



**La consolidación discursiva en el derecho
La constitucionalización como fenómeno histórico. Un
intento metodológico de renovación de la argumentación
jurisdiccional civil**

GUILLERMO CASTRO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 48

Julio - Diciembre de 2012. ISSN 1909-7794

La consolidación discursiva en el derecho

La constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdiccional civil

Guillermo Castro*

RESUMEN

La argumentación en el derecho puede analizarse desde los diversos tipos de lectura que se pueden hacer sobre la legalidad. La lectura histórica posibilita implementar fenómenos sociales, económicos o políticos que permiten renovar, en determinados momentos, el entendimiento de lo jurídico. Con esos instrumentos puede analizarse la constitucionalización del derecho privado en el sistema jurídico continental como un fenómeno histórico. En ese contexto, las cláusulas generales de la responsabilidad civil han jugado y pueden jugar en el derecho comparado y en Colombia, respectivamente, un papel protagónico. Sería deseable procurar esa forma de raciocinio desde la dogmática crítica privada en las decisiones jurisdiccionales civiles futuras, para lo cual se analiza el caso alemán.

PALABRAS CLAVE: argumento judicial, interpretación histórica de la ley, neoconstitucionalismo, derecho privado.

ABSTRACT

Legal arguments can be analyzed from the various types of reading you can do about the law. The historical reading permit to implement social, economic or political phenomena, at certain times, which make possible to renew the understanding of the law. These tools allow analyzing the constitutionalization of private law in the continental legal system as a historical phenomenon. The general conditions of liability in this context can play and have played in Colombia and in comparative law, respectively, a deciding role. It would be desirable to seek these forms of reasoning from the private critical dogmatic for future civil courts decisions. Therefore would be examined the german case.

KEYWORDS: judicial argument, historical interpretation of the law, new constitution, private law.

* Abogado (Universidad Nacional de Colombia); Magister (Universidad Nacional de Colombia); Magister Llegum, cum Laude (Universität Konstanz); Doktor Juris, Magna cum Laude (Universität Konstanz); Director de Investigaciones en Derecho Privado, Universidad Católica de Colombia. Correo: castroayal@gmail.com

SUMARIO

Planteamiento de la cuestión – I. DE LAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN Y SU CONSOLIDACIÓN – II. EL ABORDAJE DE LOS TEXTOS LEGALES – A. *El abordaje puramente dogmático* – B. *El abordaje histórico* – III. INNOVACIONES RETÓRICAS CIVILES E INNOVACIONES RETÓRICAS CONSTITUCIONALES – A. *¿A qué han obedecido las consolidaciones de nuevas retóricas en materia de derecho civil?* – 1. El caso de la “Publicación de Cartas” – 2. El caso de “El Jinete” – B. *Trascendencia de las dos anteriores decisiones* – IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU ENTENDIMIENTO COMO FENÓMENO HISTÓRICO – V. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Planteamiento de la cuestión

Un problema de gran relevancia en el momento jurídico actual es el de la falta de apropiación del discurso constitucional por parte de algunas jurisdicciones especializadas.¹ Si bien es cierto que cada día son más abundantes los aportes académicos que dan cuenta del fenómeno de la constitucionalización de las diversas áreas del derecho en el país (Acosta, 2009, pp. 93 ss.; Calderón, 2011, entre otros), no lo es menos que sigue existiendo —pasados incluso más de veinte años de la expedición de la Constitución de 1991— una cierta resistencia por parte de esa misma clase de jueces a la hora de discutir problemas constitucionales dentro de los procesos especiales de su exclusiva competencia, esto es, en los procesos diversos a las acciones constitucionales que deben fallar, fundamentalmente las tutelas.

De hecho se ha llegado a admitir una diferenciación en cuanto a la calidad argumental que existe entre las decisiones de tutela y las demás decisiones que componen la tarea específica de cada una de esas jurisdicciones. Se podría resumir ese estado de cosas con una ya consabida frase: “una cosa es un juez fallando en vía de

tutela y otra cosa es el mismo juez fallando los demás procesos”. Así, existe una percepción generalizada según la cual, la argumentación en “los demás procesos” es (debería ser) mucho más rigurosa que en los fallos de tutela que, a granel diariamente, deben ser fallados, sin dejar vencer los perentorios términos prescritos por la ley. Por supuesto, esa situación tiene unas causas hace tiempo identificadas y la fundamental, que aquí vale mencionar desde ya, es el creciente número de tutelas que día a día son repartidas entre los jueces del país.

Por ponerlo en términos comparativos, de alguna forma “la cantidad dificulta mantener la calidad”. La mal llamada “tutelitis” ha modificado el esquema de trabajo de la jurisdicción ordinaria, dividiendo el tratamiento dado a su objeto, entre a) tutelas y b) los demás asuntos o procesos. La creación de cargos jurisdiccionales en la Corte Suprema o el Consejo de Estado, que tienen la función de proyectar únicamente sentencias de tutela, evidencia la realidad descrita. (En cuanto al sostenido aumento del uso de la acción de tutela, véase, entre otros, García y Uprimny, 2006, pp. 473 a 479. Sobre algunos exabruptos que se han producido en fallos de tutela y algunas atinadas, pero quizá otras inmerecidas o desproporcionadas, críticas contra la acción de tutela, véase Rubio, 2011, p. 2 y ss.²).

El discurso constitucional necesario para decidir las cada vez más abundantes acciones de tutela llegó en un determinado momento a “saturar” —si se me permite la expresión— la buena “dispo-

1 Al respecto, menciona, entre otros Arrubla Paucar (2008, pp. 115 y ss.): «En el mundo entero se ha criticado a los jueces de la jurisdicción ordinaria de una falta de “conciencia constitucional”. Existe la necesidad de que el juez penetre más en la interpretación constitucional y que el proceso se vuelva permeable a la garantía del derecho fundamental. [...] Morello insiste en el deber de los jueces de las instancias ordinarias para: a) asumir el tratamiento de las cuestiones constitucionales que matizan los litigios; b) que en las motivaciones aparezcan consideraciones de ese linaje cuando sea necesario o conveniente; y c) de que el juicio de admisibilidad pronunciado en el recurso extraordinario sea profundo y cabal. [...] No deben los jueces ceder su competencia como jueces constitucionales dentro del proceso, ni tampoco permitir que el examen de la constitucionalidad se realice al margen de la actuación procesal.»

2 http://mrpotros.blogspot.com/2011/07/entre-la-informalidad-y-el-formalismo_3430.html (Fecha de última consulta: 22 de mayo de 2012).

sición constitucional” de los falladores ordinarios en los asuntos propios de su competencia; lo que a la postre generó un efecto indeseado: una muy poca, por no decir que nula, permeabilidad del razonamiento constitucional al interior de la argumentación utilizada para decidir los procesos específicos de cada jurisdicción.

He ahí el problema que pretende abordar este escrito. Se trata de dar cuenta de la apropiación de los discursos constitucionales por parte de los jueces ordinarios civiles. Para ello se utiliza una comparación con diversas formas de interpretación, posteriormente, a través de un concreto análisis constitucional e histórico del derecho de responsabilidad y con la ayuda del derecho comparado, se propone finalmente un intento de organización sencilla de algunos esquemas de razonamiento y argumentación *privado-constitucionales* que obedecen, de manera coherente, a la tradición del sistema de raciocinio jurídico continental.

Así mismo se intentarán evidenciar las ventajas de leer los textos legales de derecho privado, esto es, de interpretarlos, o más aún, de crear alrededor de ellos determinadas retóricas, partiendo de presupuestos cada vez más pluricomprendivos, científicos y abiertos a una visión sistémica del derecho, en permanente evolución; y ojalá, a su turno, menos dogmáticos y cerrados a solo determinadas y precisas consideraciones de las áreas del conocimiento jurídico, tanto civilista como constitucional.

I. DE LAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN Y SU CONSOLIDACIÓN

En general puede aceptarse que la discusión sobre la adecuación de la constitucionalización jurisdiccional del derecho privado continental se ha desarrollado alrededor de los términos de “razonabilidad” e “interacción”, si se quiere sobre los términos de quien posee la “verdad interpretativa” (la sugerente y propositiva jurisdicción constitucional o la hermética e impermeable jurisdicción ordinaria); ello en aras de la búsqueda de una unidad del ordenamiento jurídico, que permita además consolidar un sistema argumental libre de contradicciones. (Ruffert, 2001, pp. 42 ss.; Canaris, 1999, pp. 11 ss.).

Para tratar de proponer una solución, permítase partir de que existen varias formas de retórica alrededor de los textos; y que así mismo, existen diversas maneras de consolidación de esas mismas retóricas.

Al efecto, me valgo de un interesante ejemplo propuesto por Eco (2011, 90). Así, se podrían diferenciar, por ejemplo, las afirmaciones de ficción de las afirmaciones históricas. La pregunta que plantea Eco es: «¿Una afirmación ficticia como “Ana Karenina se suicidó lanzándose a las vías del tren” es tan cierta como la afirmación histórica “Adolf Hitler se suicidó y su cadáver fue incinerado en un búnker de Berlín?”».

Se coincidirá en aceptar, de manera instintiva, que se tendería a decir que la afirmación sobre Ana Karenina es ficticia, porque se deriva

de una novela, en tanto que la afirmación sobre Hitler es verdadera, porque corresponde a una aceptación histórica.

La sencillez de la cuestión desaparece, sin embargo, tan pronto como alguien afirma lo contrario en cada caso. Si un amigo nos menciona en una reunión de viernes en la noche que Ana Karenina no se suicidó, coincidiríamos en pensar que (a) no ha leído la obra de Tolstoi, (b) perdió el juicio o (c) que está haciendo un chiste. La única lectura plausible para entablar una discusión válida del punto, que se puede hacer entonces, es eminentemente dogmática: en la obra Ana se suicidó: no se admite (no es dable admitir) otra posibilidad.

Si por el contrario, un profesor afirma frente a un auditorio universitario que Hitler no murió en un búnker cercano al *Bundestag* en Berlín durante la toma de los aliados, sino que logró huir hacia Suramérica y que falleció de viejo hace poco, podría plantearse una discusión con algún grado de validez científica, ya que nunca quedó claro si en realidad el suicidio ocurrió, menos si el cuerpo fue incinerado y no existe una absoluta claridad sobre dónde queda (o quedaba) el dichoso búnker.

El ejemplo de las dos afirmaciones y de sus negaciones es útil para evidenciar la existencia de verdades literarias y verdades históricas y de cómo unas y otras resultan o no cuestionables. Ellas subyacen al texto del cual se derivan y, a su vez, cada uno de esos textos permitiría (o no) un relativo grado de corrección, de acuerdo a como sea abordado.

Eco menciona que en términos lógicos la afirmación sobre Ana sería cierta *de dicto*, mas no *de re* (Eco, 2011, 90). Literariamente es pues una verdad indiscutible que Ana se suicidó y esa frase no encuentra una justificación más allá del texto mismo de donde se deriva y de su interpretación. En tanto que la afirmación sobre Hitler conlleva una pretensión de verdad en los dos sentidos, esto es, que no solo es una verdad admitida literariamente en los textos enciclopédicos de historia (*verdad de dicto*), sino que esa afirmación pretende hallar una concordancia con la realidad de lo que ocurrió en la capital de Alemania en mayo de 1945 (*verdad de re*).

La retórica en torno a la novela *Ana Karenina* parte entonces de un presupuesto inmodificable: Ana se suicidó. La retórica sobre los libros de historia que predicán el suicidio de Hitler admitiría una posible y futura modificación en cuanto a esa afirmación. Toda afirmación hecha respecto de las (que Eco llama) verdades enciclopédicas puede —y a menudo debe— ser verificada en términos de legitimidad empírica externa: pruébame que Hitler murió (o no) entonces en el Bunker de Berlín. A su turno, las afirmaciones sobre el suicidio de Ana Karenina, que son tan solo una verdad literaria, constituyen casos de legitimidad textual interna. No es (no resulta) legítimo entonces salirse del relato, (de Tolstoi por ejemplo), para probarlas.

Más allá de esta propuesta, que Eco utiliza para validar y continuar una interesante discusión (Eco, 2011, p. 93 con respecto a C. S. Peirce), lo determinante para este escrito es la valida-

ción interpretativa de los textos, en especial los jurídicos³.

II. EL ABORDAJE DE LOS TEXTOS LEGALES

Ahora bien, los textos legales, a su turno, pueden ser abordados de múltiples maneras, como bien lo han mencionado de modo insistente incontables intentos académicos. (Recuérdese, entre muchísimos otros, a Karl Larenz, Ihering y en general todas las escuelas de interpretación desde la exégesis hasta la teleológica, pasando por la escuela de la libre interpretación de Geny, solo por mencionar algunas de las más conocidas).

Sin embargo, para lo que interesa evidenciar aquí, importan ahora tres puntos. El primero es un reconocimiento que tiene que ver con una particular virtud que caracteriza a los textos legales: siendo inicialmente verdades *de dicto* pueden ellos crear verdades *de re*. Así por ejemplo, la frase “el contrato es una ley para los contratantes” tiene la virtud de implicar que, por ejemplo, se profiera una sentencia que obligue a un particular determinado a entregar su casa hipotecada, si no ha cumplido con los pagos a que se comprometió en un contrato.

El segundo punto atiende a otro reconocimiento: ya que los textos legales pueden ser abordados de diversas maneras, de ello se puede generar

la consolidación de retóricas diversas. Al efecto importan el abordaje que daré en llamar a) puramente dogmático y b) el histórico.

Por último, resulta trascendente analizar c) la consolidación que de uno y otro abordaje, a nivel retórico, pueden hacer los intervinientes en una discusión jurídica en torno a esos mismos textos legales.

