro de los márgenes de interpretación que encuentra el juez cuando aplica la ley. En este sentido, el juez alemán actúa en una especie de corredor de balance. Según el Tribunal Constitucional, un juez alemán que quiere desviarse de la jurisprudencia europea tiene que fundamentar tal decisión a la luz de la Ley Fundamental.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Sentencia n.º 3435 del 11 de noviembre de 1992.

<sup>12</sup> Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo-Bustos v. Chile)*, serie C n.º 73 (2001).

<sup>13</sup> Caso *von Hannover v. Germany* (application 59320/00), sentencia del 24 de junio de 2004, *EuGRZ* 2004, p. 404.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 3407 (3411).



### 5.2. *Derecho comparado*

La perspectiva comparada brinda una ventaja específica: integra varios “biotopos” y una diversidad de casos concretos. Ofrece así una buena base para la verificación de condiciones o consecuencias inherentes a ciertas interpretaciones. Hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos —en el pasado, exponente de un constitucionalismo bastante introvertido— reconoce el valor hermenéutico de una perspectiva comparada. De las Cortes Constitucionales recientemente establecidas, las Cortes de Colombia y de Sudáfrica son ejemplos de una alta sensibilidad hacia conceptos desarrollados en otros países. Es ejemplo de tal intercambio la adopción del concepto francés de *bloque de constitucionalidad* por parte de la jurisprudencia colombiana.<sup>15</sup>

### 5.3. *La empírica*

El recurso a supuestos radicados en la empírica no puede ofrecer un fundamento normativo en el sentido de una justificación autosuficiente para cierta interpretación, pero la empírica soporta elementos deductivos en la cadena de argumentación y permite su escrutinio objetivo. El Tribunal Federal Constitucional de Alemania justificó la independencia del Banco Central frente a los demás órganos políticos y su exención de un control democrático, con un dictamen empírico. El Tribunal alemán se fundamentó en la corroborada experiencia de que la ruptura con el principio democrático beneficia una gestión en pro de la estabilidad monetaria.<sup>16</sup> Por otro lado, la empírica exige diligencia antes de que una Corte Constitucional sustituya su propia evaluación de un escenario dado a la luz del texto constitucional al juicio de los poderes legislativo o ejecutivo. Así, una garantía constitucional de un ajuste de salarios o pensiones para empleados públicos a la tasa de inflación puede desembocar en una generosidad en contra de quien paga impuestos, si tal ajuste ignora el desarrollo del PIB.

### 5.4. *La historia que determina la autopercepción de la comunidad constituida*

En todos los países la interpretación constitucional no puede abstraerse de traumas históricos o de otras facetas de la historia a los cuales ciertos principios constitucionales quieren responder.

A la luz del terrorismo estatal bajo el régimen nacionalsocialista, la jurisprudencia alemana brinda ejemplos impresionantes como el concepto de la protección de la vida humana.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Sentencia C-225/1995.

<sup>16</sup> *BVerfGE* 89, 155 (208).

<sup>17</sup> *BVerfGE* 18, 112 (117); 39, 1 (36, 67).

Por otro lado, la debida consideración de contextos históricos ciertamente no impone una canonización de conceptos del pasado o una extrapolación rigurosa de preferencias que real o supuestamente inspiraron la Constituyente. Vale recordar la fresca premonición de Thomas Jefferson de no quedarse petrificado por veneración a generaciones pasadas:

Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human. [...] I knew that age well. [...] It was very like the present, but without the experience of the present. [...] Let us follow no such examples, nor weakly believe that one generation is not capable as an other of taking care of itself, and of ordering its own affairs.<sup>18</sup>

## 6. Conclusión

Previsibilidad y metodología sólida son fundamentos de la jurisprudencia constitucional. La mirada comparada nos abre la vista a un laboratorio donde ciertas soluciones en textos similares ya están bajo escrutinio o comprobadas. Así se fortalece la base objetiva para un diálogo fructífero entre nuestras culturas de derecho constitucional.

---

<sup>18</sup> T. Jefferson, carta a S. Kercheval (julio 1816), en M. Peterson (ed.): *The Portable Thomas Jefferson*, 1975, pp. 558 s.