En alguna medida, admitirá el lector, a) y b) coinciden con las dos formas de abordaje fantástico e histórico que Eco subraya, ya que, mientras aquellas (Ana Karenina se suicidó) son dogmáticas, estas por el contrario tienden a privilegiar una discusión permanente, en aras de propugnar por una verificación de tipo científico. (De acuerdo con la historia Hitler se suicidó, a menos que alguien nos demuestre algo diverso).

Resultará indiscutido a estas alturas que un texto legal puede abordarse, entre muchas otras, de las dos formas que aquí se han nombrado, esto es, tanto como un texto acabado cuya interpretación solo ha de obedecer a puntos tranquilos ya definidos, incluso de manera interna (puramente dogmática), así como un texto abierto, sujeto a variaciones interpretativas, que dependerán de múltiples factores y respecto del cual, permanentemente cabe (es necesario) indagar, sobre su adecuación interpretativa. (De alguna manera, ha de ser tratado como un objeto histórico).

A. El abordaje puramente dogmático

El Código Civil puede ser leído de manera dogmática, sistemática y dando por sentado que todo el marco de interpretación de ese texto

3 Sobre la creación jurídica en términos argumentales mucho se ha escrito, pero dentro del contexto de la discusión con Peirce y la construcción jurídica de la realidad, así como el desafío de la circularidad en el derecho (verdades *de dicto* y *de re*) y sobre la socio semiótica, ver entre otros a Martínez García, en *La imaginación jurídica*. Sin embargo, precisiones adicionales rebasan la delimitada intención de este escrito.

legal puede ser referido de manera completa a la dogmática civilista. No sería necesario hacer entonces referencia a otras áreas del derecho para resolver todas las “controversias civiles” que judicialmente haya que fallar. En esta posición las verdades del derecho civil son dogmáticas e inmodificables, completas y acabadas.

Cabe recordar, por ejemplo, que la primera forma de abordaje de textos legales se derivó de la reiteración de verdades aceptadas (dogmáticas) por algunos intérpretes (por ejemplo, la más autorizada dogmática de determinado autor). Así, la consolidación de una retórica dominante alrededor de los textos legales estuvo sujeta a la reiteración de afirmaciones que se tuvieron, en un momento dado, como verdades. La ley podría ser entendida entonces —incluso de manera legítima— como un texto que crea sus propias dogmáticas; que luego resulta muy difícil modificar desde un escenario diverso.

Puede entonces extrapolarse lo dicho: para poder discutir, es necesario partir de que Ana se suicidó; para poder discutir, es menester admitir que el artículo 2356 es una simple reiteración del artículo 2341 del Código Civil. (Vélez, Arango, 1926, T. 9. pp. 15-16⁴).

4 Menciona Vélez, en su obra: “20. El inc. 1° del artículo 2.356 establece una regla general, la cual consiste en hacer responsables a una persona y a sus herederos, de todo daño que resulte de malicia o negligencia, que naturalmente comprende descuidos, imprudencias, etc. Así es que daños originados de una de esas causas, que no constituyen delitos y que aún pueden no tener sanción penal ni correccional, obligan a su autor a indemnizar los perjuicios que un tercero reciba en su persona o en sus bienes de tales daños.

Además el artículo citado enumera algunos de los casos que comprende dicha regla general. Esos casos implican violación de las disposiciones de Policía, pues éstas prohíben y castigan disparar armas en las calles, plazas o lugares concurridos, arrojar en las vías públicas objetos, como cáscaras de frutas, que puedan causar algún daño a los transeúntes, correr a caballo en esas vías con una velocidad peligrosa para las personas, etc.”.

Ahora bien, una clara evidencia de que esa forma de retórica se consolida de manera simplemente reiterativa, se obtiene de la verificación, (ya hecha), de que las interpretaciones de un mismo texto legal pueden llegar a ser absolutamente divergentes. Así, el artículo 2356 puede haber sido interpretado de determinada manera por la jurisdicción colombiana; en tanto que el mismo texto fue entendido de una forma totalmente diferente, a lo largo del tiempo, por la jurisdicción chilena. (Mantilla y Ternera, 2004, pp. 211 y ss.).

Lo anterior pone de presente que la verdad dogmática, así consolidada, logra ganar valor, entonces, porque es una forma de interpretación cerrada, circular y reiterativa; esto implica, entre otras cosas, que sus defensores no están muy dispuestos a dejar entronizar fácilmente otra forma interpretativa diversa, con apoyo en múltiples argumentos. En cuanto al derecho civil, la arraigada costumbre interpretativa, incluso por sobre otras jurisdicciones, ha sido aquella dirigida a entender los textos legales como textos que *per se* consolidan retóricas que deben ser mantenidas, como por ejemplo los pronunciamientos jurisprudenciales de los supremos tribunales de la respectiva jurisdicción o la posición defendida por un autor reconocido. Las razones de mayor peso en esa posición, son el mantenimiento del *statu quo* dominante, del que se deriva la seguridad jurídica.

Ahora bien, desde ya cabe adelantar que la falencia en esa forma de razonamiento radica en asumir esas retóricas consolidadas como verdades permanentes a lo largo del tiempo, esto es, que han sido derivadas del texto mismo desde siempre, cuando en realidad, históricamente

analizadas, ellas también han implicado una o múltiples variaciones.

B. El abordaje histórico

Al efecto vale la pena poner de presente un ejemplo concreto.

Antes de las sentencias de la Corte Dorada sobre el artículo 2356, esa norma solo se entendió como una reiteración insulsa del artículo 2341 del Código Civil. (CSJ, Cas. Civ. 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza G.J. XLVI, pp. 216 y 561, citada además por Mantilla y Ternera, entre otros).

Así, lo anterior evidencia que los textos legales pueden también ser interpretados no ya como documentos que crean sus propias dogmáticas de manera estática, sino como documentos científicos (históricos, si se quiere), sujetos a un devenir social; esto es, influenciados por diversos fenómenos a lo largo del tiempo y por cuya virtud, su interpretación, o mejor aún su comprensión, necesariamente ha de modificarse. (Larenz, 2010, p. 347).

El profesor *Bernd Rüthers* afirmaba insistentemente al respecto, que el Código Civil alemán, (sin grandes modificaciones del texto en sí mismo considerado), supervivió a cinco diversas formas de Estado, desde Weimar hasta la unión Europea, pasando por dos alemanias divididas y por el deceso del nacionalsocialismo. Se intuirá de esa sencilla frase que las modificaciones interpretativas no solo fueron muchas, sino de una significación considerable durante ese corto siglo. (Rüthers, Stadler, 2011, XI).

En esta forma de interpretación —que debe ser abierta y estar encausada de manera permanente a la búsqueda de un mejor criterio— la consolidación de retóricas ya no obedece prevalentemente a la reiteración de una posición ofrecida por un determinado intérprete (el autor más autorizado de la época, por ejemplo), sino a devenires políticos, económicos y sociales. Aquí resulta pues ya insostenible argüir que el texto mismo crea de manera excluyente sus propias verdades.

Extrapolando nuevamente el ejercicio: Ana Karenina se suicidó, es una verdad indiscutible porque hace parte de un dogma derivado de un texto inmodificable. Entonces, *a posteriori*, tanto el texto del art. 2356, (*verdad de dicto*), como su interpretación: —salvo la determinación en materia de derecho policivo o por cuanto esos hechos en sí no constituyen un delito— (Véase nota 4 al pie), el artículo es idéntico al 2341 del Código (*verdad de dicto* y *de re*, por lo menos ante la comunidad jurídica), se vuelven prácticamente inmodificables para todos los demás intervinientes en la discusión.

El suicidio de Hitler en Berlín está siendo discutido incluso hoy día por medios periodísticos y científicos⁵. Así entonces, si bien ese hecho constituye un dogma (entendido como un acontecimiento del que es necesario partir para explicar otra serie de sucesos históricos), que sigue teniendo vigencia, su veracidad perviviría hasta que alguien demuestre una situación *de re* diferente.

5 <http://www.welt.de/kultur/history/article2834129/Als-Hitlers-Hakenkreuzfahne-am-Suedpol-wehte.html> [Fecha de última consulta: 22 de mayo de 2012].

Que el artículo 2356 contiene una norma diversa al artículo 2341 es una verdad jurídica hoy por hoy en Colombia, mas nótese que no es así en Chile (Mantilla y Ternera, pp. 211 ss.). Sin embargo tal aserción resultó, en algún momento del tiempo, altamente discutible, pues hasta antes de la intervención modificatoria interpretativa de la Corte Dorada en el año de 1938, el artículo 2356 era una repetición legislativa que: a) o sufría de algún grado de inconsecuencia atribuible a una falencia jurídica de Don Andrés Bello; o b) debía interpretarse para otros hechos que no necesariamente constituían delitos sino contravenciones o no tenían en sí una sanción punitiva. Así entonces, esta última afirmación fue un dogma, pero su veracidad pervivió hasta que alguien demostró una situación *de dicto* (y *de re*) diferente, específicamente en el año de 1938, en que la Corte Dorada modifica de manera significativa su interpretación. (Mantilla y Ternera, 2004, p. 217).

Han existido pues dos verdades *de re* respecto del mismo texto que ha permanecido idéntico.⁶

Como típicamente ocurre con las normas que consagran cláusulas generales de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 2356, de hecho, es una norma contentiva de un texto bastante abierto y por lo tanto puede ser interpretado como una reiteración del artículo 2341,

6 Ha de admitirse aquí, sin embargo, que la popularización del “novedoso entendimiento” de la Corte Dorada sobre el 2356, probablemente tomó un tiempo considerable en el ámbito nacional, pues resulta dificultoso rastrear sentencias de instancia que acogieran ese criterio en el periodo comprendido entre 1937 y 1950. Lo propio podría acontecer con los nuevos entendimientos que la Corte Constitucional ha hecho en materia de derecho privado; una apropiación de las nuevas retóricas constitucionales, en materia de obligaciones y responsabilidad, de hecho se ha demorado más de veinte años.

esto es, de los cuatro elementos integrantes de la responsabilidad subjetiva (1. hecho “*p. ej. disparar un arma imprudentemente*”, 2. Daño “*todo daño*”, 3. nexo de causalidad “*que pueda imputarse*” y, 4. Culpa “*malicia*”, esto es, “*dolo o negligencia*”)⁷.

Pero nótese cómo, la Corte Dorada buscó eliminar interpretativamente la carga de la prueba de la culpa mencionada insistentemente por parte del legislador⁸, asumiendo que los tres numerales referidos en la norma recién transcrita constituyen actividades que generan altísimos grados de riesgo. La novedosísima interpretación se vale de los términos “por regla general” y “que pueda” para concluir que el legislador habría establecido, basado en una regla de la experiencia, “la posibilidad” de que la víctima, *no necesariamente*, debía concurrir a cumplir con la carga de la prueba del elemento subjetivo de la culpa.

Ahora bien, independientemente de lo enjundioso de cada una de las dos interpretaciones, que como válidas se han tenido a lo largo de la

7 “Por regla general **todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia** de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que **dispara imprudentemente una arma** de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”

8 Por lo que surgieron y surgen no pocas críticas, de las que se pueden citar, entre otras: “Ahora bien, el pretender fundar sobre el texto de nuestro artículo 2.356 del CC un régimen especial de responsabilidad, equivalente al existente en el derecho francés, es olvidar completamente las diferencias existentes entre los dos textos legales. Y el pretender burlar la exigencia de la culpa, haciendo referencia a complejas y contradictorias teorías sobre la culpa es contradecir de forma directa la disposición legal”. (Mantilla y Ternera, p. 217).

historia de ese texto legal en Colombia, o de la concordancia que cada una de ellas guarda con la literalidad de la norma en sí, resultó claro que la intención de la Sala Civil de la Corte, en 1938, fue adecuar de manera histórica el mismo texto a las nuevas corrientes interpretativas europeas continentales que buscaban consolidar la teoría del riesgo y la preeminencia de la responsabilidad objetiva, en atención al aumento cuantitativo de actividades derivadas de la industria, como la conducción, el vuelo de aeronaves, la utilización de maquinaria en la construcción, etc.

Nótese aquí cómo, si la opción tomada por la Sala de Casación Civil de entonces para “actualizar” la interpretación histórica del texto fue adecuada o no y a cuya reflexión nos invitan Mantilla y Ternera, es una discusión diversa. Lo que importa aquí evidenciar es que, efectivamente, desde entonces ese texto del artículo 2356 del Código ha sido también tratado por los jueces como un objeto histórico: como un texto que cada determinado tiempo debe ser sometido a un examen científico riguroso para actualizarlo, no ya a las verdades dogmáticas de la misma reinterpretación que de él hacen sus aplicadores, sino a las verdades mismas que la realidad social impone.

Habría muchos más ejemplos para evidenciar que el texto del Código Civil no es pues una verdad dogmática y pétrea, impermeable a la realidad social. En esa medida, desde una perspectiva histórica, podría admitirse que la adecuación interpretativa de la Corte Dorada del artículo 2356 fue, además de vanguardista, bastante apropiada.

Ahora bien, si un científico histórico encontrara los restos de Hitler en Argentina, podría modificar el entendimiento de los textos de historia; pero es menester admitir que no ocurre lo propio con las verdades *de dicto* y *de re* en derecho, pues ellas se edifican como ya se ha sugerido, sobre una tarea de retórica y persuasión (Alexy, 1997, pp. 23 y ss.).

Para un lego en derecho, incluso para los mismos juristas que vivieron con anterioridad a 1936, nunca fue tan evidente la diferenciación de las normas contenidas en el artículo 2341 y el 2356, de que se valió la Corte Dorada en 1938, para infundir un nuevo entendimiento del texto de la segunda norma. Sin embargo, la Corte Suprema de entonces, a través de sus consideraciones, persuadió a un auditorio especializado a partir de ese mismo momento. Las verdades en derecho, como en todas las ciencias sociales, no son por tanto absolutas, (no puede ser entonces encontrada la prueba de que el Art. 2356 es diverso al Art. 2341 del Código Civil), sino que se derivan (se deberían derivar) de la necesidad de solucionar conflictos, de acuerdo con momentos históricos que las normas atraviesan: he ahí una de las principales tareas de la interpretación rigurosa desde la dogmática. (Larenz, 2010, p. 347).

Muy probablemente, si los avances tecnológicos no lo hubieran exigido en su momento, la Corte Dorada no habría modificado la retórica sobre el artículo 2356. Su percepción de cómo debía ser entendido ese artículo entonces, fue acogida por la comunidad jurídica de buen grado, no solo porque era necesario hacerlo para resolver controversias concretas (y bastante complejas), sino

porque la retórica utilizada fue lo suficientemente persuasiva como para consolidarse como un criterio inmodificable por más de ochenta años. La autocorrección de la Corte en muchos otros temas evidenciaría cómo frente a otras problemáticas jurídicas su argumentación no era cierta, o en su defecto, no fue bien acogida.

Así como quizá Hitler no murió en Berlín, tal vez quizá el artículo 2356 contiene una norma jurídica diversa al artículo 2341. En esa buena medida, quizás las agudas críticas hechas por Mantilla y Ternera permanecen en el terreno de la dogmática cerrada y desconocen una interesantísima labor teleológica desarrollada por los jueces desde 1938 con respecto al artículo: haber mantenido (siempre) la carga de la prueba de la culpa en cabeza de la víctima que había sufrido el perjuicio, habría sido quizás una gran conquista, eminentemente del preciosismo de la anterior dogmática en materia de exégesis, pero a lo mejor, habría causado un atraso inconmensurable en materia de objetivación del daño en Colombia; sobre todo, si no se olvida que la responsabilidad civil extracontractual es el área del derecho privado que más evoluciona por vía jurisprudencial en el mundo entero, prácticamente desde la revolución industrial de 1848. (Fuchs, *Deliktsrecht*, p. vi⁹).

Además de que todos los códigos civiles que tienen más de cien años han sido (han tenido que ser) oportuna y eventualmente tratados como textos históricos, en los que se ha buscado el

criterio más adecuado y concordante con la realidad que atraviesan (tómense como ejemplos el BGB y el Código Civil colombiano, luego de lo aquí expuesto), han sido también objeto de transformaciones interpretativas y, consecuentemente, han sido objeto de cambios retóricos que se consolidan (que se han ido consolidando) a su alrededor.

III. INNOVACIONES RETÓRICAS CIVILES E INNOVACIONES RETÓRICAS CONSTITUCIONALES

Si se contextualiza el asunto y se tiene clara la importancia de la necesidad de la constitucionalización del derecho privado, la discusión sobre el artículo 2356 es especialmente sensible. Si bien existen muy adecuados intentos como el de Acosta (2009, pp. 93 ss.) que tratan de evidenciar la constitucionalización del derecho privado por vía de las cláusulas generales de responsabilidad, no lo es menos que a esos mismos estudios les falta algún grado de concreción a la hora de evidenciar el potencial mismo de esos instrumentos.

Las cláusulas generales de responsabilidad en el derecho continental han sido los puntos de conexión —si se me permite la expresión— entre el derecho constitucional, más específicamente entre la prevalencia de los derechos fundamentales como fuente del ordenamiento y el derecho privado; esto es, a través de esas cláusulas se ha logrado permear el discurso constitucional históricamente en el discurso jurídico privatista. Al efecto, como adelante se verá, se estudiará, específicamente en concreto el caso alemán.

9 "La jurisprudencia ha moldeado el derecho de responsabilidad civil como ninguna otra área jurídica del Código Civil alemán". *"Die Rechtsprechung hat das Deliktsrecht wie kaum ein anderes Rechtsgebiet des BGB geprägt"*.

Lo que cabe entonces aquí preguntarse, en el contexto colombiano es ¿por qué no se han consolidado las retóricas constitucionales al interior de los procesos de carácter civil, hoy en día? Desde ya cabe mencionar lo obvio y es que por primera vez en todo el mundo, la modificación de las retóricas *iusprivatistas* se produjo desde un punto exógeno a la misma dogmática civilista: quien modifica el entendimiento de la ley civil no es ni la propuesta contenida en un libro de un profesor de derecho civil, ni un tribunal supremo en materia civil, sino (y primero que todo), un Texto —el constitucional, valga decirlo— que ha de ser entendido, además, como superior al mismo Código, lo que, de por sí, no es bien recibido por todos los operadores *iusprivatistas*.

Adicionalmente, lo que imprime las modificaciones interpretativas permanentemente no es solo el texto Constitucional, sino la jurisprudencia expedida por un tribunal que de manera sorpresiva se instituye en corredactor y “corregidor” del que, desde las verdades jurídicas decimonónicas, era el más alto.

Ello ocurrió también en Alemania, a través de la expedición de la Ley Fundamental de Bonn en 1949 y, por primera vez, a través de la sentencia *Lüth*, como de manera correcta lo anota, en el ámbito nacional el mismo Acosta. Así mismo, el entendimiento del Código Civil español se vio modificado por la expedición de la Constitución española de 1978 y por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional español. (Ángel Yágüez, 2008, pp. 121 ss.), solo por mencionar un par de casos del derecho continental.

Pero obviados esos fenómenos que podríamos llamar de “temor a lo extraño”¹⁰ o de resistencia “hacia lo impuesto de manera sorpresiva”¹¹, habría que buscar causas menos advenedizas para justificar la falta de apropiación de las retóricas constitucionales por parte de los jueces civiles, luego de los primeros veinte años de la Constitución de 1991. Al respecto pareciera que hay dos puntos medulares de la problemática analizada. El primero tiene que ver, como ya se podrá avizorar, con lo que se considera “verdad”, entendida esta, según ya quedó expuesto, como la retórica consolidada en determinado escenario discursivo. El segundo, con las metodologías que han tratado de incorporar los que del tema se han ocupado (p. ej. Calderón Villegas). El mero análisis de sentencias emanadas de la Corte Constitucional, en muy poco da cuenta de la tarea (aún por hacer) de implementación y rigurosidad de las retóricas constitucionales, por parte de la jurisdicción civil: podría pues decirse que la razón yace en una ausencia de métodos.

A. ¿A qué han obedecido las consolidaciones de nuevas retóricas en materia de derecho civil?

A efecto de evidenciar el tratamiento de los cambios retóricos en torno al derecho civil, cabe

10 En realidad conozco a muchos jueces civiles con gran disposición hacia el tema constitucional, pero existe un temor a la revocación de las decisiones por parte del superior, cuando se verifiquen consideraciones absolutamente extrañas (por ejemplo las constitucionales), al sistema *iusprivatista*, en los considerandos de una decisión.

11 No es un secreto el así llamado “choque de trenes” producido entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, lo que, por demás, en otras latitudes donde se han expedido nuevas constituciones con un listado de derechos prevalentes a los contenidos en el derecho civil, también se ha producido en mayor o menor medida. Sin embargo, la permanencia de ese estado de cosas en el ámbito nacional resulta de verdad desafortunada y nociva.

aquí hacer alguna corta comparación con lo que ocurrió en la República Federal de Alemania, luego de la expedición de la Constitución de Bonn de 1949.

Conocida es por todos la sentencia *Lüth* en la que el Tribunal Constitucional Federal pone de presente la irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico, incluido el derecho privado o entre particulares, pero más trascendentes aún, para el tema que nos interesa, son las sentencias proferidas no ya por el Tribunal Constitucional Federal, sino por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Supremo Federal.

Es claro que pasó algún tiempo (cuatro años) desde la expedición de la Constitución Federal hasta que el Tribunal Federal, en su Sala Civil, profiriera un fallo en el que se articularan, de manera argumental (si se quiere instrumental) los derechos fundamentales constitucionales con los derechos civiles, específicamente con los derechos indemnizatorios, derivados de la responsabilidad extracontractual.

Los dos primeros casos pertinentes y abordados por el Tribunal Supremo Federal, en su Sala de Decisión Civil, evidencian el denodado esfuerzo por crear un sistema unitario (temporalmente hablando), valiéndose de la dogmática civilista anterior a la Constitución de 1949, lo que, por demás, no fue una tarea sencilla.

1. El caso de la “Publicación de Cartas”

El primero de los casos ha sido llamado “Publicación de Cartas”. Algo que desde ya resulta ne-

cesario subrayar es que la Sala Civil del Tribunal Federal busca crear conexiones argumentales entre las decisiones que, previamente a la expedición de la Constitución de 1949, había proferido el Tribunal Imperial (*Das Reichsgericht*) con el nuevo entendimiento de los derechos personalísimos, bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1949.

El caso puede resumirse, básicamente, así:

Una editorial (la demandada en el caso), publicó en su revista semanal un artículo sobre un “análisis político con motivo de la fundación de una nueva casa bancaria”. El artículo contenía opiniones con respecto al nuevo banco de negocios internacionales, fundado por alguien que había desarrollado actividades políticas durante el régimen nacionalsocialista y en los años posteriores a la guerra.

Como mandatario de esa persona, el demandante, abogado de profesión, envió a la demandada un escrito en el que con referencia al tema solicitaba la rectificación de algunas informaciones sobre su mandante.

La demandada, además de que no dio ninguna clase de respuesta a la solicitud del demandante, realizó una publicación en su siguiente edición en “Cartas de los lectores”, junto con otras cartas, de la solicitud de rectificación del demandante, omitiendo ciertas cosas y modificando otras.

El demandante consideró que con esa publicación se violaron sus derechos personalísimos. Solicitó entonces condenar a la demandada a

rectificar sus afirmaciones y a mencionar que el demandante no había enviado ninguna “carta de lector”.

Tras la revocación por parte del Tribunal Supremo de Hamburgo de la sentencia de primera instancia que había accedido a lo pretendido, la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal entra a revisar el caso.

Los dos puntos principales de la argumentación de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, para fundar su decisión, se pueden resumir como sigue. En primer lugar, además de darle un tratamiento histórico al problema, citando la labor del Tribunal Imperial en cuanto a la protección de los derechos de la personalidad, cita la posición de un par de civilistas (Gierke y Köhler) que habían evidenciado la necesidad de darle una protección más rigurosa a los derechos de la personalidad que tenían que ver con la publicación de documentos privados, y se inmiscuye con absoluta propiedad en el tema constitucional para, en segundo lugar, decir que,

[D]esde y a partir de la fijación en la Ley Fundamental del derecho de las personas, a la protección de su dignidad (Art. 1 Ley Fundamental) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también como algo privado, de cualquier persona, como derecho válido reconocido; en la medida en que ese derecho no lesione los derechos de otro, ni atente contra el orden constitucional o las buenas costumbres y el orden público (Art. 2 Ley Fundamental), debe ser visto el derecho a la personalidad general, como un derecho fundamental garantizado constitucionalmente. [...]

Aquí no resulta, pues, necesaria ninguna clase de discusión minuciosa sobre si y en qué medida la protección de ese derecho general de la personalidad exige una delimitación especial, a través de una ponderación de bienes. [...]

Aquí han sido lesionados intereses jurídicos de la personalidad del demandante, a través de la forma de publicación escogida por el demandado del escrito de rectificación, además bajo la eliminación de partes esenciales de su escrito.

Cada fijación idiomática de un determinado contenido mental también es, incluso cuando a la forma de fijación no le puede ser otorgada una posibilidad de protección del derecho de autor, una emanación de la personalidad del autor. De lo anterior se sigue que, fundamentalmente, sólo al autor le asiste la facultad de decidir “si y en qué forma” pueden ser entregados sus documentos a la opinión pública, pues cada publicación de documentos, resultante bajo el anuncio de un nombre de una persona, aún viva, es tomada -con razón- por la comunidad como una manifestación de la concordante voluntad correspondiente al autor.¹²

12 “BGHZ 13, 334

“Publicación de Cartas - Protección de la personalidad”

Tribunal Supremo Federal

Sentencia

Del 25 Mayo de 1954 que dispone:

“Cartas o demás apuntes o documentos privados no pueden ser, en principio, publicados sin la aprobación del redactor que se encuentre vivo y solamente en la forma autorizada por él. Ello se sigue de la protección fijada en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental y, por lo tanto, también vale para cuando el documento privado no coincida con la forma de expresión que sería necesaria para la protección de los derechos de autor.”

Con fundamento en la Ley Fundamental, Art. 1, 2; en el BGB § 823 inc. 1; y Ley para la protección de la literatura y los derechos de autor § 1

I. Del Senado Civil

Se ha proferido la

Sentencia

del 25 de mayo de 1954

i. S. Dr. M. (Demandante) w. "D. W." Verlags GmbH (Demandada)

– I ZR 211/53 –

En primera Instancia proveniente de un Juzgado de Circuito de Hamburgo

En segunda Instancia, del Tribunal Supremo de Hamburgo

El demandado publicó el 29 de junio de 1952, en su revista semanal [...] un artículo con el título "Dr. H. S. & Co" y con el subtítulo "análisis político con motivo de la fundación de una nueva casa bancaria", por (el periodista) K.B. El artículo contenía unas opiniones con respecto al nuevo banco de negocios internacionales fundado por el Señor Dr. S. en Hamburgo y discutía, en ese contexto, la actividad política del Dr. S. durante el régimen nacionalsocialista y en los años posteriores a la guerra.

Como mandatario del Dr. S., el demandante, abogado de profesión, envió al demandado un escrito fechado el 4 de julio de 1952, en el que con referencia al tema decía:

"Represento los intereses del Dr. S. De acuerdo al §11 de la Ley de Prensa exijo por medio de la presente, que en su edición del domingo 6 de los corrientes, en el artículo arriba mencionado, se haga la incorporación de las siguientes rectificaciones:

1. *Es incorrecto, que...*

2. ...

La anterior pretensión de rectificación se apoya jurídicamente en la Ley de Prensa, en concordancia con el Código Civil y adicionalmente en el derecho de autor.

Le solicito que me haga llegar la confirmación sobre la publicación ilimitada de la exigida corrección hasta mañana al medio día, contado desde el atardecer del 5 de julio de 1952, de manera telefónica o escrita. En caso de que ello no ocurra, se tomarán de manera inmediata medidas jurisdiccionales.

La demandada no dio ninguna clase de respuesta al demandante. Por el contrario, realizó una publicación en su edición del 6 de julio de 1952, bajo la sección "cartas de los lectores", junto con diversas opiniones expresadas por los lectores.

En cuanto al artículo de K.B. lo siguiente:

"Dr. H. S. & Co.

En la ... (dirección del periódico)

Represento los intereses del Dr. H.S.

1. *Es incorrecto que...*

2. ...

Dr. M., Abogado"

En los detalles del número uno, anteriormente transcritos, faltó la reproducción de los puntos respectivos de la Sentencia de Núremberg con respecto al Dr. S., que el demandante en su escrito de 4 de Julio había mencionado.

Por lo demás, los detalles no fueron modificados.

El demandante considera que con esa clase de publicación de su requerimiento, hay una violación de sus derechos personalísimos. La reproducción del escrito de requerimiento jurídico, con la eliminación y con la elección del título, así como con la falsificación del escrito, bajo la sección "cartas de los lectores" representa un acto malintencionado y engañoso para el público. Así, a través de ello, se habría despertado una impresión errada, como si se tratara de una simple manifestación de una opinión de un lector del anterior artículo sobre el Dr. S., y como si fuera pertinente subsumir el caso bajo la misma rúbrica de una carta de un lector común. Al demandante no le sería, de ninguna manera, atribuible una posición política y él solo habría escrito la mencionada carta, en el marco de su mandato como abogado litigante. Ya desde las consideraciones puramente jurídicas, no podría ser entonces tolerado el comportamiento de la demandada. Un abogado debería poder confiar en que no fueran publicadas, de manera confusa, sus cartas contentivas de exigencias de correcciones de prensa ya interpuestas y como representante de su mandante.

El demandante ha solicitado condenar a la demandada a rectificar sus afirmaciones de la edición del 6 de julio de 1952, en su próxima entrega, bajo la sección "cartas de los lectores" y a mencionar que el demandante no ha enviado ninguna "carta de lector" al demandado, en el asunto "Dr. H.S. & Co".

La demandada es de la opinión que ella no estaría obligada a obedecer la exigencia de la rectificación del demandante, porque el escrito del demandante no habría correspondido a las exigencias del §11 de la Ley de Prensa. Por lo tanto, yacía en su albedrío, "si y en qué sección" de su periódico, ella quería introducir el escrito enviado por el abogado.

El Juzgado de Circuito ha estimado las pretensiones de la demanda con fundamento en el parágrafo (en adelante §) 823, inciso segundo del BGB, en concordancia con los §§ 186 y 187 del código penal. El Tribunal Supremo de Hamburgo ha denegado en apelación la demanda. De acuerdo a la posición del Tribunal de Apelaciones, la publicación del escrito del demandante en una versión corta, bajo el acápite de "cartas de los lectores" no representa una afectación antijurídica para el demandante. La clase de publicación contiene concretamente la afirmación de un hecho que no es cierto. La incorrecta afirmación de que el demandante habría enviado una "carta de lector" no sería, sin embargo, ni apropiada para dañar el crédito del demandante, ni tampoco adecuada para presentarlo como alguien desdeñable o desacreditarlo ante la opinión pública.

La revisión (hecha por este Tribunal Supremo Federal) condujo a la confirmación de la sentencia del Juzgado de Circuito, que obró en la primera instancia.

De las consideraciones:

El Tribunal de apelación equivocadamente ha admitido de manera no probada, que la razón de la demanda se justifica por la afectación de un derecho de la personalidad y ha denegado las solicitudes de la demanda simplemente porque ha tenido por no demostrados los presupuestos objetivos de un hecho dañoso, en el sentido de los §§

823, 824 inc. 2. del BGB, en conexidad con los §§ 186, 187 del Código Penal. Lo cual, con razón, es puesto en entredicho por esta instancia de revisión.

El escrito del demandante de 4 de Julio de 1952 ha de ser visto como un documento de trabajo en el sentido de la Ley para la Protección de la Literatura y los Derechos de Autor y con ello, como tal puede darse por calificado y yacer bajo la protección de un derecho de autor. Concretamente, el Tribunal Imperial ha hecho depender, en constante jurisprudencia, la protección de publicación de cartas, de si ellas presentan la forma de expresión individual necesaria para la protección otorgada por el derecho de autor. (RGZ 41, 43 [48]; 69, 401 [403]). Frente a lo anterior, ha sido indicado –con razón– por la doctrina, que una necesidad de reconocimiento de una protección al derecho de la personalidad con respecto a la valoración de un propio documento, puede surgir también de igual manera, cuando esa protección no se deriva ya de derechos derivados de aquel personal de autor, porque al documento en cuestión le falta la forma de configuración de una actividad creativa individual y espiritual. (Cfr. Ulmer, Derecho de edición y de autor § 83 IV; Neumann-Duesberg, „La palabra dicha en los derechos de autor y de la personalidad“ 1949, p. 158 ss.; Georg Müller, Ufita 1929, 367 [383 ff.]).

El Tribunal Imperial consideró tener el deber de denegar, por tanto, ese tipo de protección personal derivada del derecho de autor para la publicación de cartas, porque el ordenamiento jurídico alemán válido entonces no contenía ninguna determinación legal positiva sobre un derecho de la personalidad general. (RGZ 79, 397 [398]; 82, 333 [334]; 94, 1; 102, 134; 107, 277 [281]; 113, 414; 123, 312 [320]). Si bien el Tribunal Imperial ha concedido en una larga serie de decisiones protección a derechos de la personalidad, (RGZ 72, 175; 85, 343; 115, 416; 162, 7), no lo es menos que lo ha hecho con respecto a derechos de la personalidad que cuentan fundamentalmente con el absoluto efecto de la disponibilidad exclusiva; esto es, solo para determinados bienes personales muy particulares.

En la literatura ya se han manifestado Gierke y Kohler a favor de un reconocimiento de un derecho de la personalidad omnicompreensivo. (Otto v. Gierke, *Deutsches Privatrecht (Derecho Privado Alemán)*, Tomo. 1, p. 707; Tomo. 3, p. 887; Kohler „Das Recht an Briefen“ in *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 7, 94 ff. [101], („El derecho epistolar“ en *Archivo para el Derecho Civil*), Tomo. 7, p. 94, ff. [101]; para el derecho suizo, cfr. Schweizer Ziv GB Art. 28).

Pero desde y a partir de la fijación en la Ley Fundamental del derecho de las personas al cuidado de su dignidad (Art. 1 Ley Fundamental) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también como algo privado, de alguien como derecho válido reconocido; en la medida en que ese derecho no lesione los derechos de otro, ni atente contra el orden constitucional o las buenas costumbres y el orden público (Art. 2 Ley Fundamental) debe ser visto el derecho a la personalidad general como un derecho fundamental garantizado constitucionalmente. (Cfr. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil [Parte General del BGB] 14. Aufl. § 78 I 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht [Derecho de Obligaciones] 14. Aufl. § 233 2 c; Coing SJZ 1947, 642).

Aquí no resulta, pues, necesaria ninguna clase de discusión minuciosa sobre si y en qué medida la protección de ese derecho general de la personalidad exige una delimitación especial, a través de una ponderación de bienes. En el caso particular es delimitado a través de intereses privados o públicos, que prevalecen frente al interés de la intangibilidad de la esfera propia de la personalidad. Así, en un caso litigioso, desde los intereses dignos de protección del demandado, no

podría desprenderse justificación alguna para el proceder objetado del demandante.

Por el contrario, han sido lesionados intereses jurídicos de la personalidad del demandante, a través de la forma de publicación escogida por el demandado del escrito de rectificación, además bajo la eliminación de partes esenciales de su escrito.

Cada fijación idiomática de un determinado contenido mental también es, incluso cuando a la forma de fijación no le puede ser otorgada una posibilidad de protección del derecho de autor, una emanación de la personalidad del autor. De lo anterior se sigue que, fundamentalmente, solo al autor le asiste la facultad de decidir si y en qué forma pueden ser entregados sus documentos a la opinión pública, pues cada publicación de documentos, resultante bajo el anuncio de un nombre de una persona aún viva, es tomada –con razón– por la comunidad como una manifestación de la concordante voluntad correspondiente al autor.

La versión de los documentos y la clase de su forma, de darse a conocer, yace a la crítica y la valoración de la opinión pública, que desde aquellas circunstancias y condiciones, saca conclusiones sobre la personalidad del autor. Mientras una publicación no autorizada de documentos privados –por regla general– representa una afectación intolerable a la esfera reservada y protegida de cada persona, una reproducción modificada de los documentos lesiona la propia esfera de los derechos de la personalidad del autor, porque tales modificaciones no concedidas por el autor podrían comunicar una falsa imagen de su personalidad. Inadmisibles son en general, no solo las eliminaciones no autorizadas por el autor de partes esenciales de sus documentos, sino también complementaciones dadas, que resultan adecuadas solo para determinadas finalidades de la publicación libre de documentos y a través de las cuales reciben un otro matiz o tendencia, cuando se han traído a expresión, documentos, a través del medio escogido o la clase de la publicación permitida por él.

En la medida en que se trate de obras protegidas por el derecho de autor, estos principios jurídicos han sido derivados desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia de los derechos de la personalidad del autor, los cuales son solo una forma de aparición especial de los derechos de la personalidad general (RGZ 69, 242 [244]; 79, 397 [399]; 151, 50). Desde el punto de vista de la protección de la personalidad, la situación de interés del autor de documentos, que no caben dentro de la protección del derecho de autor, es en esencia la misma.

En el presente caso el demandante solamente ha dirigido una exigencia de rectificación y concretamente en su condición de abogado de Dr. S. a la demandada. Con lo anterior la demandada solo estaba habilitada por el demandante, o para publicar la carta en una versión idéntica, no resumida, o para poner en claro la información de los hechos exigida, pues se trataba de una exigencia de rectificación de información. Y dado que el demandante en el presente litigio no pretende la realización de su deseo de rectificación inicial, para la decisión resulta irrelevante el punto de si su escrito de 4 de julio de 1952 ha correspondido a los presupuestos consignados en el § 11 de la Ley de Prensa. Si fuera el caso de denegarse lo solicitado, de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal de apelación, entonces se derivaría de esto, solo un derecho de la demandada fundamentalmente a prescindir de una publicación de ese escrito. Sin embargo, la demandada no estaba habilitada para dar a conocer el escrito bajo la rúbrica de “cartas de los lectores” y, particularmente, para eliminar aquellas frases de las que se desprendía de manera obvia y clara, que el demandante no quería otorgar la expresión de su opinión a favor del Dr. S. o algo por el estilo,

La segunda decisión proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal en el año de 1956, resulta, a mi juicio, también absolutamente pertinente, para evidenciar el cada vez mayor calado que adquirirían los razonamientos constitucionales al interior de las consideraciones de puro orden *iusprivatista*.

2. El caso de “El Jinete”

A través de esta decisión se sientan las bases del reconocimiento de los derechos fundamentales como pilares primigenios de los bienes jurídicos tutelados en materia de responsabilidad civil. El así llamado Caso de “*El Jinete*” ha cobra-

sino que quería ejercer el derecho a una exigencia de rectificación en los precisos términos del derecho de prensa.

En tal sentido, es preciso respaldar al Juzgado del Circuito en que esta clase de publicación –y aquí vale aún referir, el escrito de rectificación debe ser contextualizado dentro de otras cinco comunicaciones referentes al artículo publicado por la demandada con respecto al Dr. S.– debió despertar en el lector imparcial la impresión de que el escrito publicado del demandante expresaba su toma de posición personal respecto a la candente discusión y contraposición de opiniones sobre el Dr. S., y que en forma de una “carta de lector” fue publicada. Esta conducción a error tampoco fue disipada a través de la reproducción literal de la frase introductoria del demandante, pues esta frase indicaba al lector –en caso de que se respetase su redacción– claramente que el remitente solo era el abogado del Dr. S. Sin embargo, esta frase no se expresó de manera suficientemente clara. Además, el contenido del escrito en cuestión, se contraía a un mandato recibido por el abogado y este escrito del demandante no podía ser entonces entendido como uno de un particular, sino como uno que había sido redactado en ejercicio de su profesión.

Tampoco ha reconocido el Tribunal de Apelación que la publicación de la carta de rectificación, en una versión resumida y modificada, bajo la rúbrica “cartas de los lectores”, contenía (*per se*) la afirmación de un hecho falso. Con ello se determina igualmente que a través de esta clase de publicación, la carta de solicitud de rectificación ha recibido un manejo tendencioso que no correspondía con su versión inicial y que esa forma de publicación no correspondía con aquella, para la que solamente el demandante había dado su asentimiento, concretamente la de presentar al público los detalles en cuestión inmodificados en la forma mencionada y escogida por él y como una carta de solicitud de rectificación.

El Juzgado de Circuito ha tenido la publicación objetada –que de acuerdo a sus observaciones ha sido dada a conocer a un incommensurable número de personas– como una permanente afectación de los derechos del demandante y, por tanto, ha considerado las pretensiones de la demanda dirigidas a la rectificación, como justificadas”.

do, de manera merecida, una notable fama en todo el tema del derecho de responsabilidad civil extracontractual, desde su expedición y hasta el día de hoy, prácticamente en toda Europa.

El caso puede resumirse de la siguiente manera:

Una empresa farmacéutica difunde un cartel con la reproducción de una foto del demandante, en que aparece como jinete de competencia. La publicidad era a favor de un producto para el mejoramiento del desempeño sexual. El demandante acciona para la indemnización de los perjuicios, que le han sido causados por la difusión del cartel publicitario. Él alega que se le debería pagar la indemnización equivalente a lo que él hubiese cobrado, si él hubiese permitido a la demandada la utilización de su imagen para la respectiva publicidad.

Lo trascendente de la decisión gravita entorno a que por primera vez el Tribunal Supremo Federal, en su Sala de Decisión Civil, arguye que los derechos fundamentales tienen un componente de amparo patrimonial que se debe tasar por la violación misma del derecho fundamental y no como la consecuencia de la violación de otro derecho de carácter patrimonial, como por ejemplo el valor que hubiese tenido una licencia, en el marco del derecho a la propiedad intelectual o propiedad industrial, en caso de haber sido concedida.

Adicionalmente, la decisión pone de presente que los derechos personalísimos de disposición sobre la propia imagen o sobre los mismos derechos personalísimos son un valor supremo del ordenamiento, lo que se traduce en que pa-

trimonialmente deben ser tasados con mayor esmero y minucia: a eso se contrae su crítica contra la decisión de segunda instancia, que por lo demás no modifica, sino en cuanto a la adecuación de los argumentos y las razones para tasar correctamente los daños irrogados a un derecho fundamental personalísimo, derivado del libre desarrollo de la personalidad.

Por razones de lealtad con el lector he considerado adecuado transcribir la totalidad de mi traducción de los dos fallos analizados.¹³

13 **Sentencia BGHZ 26, 349 – El Jinete**
Tribunal Supremo Federal

Sentencia de

14. Febrero de 1958

Luego de que a través de los Arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental se ha reconocido el derecho a la autodeterminación de la personalidad como un valor fundamental del ordenamiento jurídico, no resulta justificado, en aplicación analógica del § 847 del Código Civil, no conceder una equitativa indemnización de los daños patrimoniales derivados de la lesión de la propia imagen, despertada a través de una publicación no autorizada,

Ley de arte y derechos de autor § 22; Ley Fundamental, Arts. 1, 2; Código Civil § 847

I. Senado Civil

Sentencia de 14. Febrero de 1958

i. S. H. KG (demandante) w. S. (demandado)

– I ZR 151/56 –

I. Proveniente en primera instancia de un Juzgado Civil de Circuito de Colonia

II. y en segunda instancia del Tribunal Supremo de Colonia

El demandante es copropietario de una cervecería en K. Él también participa en torneos hípicas como jinete. La demandada es la productora de un preparado farmacéutico, que de acuerdo con una extendida idea en amplios círculos de población, también sirve para la elevación de la potencia sexual. La demandada ha difundido para la publicidad de ese medicamento en la República Federal, y entre otros, también en K., un cartel con la reproducción de un jinete de competencia. El cartel se basa en una foto del demandante, que fue tomada en un torneo por parte de la Editorial de Prensa S. Por parte del demandante no habría sido otorgada una autorización para la utilización de esa foto.

El demandante acciona para la indemnización de los perjuicios que a él le han sido causados por la difusión del cartel publicitario. Él hace

valer que solo le quedaría la siguiente posibilidad, ante la situación material dada: exigir la indemnización equivalente a lo que él hubiese cobrado, si él hubiese permitido a la demandada la utilización de su imagen para la respectiva publicidad. Ya que sus negocios y su condición de negociante se lo imponen, así como su capacidad patrimonial no le permiten de manera alguna, poner a disposición su imagen para finalidades publicitarias, especialmente para el medicamento que prepara la demandada; él habría accedido a ello, si y solo si, fundamentalmente hubiera sido hecha una contraprestación proporcional. Esta suma correspondería, midiéndola, frente a la congrua subsistencia del demandado a la suma mínima de 15.000 marcos alemanes.

El demandante ha solicitado condenar a la demandada a pagar una indemnización de perjuicios que deberá ser tasada proporcional y judicialmente.

La demandada ha afirmado que los rasgos faciales del demandante no serían reconocibles en el cartel gracias a los retoques que se hicieron. Ella ha contestado cada acusación y expuesto su oposición mediante excepciones: así ha expuesto que ella no habría ni confeccionado ni fabricado el cartel mismo y tampoco compró la fotografía de la editorial S. Ella lo que más bien hizo fue encargar a la empresa publicitaria H. Esta firma sería especializada en esa clase de publicidad, es muy seria y muy competente, tanto que la demandada se habría confiado, en que a través de esa publicidad no estaría afectando derechos de terceras personas. Ella no pudo saber que el cartel habría sido diseñado con base en una fotografía, tampoco que la foto representaba a un jinete real. Recién con el trascurso del proceso se habría enterado la demandada, de que en realidad se trataba de una foto del demandante. Al respecto ella habría omitido sin ninguna clase de demora cada reproducción, aplicación y uso de esa publicidad.

El juzgado de circuito que obró en primera instancia condenó a la demandada a pagar al demandante 1000 marcos alemanes, como indemnización de los perjuicios causados. El Tribunal de apelaciones condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de 10.000 marcos alemanes.

La revisión propuesta por la demandada (ante la suprema Sala Civil Federal) no ha sido exitosa.

De las Consideraciones:

I.

El Tribunal de apelaciones deduce, en concordancia con el juzgado de primera instancia, que el cuestionado cartel en su representación del jinete, a pesar de los retoques hechos, permite reconocer aún la persona del demandante. A nivel jurídico entonces se parte –a no dudarlo– de que por la divulgación del cartel sin la aprobación del demandante, sus derechos dispositivos personalísimos y sobre su propia imagen habrían sido violados; y, la demandada estaría obligada a la indemnización de perjuicios, de acuerdo con el inciso segundo del § 823 del Código Civil, en concordancia con el § 22 de la ley para la protección del arte y los derechos de autor, siempre y cuando le fuera atribuible una culpa. [Confróntense las siguientes sentencias del Tribunal Imperial al respecto (RG JW 1929, 2257; BGHZ 20, 345, 347 ss.)]. El Tribunal de apelaciones ha afirmado, luego de sus ponderaciones, que la demandada no habría observado las labores de cuidado impuestas por las circunstancias, porque ella habría puesto a disposición del público el cartel diseñado y realizado por parte de la empresa de publicidad, sin asegurarse de si la persona representada estaría de acuerdo con la utilización de su imagen para la finalidad publicitaria perseguida.

Los ataques dirigidos en contra de lo anterior, dentro de la revisión solicitada por la demandada, no pueden tener ninguna clase de éxito. (Son excluidos).

II.

El Tribunal de apelaciones otorgó como reconocimiento de daños al demandante, bajo el punto de vista del valor de una licencia de uso de la imagen, puesta en cuestión, una suma, que él habría podido exigir, si entre las partes se hubiese perfeccionado un contrato en las condiciones adecuadas. El Tribunal de apelaciones tiene por justa esta forma de contabilización de los daños, hecha en el presente caso en atención a la violación de derechos de propiedad intelectual, ya que sería para el demandante ciertamente difícil probar, si y en qué cantidad ha surgido un daño en su patrimonio. Se aumenta la tasación de la suma correspondiente, de manera diversa a lo que dijo el juzgado de circuito de 1000 marcos alemanes, que se tuvieron por suficientes, a 10.000 marcos alemanes.

La revisión ha de surtirse, a pesar de que al final ella no puede tener ninguna clase de éxito, en virtud de que la fundamentación del Tribunal de apelaciones, jurídicamente, para la parte de la especialidad de la situación material, no es apropiada.

1. La revisión no cuestiona que los daños por la violación de los derechos dispositivos de la personalidad sobre la propia imagen también pueden ser tasados para la indemnización y que posiblemente habrían sido abonados con la celebración de una convención. La revisión se surte con respecto al método de contabilización de los daños. El Senado que ahora conoce de la revisión, ha declarado admisible en la Sentencia del 8 de mayo de 1956, (BGHZ 20, 345 ss. – Dahlke), ante la difusión no consentida de una imagen, que no podría entrar en consideración, cuando se tiene claro que la persona representada nunca habría permitido la utilización de su propia imagen para fines publicitarios por razones especiales y justificadas. Si hubieran estado en realidad en discusión, en el caso actual, daños patrimoniales ocurridos, entonces este cargo de la revisión sería injustificado. Pues de acuerdo a la constante jurisprudencia y al entendimiento apoyado por la doctrina, se trata del reconocimiento de una pretensión de un reembolso adecuado, no de la aplicación de determinaciones generales del derecho de indemnización de daños, sino de la complementación jurídica acostumbrada, para el caso de la afectación de derechos de exclusividad patrimoniales valorables en dinero, que reposan en consideraciones de equidad; de manera tal, que el agente causante del daño no debe ser colocado en una mejor posición, a si él, en el caso, hubiera recibido una autorización, previamente solicitada, que guardara concordancia con el ordenamiento. La pretensión a una indemnización está por lo tanto fundada en derechos de exclusividad, en todo caso por una afectación no permitida de los derechos; si el permiso (para el uso de la imagen) usualmente se hace depender del pago de una remuneración y la afectación correspondiente, de acuerdo con las costumbres de la vida diaria, con la clase del derecho lesionado –si sobre todo– es permitida solo a cambio de una remuneración. (BGHZ 20, 345, 353 ff.). De ninguna manera es necesario que se hubiese celebrado un contrato, aún incluso en caso de un comportamiento intachable del agente generador del daño. [Confróntese también Ulmer, *Derecho de autor y de editor*, p. 307 (Ulmer, *Urheber-und Verlagsrecht* S. 307)].
2. La revisión ha de referirse además a lo siguiente. El Tribunal de apelación en realidad no ha tratado de averiguar adecuadamente

la pérdida económica del demandante, más bien ha medido la remuneración de acuerdo con la afectación ideal del demandante. Especialmente la fundamentación de la sentencia de apelación muestra, en relación con la cuantificación de los daños causados al demandante, según como las discusiones subsiguientes se llevaron a cabo, que, de acuerdo con la perspectiva del tribunal de apelaciones, el demandante en realidad no habría sufrido un daño patrimonial concreto. En realidad el demandante no exige la indemnización de un daño patrimonial existente y presente, sino que desea una palpable satisfacción por una afectación antijurídica en su esfera de la personalidad, protegida a través del § 22 de la Ley para la protección del arte y los derechos de autor y los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental. El demandante desea satisfacción por lo siguiente, que el cartel ampliamente difundido lo muestra a él, específicamente sin su conocimiento y publicita una pose del jinete a favor del compuesto de fortalecimiento, que es producido por la demandada –también a nivel sexual–; se podría casi decir, el cabalgar ha sido traído a una situación en gran medida humillante y risible.

Con una tal configuración del caso, sin embargo en realidad es un contrasentido acceder a una pretensión a la indemnización de los perjuicios, con fundamento en la ficción de la celebración de un contrato de licencia. Esta forma de cuantificación del daño solo tiene relevancia cuando puede partirse de que el daño patrimonial en forma alguna ha sido causado y solo debe ser facilitada la –frecuentemente– muy compleja prueba de la cuantía de ese daño. El método sin embargo fracasa, cuando para nada se está discutiendo una afectación por una pérdida jurídica patrimonial. El método fracasa en el presente caso también, porque ella debería suponer al demandado en un comportamiento, en el que él –y no solo él– sino también todas las otras personas en la misma posición social y profesional debían admitirle, como enfermo o como alguien con renovada disminución de la personalidad. La demandada debía entonces suponer, que el demandante se habría puesto en la indigna situación, contra la que él ahora se defiende, a cambio de una gran cantidad de dinero.

A la pretensión de la demanda no le puede ser otorgada, por lo tanto, la reducción del valor de pago a un licenciamiento con fundamento en el método de calculación escogido por el Tribunal de apelaciones, con ayuda de la ficción de un contrato de licenciamiento, que simplemente el demandante se habría abstenido de celebrar.

3. También una fundamentación de la demanda desde un punto de vista del enriquecimiento injusto se tiene por imposible, atendido el hecho de que el demandante no ha sufrido una concreta disminución patrimonial y consecuentemente no se daría un desplazamiento patrimonial como presupuesto, que siempre debe cumplirse de acuerdo con los §§ 812 y siguientes del BGB, y que es regulado como parte de los supuestos de las pretensiones.
4. De acuerdo con ello, también fracasa la clase de cuantificación del daño, que el Tribunal de apelaciones ha puesto de fundamento en sus consideraciones sobre el valor de los perjuicios y se aclara que al demandante en realidad no le ha surgido ninguna clase de daño jurídico patrimonial, de manera tal que la pregunta decisiva se contrae a si el demandante puede exigir la indemnización de los daños inmateriales, que se han derivado, para él, de la afectación vinculada a su personalidad, en virtud de la representación de su persona en el cartel publicitario. Para

el mencionado estado de cosas, el Senado responde afirmativamente a esa pregunta.

Ya en la decisión BGHZ 13, 334, 338 se ha manifestado este Senado, para expresar que la intangibilidad de la dignidad humana protegida por los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental y el derecho a un libre desarrollo de la personalidad han de reconocerse también, por cada particular que participe en el tráfico jurídico, como derecho aplicable, también como un derecho patrimonial civil, en la medida en que ese derecho no lesione los derechos de otro o atente contra el orden constitucional o las buenas costumbres. Este así llamado derecho general de la personalidad recibe con ello validez jurídica también dentro del ordenamiento del derecho civil y disfruta también bajo el enunciado de “o demás derechos” de la protección consagrada en el inciso primero del § 823 del Código Civil. [Cfr. también BGHZ 24, 72 ff. (vgl. auch BGHZ 24, 72 ff.).]

Los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental protegen, y concretamente también con efectos vinculantes para la Jurisprudencia, lo que se denomina contenido de la personalidad humana. Claramente en ellos ya se reconoce *per se* un valor fundamental supralegal del ordenamiento jurídico. Así, se protegen con ello, de manera directa, aquellas áreas de la personalidad interna, que están sujetas fundamentalmente solo a la autodeterminación libre y autorresponsable del particular y cuya violación jurídicamente es caracterizada a través de que en primera línea, los así llamados daños inmateriales generan perjuicios que expresan una disminución de la responsabilidad. Esta área ha de ser salvaguardada y no puede ser invadida sin autorización, pues hay un mandato jurídico que igualmente se deriva de la Ley Fundamental. Igualmente se desprende de la Ley Fundamental la necesidad de que se otorgue protección en caso de violación a esta misma área; y, debe otorgarse protección contra la lesión por los daños causados a la esencia de la propiedad.

Sobre la delimitada área de la protección a la propia imagen, ya ella fue fijada mucho antes de la entrada en vigor de la Constitución de Bonn, por lo demás, expresamente, por el legislador, a través de la regla especial de los §§ 22 y siguientes de la Ley para la protección del arte de 1907 y para un tiempo en que no se reconocían por parte del derecho civil los derechos generales de la personalidad.

Entonces, si de acuerdo con el § 22 de la Ley para la protección del arte, solo pueden ser puestas imágenes con el asentimiento del representado para observación del público o difundidas a la comunidad, es pues claro que esta protección linda con el núcleo del principio de la libertad de la persona en su área de la vida altamente íntima y personal, en la que sobre todo la imagen y apariencia externa de la persona también han de tenerse en cuenta. La publicación no autorizada de la imagen de una persona representa, como en la doctrina desde hace mucho tiempo se ha reconocido, una afectación a la libertad de autodeterminación y de la libre función de la personalidad. [Osterrieth (*La ley para la protección del arte*) Das Kunstschutzgesetz, § 22 Kunst Urh G]. Lo inadmisibles de la publicación arbitraria de una imagen por parte de un tercero, reside en que con ello le es cercenada al representado su libertad de disponer, con fundamento en su propio albedrío, sobre ese bien perteneciente exclusivamente a su esfera individual.

Si bajo este punto de vista se valora la lesión invasiva del derecho a la propia imagen, es posible fundamentar entonces en esta área, el otorgamiento de la indemnización también por daños inmateriales en particular, en conexidad con la regulación de “eliminación de la libertad” preceptuada en el § 847 del BGB y por cuanto toca y fortalece los bienes (que refiere esa norma) como lesionados; también es dable

conceder una indemnización equitativa en dinero, a causa de un daño no patrimonial.

Concretamente entiende el Código Civil aquí bajo el concepto de eliminación de la libertad, la eliminación de la libertad de movimiento corporal, así como el apremio de un tratamiento a través de violencia o amenazas (BGB-RGRK § 823 Anotación. 7), mientras que con respecto a los elementos típicos del § 22 de la Ley para la protección del arte y el derecho de propiedad intelectual, se trata de una privación de la libertad en el área de la decisión voluntaria propia y responsable. Sin embargo, ya antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, en repetidas ocasiones ha sido sostenida la posición, de que la lesión a la libertad en el sentido del § 847 BGB habría de analizarse en cada afectación en la actividad de voluntad tranquila (Cfr. entre otros, Staudinger, Anotación, XX A 2 c del § 823) [vgl. u.a. Staudinger, Anm. II A 2 c zu § 823 BGB]. A partir de la expedición de la Ley Fundamental, y de allí en adelante, se garantizó una protección comprensiva a la dignidad de la persona, así como que se reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad como un valor fundamental del ordenamiento jurídico y con ello se ha justificado el entendimiento del legislador primigenio del Código Civil, de que no habría ningún derecho general de la personalidad, para apreciarlo patrimonialmente; además porque una protección de la libertad interna sería ineficaz en gran parte sin el derecho a la indemnización también de los daños inmateriales; ello representaría un desprecio no soportable a ese derecho, si se quiere a aquel que en la libertad de la autodecisión sobre su área de la vida personal es lesionado, y por ende fracasaría una pretensión a la indemnización de los daños inmateriales causados a través de ello. La eliminación culpable de la libertad corporal fundamenta entonces una pretensión a la indemnización de los daños ideales, así no exista ningún fundamento evidente que pudiera imposibilitarlo; la regulación correspondiente del § 847 BGB en vía de la analogía y para extender también a tales afectaciones, las que lesionan el derecho a la libre actividad voluntaria, esta vez también con esa privación de la libertad, en la regla, a una posibilidad en la que está excluido un señorío natural. Con las afectaciones del presente caso fue violado el señorío natural –y en un espacio de libertad del particular– con lesiones culpables el derecho a la personalidad del demandante; la protección jurídica eficaz ordenada por la Ley Fundamental puede solo ser alcanzada en la medida en que falte una regulación especial, en realidad, solo a través de su incorporación en los elementos de violación mencionados en el § 847 del BGB, porque sus efectos dañosos, con fundamento en los bienes jurídicos afectados, forzosamente descansan –en primera línea– en la esfera inmaterial.

La determinación del § 32 de la Ley para el arte y la propiedad intelectual no está en contra de esta aceptación. Concretamente el lesionado puede exigir una indemnización, de acuerdo con esta prescripción, únicamente en el proceso penal y bajo los presupuestos de que el agente ha obrado dolosamente, a causa de una lesión en sus derechos a la propia imagen, con lo que también se exige una reparación de los daños inmateriales. Esta regulación especial implica *per se* solo que el legislador en el año de 1907 ya ha entendido como lesión del § 22 de la Ley para la protección del arte y los derechos de autor, los actos decisivos y amenazantes y que él ha observado como mandato el otorgar al lesionado expresamente también un derecho a causa de los daños ideales. La delimitación de la pretensión indemnizatoria penal a lesiones causadas dolosamente se encuentra en concordancia con que el legislador ha delimitado también los peligros de tipo penal, a causa de una lesión a la determinación sobre la protección a la imagen, también solo a atentados dolosos. Esto no fuerza de ninguna manera a la consecuencia, de que lo mismo debería valer también para las pretensiones indemnizatorias de tipo civil, que en la Ley para

la protección del arte no están específicamente reguladas. Por el contrario, ya que la Ley Fundamental de ahora en adelante ha reconocido el significativo derecho general a la personalidad y le ha dado a él una regulación más extensiva y general, sobre la expresa norma del § 35 de la Ley para la protección del arte y de la propiedad intelectual y también le ha otorgado protección jurídica de tipo civil, no puede ya ser desprendida de la determinación normativa especial del § 35 de la Ley para la protección del arte y la propiedad intelectual una amplia protección jurídico-civil del derecho a la propia imagen. En esa medida concuerdan más ahora las prescripciones generales del Código Civil sobre ilícitos civiles. Esto, sin embargo, significa que en el sector jurídico civil cada lesión dolosa del derecho a la propia imagen produce la obligación de indemnización también para daños inmateriales, en una aplicación analógica del § 847 del BGB —ya que ello aparece imperioso, por las razones expuestas, en todo caso, luego de la entrada en vigor de la Constitución de Bonn—.

En la medida en que el Senado en la decisión *Dahlke*, en adhesión a la jurisprudencia del Tribunal imperial ha implementado que un daño inmaterial no podría conducir a una pretensión dineraria, cuando no se presente el caso de que en la ley la pretensión propia se refiera a ello, esta posición no se sostiene de acuerdo con la condición de las manifestaciones precedentes. Sin embargo, esta decisión no habría de tener, por lo demás, para la decisión de entonces ninguna significación, porque en los elementos típicos de allí estaban en discusión unos daños patrimoniales, que podrían ser cuantificados con fundamento en el acostumbrado pago de la licencia.

III.

La cantidad de la remuneración a pagar al demandado como indemnización de los daños ha sido tasada por el Tribunal de apelaciones en la suma de 10.000 marcos alemanes. Aunque si bien con esa valoración se ha partido de la posibilidad de una cuantificación de los daños de acuerdo con la remuneración proporcional de lo que habría debido pagarse en el caso de la celebración de un contrato, con las condiciones acostumbradas, se encuentran las consideraciones puestas de presente al respecto por el Tribunal de apelaciones en completa concordancia también con la medida de la cantidad de una indemnización equitativa en dinero (§ 847 BGB). Para el Tribunal de apelaciones, con esa suma, le ha concedido a él, en verdad una indemnización para los daños inmateriales causados.

Como el gran Senado Civil, en su decisión del 6 de julio de 1955 (BGHZ 18, 149), ha detallado a la pretensión “al pago del dolor” se le otorga la función de ofrecer al perjudicado una compensación proporcional por los respectivos daños a su vida (o la disminución de su personalidad), que no tienen el carácter de jurídico-patrimoniales. Sin embargo, este Senado igualmente también tiene en cuenta el pensamiento, de que el agente debe a la víctima la satisfacción de lo que le ha hecho por su culpa. En conclusión se subraya que precisamente la función de satisfacción no sería imaginable sin la regulación de la indemnización para daños inmateriales, bajo ninguna circunstancia; lo que recibe además su especial significación, por lo demás del hecho, de que la indemnización fundamentalmente puede ser observada con todas las circunstancias presentes y decisivas para el caso. A esta posición se pliega el Senado que conoce también del presente caso. Si se parte de ello, también se obtiene que el Tribunal de apelaciones ha observado todas las circunstancias decisivas en esa medida para la cuantificación de los daños, sin error jurídico alguno. El Tribunal de apelación ha detallado en especial que ya el hecho de que el demandante no hubiera estado para nada dispuesto a participar en ninguna clase de publicidad, se debería reflejar en la cantidad de la

B. Trascendencia de las dos anteriores decisiones

De las dos sentencias resumidas, analizadas y transcritas, se pueden desprender varios puntos esenciales ahora, así:

Sea lo primero decir que en la República Federal de Alemania, luego de la expedición de la Constitución de Bonn, en 1949, primero se profirió una sentencia por el Tribunal Constitucional que mencionó que los derechos fundamentales también son válidos entre particulares y que hay una especie de fenómeno de irradiación de esos derechos a las relaciones jurídico-privadas (Sentencia *Lüth*) y luego esa noción, que es asumida en consonancia por el Tribunal Supremo Federal, en su Sala o Senado Civil, se desarrolla a través del reconocimiento de los derechos fundamentales como bienes supremos de todo el ordenamiento, que además tienen una protección vigorosa de tipo patrimonial. Esto es, que además de los bienes jurídicos tutelados civilmente de manera taxativa por los §§ 823

indemnización proporcionada a pagar. Se ha tenido como especialmente dificultoso el hecho de que se trataba de la propaganda para un medicamento útil para el fortalecimiento sexual, lo cual no resulta en realidad comparable con la publicidad para cualquier otro producto. Con razón el Tribunal de apelaciones ha mencionado, que sería improbable que otras personas hubieran corrido el riesgo de poner a disposición su imagen para un cartel de publicidad de esas características y de ser reconocidas por un gran o pequeño círculo de personas, porque se dejaría entonces a la alusión de ellas, que esa persona daría sus razones a favor del medicamento producido por la demandada. Además de eso el Tribunal de apelaciones ha puesto de presente la situación social del demandante y su buena situación económica. El Tribunal también ha hecho referencia a que el demandante se movería en un círculo social, cuyos miembros son conocidos acentuadamente por los demás y por lo tanto el peligro de constituirse en alguien risible era demasiado grande. Si el Tribunal de apelaciones en observancia y valoración de todas esas circunstancias especiales y decisivas para el caso ha tenido como indemnización adecuada y para la cuantificación de la indemnización por el dolor de sus daños, la suma avaluada por él en 10.000 marcos alemanes, no ha de reconocerse en ello atentado alguno contra regla jurídica alguna.

y 826, están por encima de ellos los derechos fundamentales, que deben ser adicionados a esa lista de bienes jurídicos.¹⁴

La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión (*Meinungsfreiheit* en sentido amplio, o sea entendiéndola como continente también de la libertad de prensa o derecho de radiodifusión o emisión del cine, entre otros), son los primeros derechos fundamentales que al ser entendidos como bienes jurídicos, susceptibles de ser afectados por un daño, un perjuicio o una amenaza, permiten una articulación entre el derecho constitucional y el derecho civil. Estos nuevos bienes jurídicos deben ser lo suficientemente protegidos, incluso patrimonialmente, en caso de afectación, violación o amenaza. Así mismo, hay “expresiones - extensiones” de la personalidad, que se consideran como un bien *per se*: (cartas, fotos propias, la imagen del sujeto, su voz y por supuesto sus opiniones) y que en caso de ser violados, publicados o afectados, dan lugar a la indemnización patrimonial, de tipo civil. Adicionalmente a ello, cabe referir que tras el proferimiento de las dos sentencias citadas por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, el tema se vuelve tranquilo, tanto en materia constitucional, como en materia civil y a la luz de la dogmática, lo que sin más significa que, entendidos los derechos fundamentales como bienes tutelados también

por la ley civil-patrimonial, es dable recurrir a la jurisdicción civil para exigir frente a terceros la indemnización correspondiente por la violación, afectación o amenaza de los mismos.

De otro lado, cabe anotar que hay reconocimientos jurídicos que solo puede hacer la jurisdicción civil. Esto es, que el reconocimiento del contenido patrimonial de los derechos fundamentales solo puede ser declarado de manera primigenia u originaria por la jurisdicción civil; valga decir, no por ninguna otra jurisdicción¹⁵.

De alguna manera sería consecuente también dejar sentado que si se quiere hablar en serio de la constitucionalización del derecho civil, es menester provocar desde la dogmática que materias como la responsabilidad civil extracontractual reconozcan a los derechos fundamentales como bienes supremos del ordenamiento jurídico. En ese contexto, cabe reiterar que esos derechos fundamentales no se deben proteger por la conexidad que tengan con otros derechos subjetivos de tipo patrimonial, como por ejemplo con el derecho a la propiedad intelectual de las propias fotos o el derecho moral sobre la autoría de una carta, sino porque *per se* representan un derecho con contenido patrimonial, que además se privilegia dentro del ordenamiento.¹⁶

14 Prescriben los mencionados parágrafos: § 823. Obligación de indemnización de los perjuicios. Quien intencionalmente o de manera culposa lesione antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o un derecho adicional de otro, está obligado para con el otro a la indemnización de los daños derivados de ello.

§ 826. Daño intencional atentatorio de las buenas costumbres. Quien en una forma atentatoria de las buenas costumbres intencionalmente cause daños a otro está obligado para con el otro a la indemnización de perjuicios.

15 En la República Federal de Alemania los fundamentos normativos para que la Jurisdicción sea entendida como un poder estatal que también está subordinado a la prevalencia normativa de los derechos fundamentales, como derecho directamente aplicable, son el inciso tercero del artículo 1° de la Ley Fundamental, en concordancia con el numeral 4° a del inciso primero del artículo 93 del mismo ordenamiento. Respectivamente, las normas en Colombia son el inciso primero del artículo 230 de la C. P. en concordancia con el artículo 4° y el artículo 86 del mismo ordenamiento.

16 En Colombia, la Ley 23 de 1982 regula lo concerniente a la propiedad intelectual. Haciendo un parangón entre el caso de El Jinete y la normatividad nacional, habría que acotar que el artículo 87 de la

A esta altura es necesario, pues, mencionar que la dogmática jurídico-constitucional nacional se ha quedado corta a la hora de promover esa materialización de amparo patrimonial para los derechos constitucionales. A más de descripciones pesimistas de la situación (Calderón Vilegas), la dogmática se contrajo única y erradamente a la construcción de líneas jurisprudenciales que además de no ser verdaderamente útiles, más que para tratar de dar un orden a los iniciales pronunciamientos de la Corte Constitucional, en realidad no informan el objeto de lo que de verdad debería ocurrir en materia de constitucionalización del derecho privado en el sistema continental y específicamente para el país.

Como ya concordantemente ha sido expuesto, la dogmática tiene dos funciones: además de dar cuenta de manera crítica de lo que en realidad ocurre en los desarrollos legislativos y en la jurisdicción, debe por lo demás, a través de sus críticas válidas, provocar cambios al interior de la concepción del derecho. Pero promover métodos erráticos, además inconsecuentes en una considerable medida con el sistema continental del que se desprende nuestro ordenamiento jurídico, en el que además la precisa función del precedente ha quedado delimitada hace mucho tiempo, es en parte un despropósito que en poco o nada ayuda al desarrollo jurídico del país. (Alexy, 1997, pp. 255 - 265 ss; Larenz, 2010, pp. 354 ss., sobre el derecho jurisprudencial de

Ley 23 protege los derechos dispositivos sobre la propia imagen, pero a la vera de los cambios constitucionales es menester amparar los derechos emanados del libre desarrollo de la personalidad, en su variedad de personalísimos y dispositivos, como derechos autónomos y no como una consecuencialidad de la protección otorgada al derecho de autor.

precedentes como derecho consuetudinario; Hattenhauer, 1987, p. 214¹⁷; Wieacker, 1967, pp. 586 ss., sobre la búsqueda de la justicia a nivel jurisdiccional).

Creo que promover el pronunciamiento de los más altos tribunales (jurisdicción civil) sobre los más altos valores jurídicos (derechos fundamentales), sin ningún ánimo propiciatorio de precedentes, sino de verdadera articulación de normas y sistemas sería una labor digna y atinada de la dogmática. El sistema alemán —por antonomasia sólido— dentro del espectro de derecho de cuño continental podría ser un objeto válido de comparación para los jueces civiles nacionales, ya en mora de hacer historia constitucional sobre nuestro ordenamiento privado.

Por lo demás, podrían identificarse fácilmente periodos de renovación retórica a nivel jurídico a lo largo del siglo XX en materia de derecho civil; y de alguna manera, podría argüirse también que la dogmática y la academia jurídica colombianas han atravesado de manera relativamente lógica ese trasegar, como ha ocurrido en otros ordenamientos. Lo que resulta inaceptable es que ello no haya ocurrido y no quiera ocurrir con el neoconstitucionalismo, a nivel de derecho privado, en el país.

17 «La dogmática puede funcionar también, [...] mediante el desarrollo, delimitación y depuración de "principios" de Derecho, pero este procedimiento [...] presenta más inconvenientes que ventajas mientras su utilización no se mantenga dentro de unos límites que no se han establecido a causa de la autovinculación de la praxis jurídica a su proceder anterior. Los métodos alternativos de la dogmática jurídica pueden ser mejores o peores, proclives al ciudadano o al estado, pero siempre necesitados de crítica. Los dogmas de la ciencia jurídica son el resultado de profundas discusiones académicas, pero también de la experiencia solidificada. Una dogmática que desoiga la praxis fracasa, como también una praxis que pretenda sustraerse a su verificación racional.»

Las cláusulas generales de responsabilidad son —como bien lo ha puesto de presente Acosta, y como bien se ha visto en los dos casos descritos y fallados por la Sala Suprema Civil del país que primero implementó el constitucionalismo material en el sistema continental europeo—, objetos jurídicos esenciales en el tema de la constitucionalización del derecho privado, ya que han sido históricamente esas normas las que permiten la interconexión con el derecho constitucional, a través de la indemnización patrimonial derivada de los daños causados a la esfera íntima de las personas, mediante la instrumentalización de los mismos derechos fundamentales, entendidos como bienes jurídicos intangibles y por ende imperturbables, incluso (y en especial) a nivel patrimonial. Así como aconteció con la aplicación de los §§ 823 y 826 del BGB, sería absolutamente lógico y deseable que ello ocurriera con normas como las contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano, en donde —hay que decirlo— la jurisdicción civil está en deuda desde hace años, en cuanto a una intervención del más profundo orden vanguardista para amparar los derechos fundamentales de los usuarios, que ella haya visto afectados.

A ese respecto, se evidencia, de manera instrumental también, que luego de la expedición de la Constitución de 1991, no pocas cosas deberían verse modificadas a nivel de rigurosidad jurisdiccional y de procedimiento civil; y dentro de ello, la función del recurso de casación, entre otros, debería ser analizada entonces a la luz del Estado social y democrático de derecho, que desde hace más de veinte años nos gobierna.

IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU ENTENDIMIENTO COMO FENÓMENO HISTÓRICO

Ahora bien, con respecto al anterior punto anotado habría entonces que analizar el neoconstitucionalismo como un fenómeno histórico, pero para ello, previamente es menester fijar un somero entendimiento de esos conceptos.

En general, históricamente puede identificarse el nacimiento del neoconstitucionalismo hacia mediados del siglo XX, con la expedición de la Constitución de Bonn de 1949, la que a su turno ha sido paradigmática a la hora de identificar la fenomenología descrita en el sistema continental europeo, además de ser un modelo para muchas otras constituciones que garantizan derechos fundamentales tutelables (dignos de amparo) a nivel jurisdiccional.

La plasmación de ese entendimiento de cosas a nivel histórico se dio por primera vez (también) en la Sentencia Lüth, en la que el Tribunal Constitucional Federal se refirió al “*desarrollo del espíritu histórico de la idea de los derechos fundamentales*” y a los “*acontecimientos históricos que han conducido a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de los estados particulares*”¹⁸, (al respecto véase también Leisner, 1960, pp.1 ss.) y amplió de esa manera los efectos de los derechos fundamentales a todas las áreas del derecho, dejando atrás y para siempre la concepción restringida de aplicación directa solo en el derecho públi-

18 “die geistesgeschichtliche Entwicklung der Grundrechtsidee”[...] “geschichtlichen Vorgänge, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staatengeführthaben.”

co. Además de su fijación como valor supremo *hic et nunc* en el orden jurídico, pareciera que es menester recabar en la causa histórica de la fijación de esos derechos fundamentales en la Ley Fundamental de la República Federal: lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial no se podía volver a repetir y era menester, entonces, crear de manera suprema dentro del ordenamiento talanqueras a los abusos del Estado, que quedarían, además a través de una cláusula de perpetuidad, para siempre apuntaladas. En Colombia se podrían encontrar razones históricas similares previas a la expedición de la Constitución de 1991, pero esa tarea descriptiva rebasa los delimitados contornos de este escrito. Lo destacable es que hubo un nuevo entendimiento histórico de los derechos fundamentales del ser humano, como elementos supremos del ordenamiento jurídico, capaces de transfundir su relevancia a todas las áreas del derecho.

Obviadas algunas precisiones semánticas que también han nutrido una interesante discusión (véase entre otros, Pietro Sanchis y García Amado en Bernal Pulido) y circunscribiendo el tema a los derechos fundamentales, podría entonces establecerse que el neoconstitucionalismo es un movimiento que dio en consolidar unos textos a) legales (esto es, entendidos como verdaderamente integrantes del sistema jurídico), que a su vez son b) supremos y que c) contienen derechos fundamentales inviolables. A su turno, esas normas se instituyen en principios y como mandatos de optimización, que deben ser aplicados por medio de la ponderación. Esos principios tienen una virtud de irradiación sobre la demás legalidad (la así llamada *Ausstrahlungswirkung* de la sentencia *Lüth*, ya analizada, del Tribunal constitucional alemán).

(Véanse, entre otros, Bernal Pulido, 2006, pp. 31 y 32 o de manera más focalizada al derecho civil, Acosta, 2009, pp. 97 ss.). Aquí resta por mencionar que un lugar común, en los aportes que analizan la constitucionalización de las otras áreas del derecho, es el reconocimiento de la sentencia *Lüth* como decisión primera en el sistema continental, que da cuenta del fenómeno, no solo de la constitucionalización del derecho privado, sino de precedente válido para otras áreas del derecho.

El estado de cosas que generó la decisión *Lüth*¹⁹

19 Un periodista de Hamburgo, de nombre Erich Lüth, habría convocado a través de la prensa a boicotear el filme *El amante inmortal*, que fue dirigido por Veit Harlan y que se basaba en la novela *Aquis Submersus*, de Theodor Storm. Harlan, durante el periodo nazi, se habría hecho famoso como director del filme antisemita *JudSüß*. Su nuevo filme debía ser presentado en "la semana del filme alemán". Lüth, como presidente del club de prensa de Hamburgo criticó duramente esa situación, refiriéndose a la apertura de ese festival que tendría lugar el 29 de septiembre de 1950: Lüth consideraba que el director de *JudSüß* sería el menos apropiado para reivindicar la buena fama de los filmes alemanes.

La productora Domnick-Film-Produktion, una sociedad limitada que había encargado el filme al controvertido director, exigió de Lüth una rectificación sobre el tema. En una carta abierta de respuesta, Lüth amplió sus acusaciones y tildó a Harlan como "el director número uno de los filmes nazis", quien por lo demás habría sido con el filme *JudSüß*, uno de los más importantes exponentes de la campaña asesina judía. Por lo tanto justificó su actitud, como el que sería "no solo el derecho de un alemán decente, sino incluso su obligación. Él debía mantenerse en pie de lucha contra este indigno representante de los filmes alemanes, a través de la protesta que llamaba al boicot."

La compañía productora y la sociedad limitada Herzog, que distribuía la película de Harlan a nivel federal, consiguieron al respecto una sentencia de primera instancia en contra de Lüth en un tribunal de Land (Landgericht). A través de ello, le fue prohibido a Lüth intimar a los propietarios de teatros alemanes y a los distribuidores de películas, para que ese filme no fuera visitado o proyectado. El Tribunal de primera instancia vio en esa invitación de Lüth una exigencia contraria a las buenas costumbres: un boicot con el objetivo de evitar un nuevo posicionamiento de Harlan como creador de filmes representativos de otros temas. Harlan, además, habría sido declarado libre en última instancia, en un proceso penal adelantado a causa de su participación en el filme *JudSüß*. Y, por último, no existía una limitación subordinante, con fundamento en esa decisión, por proceso alguno de desnazificación en el ejercicio de su profesión. La opinión personal de Lüth sobre Harlan no tenía en ese contexto ninguna importancia. Él habría sin embargo invitado a la opinión pública, a través de un determinado comportamiento, a hacer imposible la proyección de los filmes de Harlan y con ello la reaparición de Harlan como director de otra clase de películas. Ello fue considerado entonces como un hecho dañoso de acuerdo con lo

preceptuado en el § 826 del Código Civil alemán, que debía terminarse. Por lo tanto era necesario limitar ese comportamiento, a través de una disposición omisiva. El agente causante de los perjuicios, Lüth, debía pues omitir en el futuro ese comportamiento gravoso.

Lüth interpuso contra esa decisión una acción de tutela ante el Tribunal Constitucional Federal e hizo valer el argumento de haber sido afectado por la violación de su derecho a la libre expresión de su opinión, de acuerdo con el artículo 5, párrafo primero, frase primera de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Supremo Constitucional concedió la tutela,

El Primer Senado (la sala primera de decisión) del Tribunal Supremo federal partió de la pregunta de ¿en qué medida los derechos fundamentales podrían ser también derechos de protección en las relaciones de particular a particular? Mientras los derechos fundamentales en principio están dirigidos a la protección del particular contra los abusos del Estado, el caso puesto a consideración del Tribunal Constitucional Federal versaba sobre un asunto de derecho privado eminentemente, en concreto se trataba de una pretensión omisiva de defensa por vía del § 826 del BGB entre personas privadas (productor de películas y distribuidor de películas), contra un particular (el periodista Lüth). Esa fue la pregunta nuclear del procedimiento constitucional.

El Tribunal Constitucional subrayó en sus argumentos, que la Ley Fundamental se debía pues contemplar como un sistema de valores, cuyo punto medio se encontraba en la personalidad humana desarrollada al interior de la comunidad social. Como tal, Ella debería valer para todas las áreas del derecho que fueran expedidas como directrices por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Por lo tanto, la Constitución influiría también el derecho civil. Los puntos de contacto para la valoración contenida en la Constitución, serían las posibilidades de otorgamiento de contenido valorativo, así como los conceptos necesarios y las cláusulas generales del derecho privado con cuya interpretación, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales debería encontrar validez.

Esto se instituyó desde entonces, en el así llamado “Efecto indirecto entre terceros” de los derechos fundamentales. Así, ninguna norma de derecho privado podría estar en contradicción con el sistema de valores surgido con la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; cada norma debería ser interpretada en el espíritu de la Constitución. Del artículo 1, párrafo 3° se sigue entonces, que junto al poder ejecutivo y legislativo, también la jurisprudencia está atada a los derechos fundamentales.

Esta decisión ha sido contemplada como una de las más importantes de todo el derecho constitucional mundial, no solo porque habría regulado el área de la libertad de opinión, sino porque además habría posicionado los derechos fundamentales como un orden valorativo objetivo para todas las áreas jurídicas. Esta dimensión le otorga a la sentencia una significación de prevalencia casi absoluta, en especial con respecto a su “efecto de perduración”.

El Tribunal admitió en su fundamentación de la sentencia un efecto de irradiación de los derechos fundamentales, como principio objetivo supremo de la totalidad del ordenamiento jurídico en todas las áreas jurídicas. Los derechos fundamentales se refieren, consecuentemente, no solo a una relación jurídica entre Estado y ciudadano, sino de manera obligatoria a todas las áreas del derecho, también el derecho privado de acuerdo con la opinión dominante, en forma de un “efecto indirecto entre terceros”. Todas las normas deben ser interpretadas y aplicadas desde el espíritu de los derechos fundamentales.

ha consolidado lo que se conoce como “el caso alemán”, en materia de constitucionalización del derecho privado. Allí, a través de las llamadas cláusulas de conexión entre el derecho Constitucional y el derecho civil de responsabilidad propiamente dicho, como ya se mencionó, se obtiene un imperativo categórico en la reinterpretación del derecho civil y cuyo nacimiento se produce con esa famosísima sentencia, pero que de alguna manera es articulado, de manera sólida, solo con las dos sentencias anteriormente expuestas y proferidas por el Senado Civil del Tribunal Supremo Federal alemán. En efecto, existen sólidas críticas contra la conceptualización que inicialmente hizo la Sentencia Lüth, pues además de que se vale de nociones no jurídicas como “el efecto de irradiación”, crea confusión en torno a dos temas: a) la validez directa de los derechos fundamentales entre particulares y b) la delimitación entre un efecto puramente “irradiador” y la posibilidad de que la jurisdicción constitucional adquiera un carácter de instancia de superrevisión de todas o algunas sentencias de otras jurisdicciones, *ex profeso*. (Canaris, 1999, pp. 27 ss.)

Esta sentencia supervaloró adecuadamente los derechos fundamentales. Ellos dejaron de ser normas dirigidas exclusivamente al Estado y fueron ampliados a todas las relaciones sociales. Ellos dejaron de ser así, entonces, solo derechos de defensa subjetivos del individuo contra el Estado. Los derechos fundamentales se garantizaron incluso ya al lado de las obligaciones omisivas, bajo las circunstancias también obligacionales de hacer en interés del aseguramiento de la libertad (obligaciones de protección “Schutzpflicht”). Pero ahora su influencia vino a terminar ya no solo en la ley expedida por el legislador, sino que se amplió a la interpretación jurídica y a la aplicación del derecho en materia de controversias jurídicas privadas.

La sentencia concedió a la Ley Fundamental, entonces, una nueva instancia regulativa, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, debería siempre ser tenida en cuenta, especialmente en las así llamadas colisiones de los derechos fundamentales. Esto aumentó considerablemente la posición jurídica de la Constitución.

Los parágrafos §§ 823, 826 o § 226 y el § 242²⁰ del Código Civil alemán consolidan cláusulas de apertura o “intercomunicantes”, (si la expresión se me permite), entre el texto constitucional y las normas legales contenidas en el *Bürgerliches Gesetzbuch* o Código Civil alemán, como ya también ha quedado expresado.

En general, al tratar de condensar en un pensamiento la fenomenología del constitucionalismo como un hecho histórico, podría decirse que toda la normatividad de rango legal en Alemania ha de interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental alemana²¹. Esa interpretación, así obtenida, va a tener claros reflejos constitucionales en los considerandos de las sentencias proferidas dentro de los procesos declarativos de la jurisdicción civil alemana; y, por supuesto, esos considerandos van a tener reflejos también en las consecuencias patrimoniales de los mismos fallos.

Para el caso colombiano, resultaba claro que basarse en el Código Civil para modificar el sistema social pudo ser entendido desde alguna perspectiva como un contrasentido, (p. ej. *Cartas de Batalla*, de Valencia Villa, criticado por

20 Preceptúan esas normas:

§ 226: Prohibición de abuso: El ejercicio de un derecho será inadmisibles cuando él solo tenga la finalidad de producir perjuicios a otro.

§ 242: Prestación de acuerdo a la buena Fe. El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los mandatos de la buena fe, con la observancia que exigen las costumbres del tráfico negocial.

21 Canaris ha evidenciado de manera definitiva, por lo demás, que la aplicación de los derechos fundamentales en materia de derecho privado en nada difiere de la aplicación de esas normas en materia de derecho público; y que la obligatoriedad de observancia es idéntica tanto para el legislador y juez de derecho público como para el legislador y juez de derecho privado. (Canaris, 1999, pp. 21 - 22).

Marquardt (2011, p. 17)); pero básicamente dos fenómenos correctamente articulados implicarían que esa descripción pesimista ya no pueda ser más entendida de esa precaria forma: La constitucionalización del derecho civil, correctamente entendida de acuerdo con la tradición desarrollada en los últimos sesenta años dentro del derecho continental, y el consecuente entendimiento del derecho civil como un instrumento de la realización de las directrices del Estado social y democrático de derecho, a través de la objetivación de los derechos fundamentales como bienes tutelables, también patrimonialmente. Ello solo puede lograrse a través del entendimiento certero de que el neoconstitucionalismo, más que cualquier otro fenómeno social, es una realidad histórica a la que la jurisdicción civil nacional no puede seguirle dando la espalda.

V. CONCLUSIONES

La primera de todas es que tal vez es menester volver a recabar en el reconocimiento de que estamos en un sistema continental, no en un sistema de precedentes jurisprudenciales, lo que si bien se puede constituir en un mínimo método de organización de las decisiones emanadas de la Corte Constitucional, no puede por lo demás pretender ser un sistema válido de renovación jurídica en un sistema jurídico, como el colombiano.

En consonancia, como segunda, vale anotar que una de las tareas urgentes que tiene ahora la dogmática nacional, es la de promover el pronunciamiento jurisprudencial sobre los más altos valores jurídicos (derechos fundamentales),

y en esa labor un modelo válido, por supuesto como objeto de comparación, puede ser el sistema alemán.

Tercera. En pos de ello, ha de reconocerse que la visión cerrada y dogmática del Código Civil ha sido rebasada por la realidad apremiante de Colombia, pero además, esa realidad ha sido conocida y analizada en no pocos fallos por la Corte Constitucional. A efecto de ser gráficos, la verdad *de re* (la situación social nacional) ha generado muchísimas verdades *de dicto* (sentencias de la Corte Constitucional, que propugnan por un reconocimiento de los derechos fundamentales como supremo valor del ordenamiento jurídico). Tal vez esa situación no puede seguir siendo desconocida por los jueces de la jurisdicción civil, bajo la excusa de una supremacía que solo le ha costado muchas más dificultades a los ciudadanos que luchan por la realización, cada día más plena, de sus derechos.

Cuarta. La reinterpretación histórica de los textos legales permite revitalizarlos. El neoconstitucionalismo es una realidad histórica que no puede seguir siendo desconocida o negada por la jurisdicción civil nacional en sus considerandos, y en ello sería necesario esperar una posición vanguardista de los vértices jurisdiccionales de las respectivas áreas, a efecto de lograr una verdadera sistematización coherente del derecho vigente.

Quinta. En esa misma forma de entendimiento, la lectura abierta de las normas permite que las verdades *de dicto* consignadas en la ley se modifiquen de tanto en tanto, creando así mismo verdades *de re*. Si la ciencia, la técnica y la

industria no hubieran logrado el avance que tuvieron a comienzos del siglo XX, la modificación interpretativa llevada a cabo por la Corte Dorada en el año de 1938 del artículo 2356 no se habría producido. Independientemente de las críticas puramente dogmáticas que contra esa labor teleológica aún se ciernen, ha de destacarse el papel decisivo —e invaluable— que jugó la Sala Civil de la Corte Suprema de entonces, a la hora de modernizar el derecho de responsabilidad civil nacional. Valdría mucho la pena que los actuales jueces y magistrados decidieran vivir en la época histórica que les correspondió, haciéndose verdaderamente guardianes de los derechos incorporados en los textos que imperan en el ordenamiento nacional, en especial en la Constitución.

Sexta. El Código Civil ha dejado de ser entendido como un texto dogmático del cual se desprenden todas las verdades necesarias para decidir un caso puesto a consideración de los jueces civiles. Más allá de ello, los códigos civiles del derecho continental comenzaron hace más de medio siglo a ser entendidos como textos históricos, sujetos a constantes verificaciones jurídico-científicas, que subyacen a múltiples visiones, pero por sobre todo a una visión constitucionalista, si se quiere a una visión de un Estado social de derecho, en constante evolución.

En los hombros de los jueces civiles nacionales recae la responsabilidad de auscultar y engranar, día a día, todo el entendimiento constitucional del derecho privado, para posibilitar una realización más sólida y expedita de ese mismo Estado social y democrático de derecho, a través de sus decisiones —valga el raciocinio cir-

cular—, guardando por supuesto la coherencia que el sistema continental de derecho impone. Este sugestivo texto es solo un intento que permite abrir la discusión a todos los aportes que se consideren pertinentes.

Bibliografía

- ACOSTA J. (2009). La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: Consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. *Revista Iusta*. Bogotá, Colombia, consultable bajo http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_30/contenido.pdf (fecha de última consulta: 24 de mayo de 2012).
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales. (Trad. Atienza M. y Espejo I.).
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de. (2008). Algunas consideraciones previas sobre constitución y derecho privado. En L. Escobar, B. Espinosa (eds.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá, Colombia: biblioteca jurídica Dike.
- ARRUBLA, J. A. (2008). La constitucionalización del derecho privado de los contratos. En L. Escobar, B. Espinosa (eds.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*. Bogotá, Colombia: biblioteca jurídica Dike.
- BERNAL, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita - Universidad Externado de Colombia.
- CANARIS, K. (1999). *Grundrechte und Privatrecht, eine Zwischenbilanz*. Berlín, Alemania: Walter de Gruyter.
- CALDERÓN, J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado, la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Uniandina.
- Eco, U., (2011). *Confesiones de un joven novelista*. Bogotá, Colombia: Lumen, Futura.
- FUCHS, M. (2009). *Deliktsrecht* (7. Aufl.) Berlin, Heidelberg, Alemania.
- HATTENHAUER, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona, España: Ariel. (Trad. Hernández G.).
- LARENZ, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, España: Ariel. (Trad. Rodríguez M.).
- LEISNER, W. (1960). *Grundrechte und Privatrecht*. Munich, Alemania: münchener öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Beck.
- MANTILLA, F., TERNERA, F. (2004). La interpretación *contra legem* del artículo 2.356 del Código Civil Colombiano. *Cuadernos de Análisis Jurídicos I*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales. Accesible también bajo: http://www.udp.cl/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/contralegem_mantillaternera.pdf
- MARQUARDT, B. (2011). *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-*

- 2010). *Historia constitucional comparada*. Tomo II. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- MARTÍNEZ, J. (1992). *La imaginación jurídica*. Madrid, España: Editorial Debate.
- RUFFERT, M. (2001). *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen, Alemania: Jus Publicum, Mohr Siebeck.
- RÜTHERS, B., STADLER, A. (2011). *Allgemeiner Teil des BGB*. (17. Aufl.). Tübingen, Alemania: Beck.
- UPRIMNY, R. GARCÍA, M. La reforma a la tutela ¿ajuste o desmonte? *Revista de derecho público* No. 15, Universidad de los Andes, 2002. Este documento fue actualizado en García M., Uprimny R. y Rodríguez C. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Accesible también en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D49&ei=sW DST4bVJ4uG8QSkrrDsAw&usg=AFQjCNFo3VCjXbg_HPb_-erU_Br1Lvm0nw&sig2=p0X7T3yf3TyN1yPYPt9LEg
- VÉLEZ, F., ARANGO, L. A. (1926). *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo 9. (2. Ed.). París, Francia: Imprenta Paris América.
- WIEACKER, F. (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen, Deutschland: Vandenhoeck & Ruprecht.