

El método de limitación y el conflicto entre la libertad y el derecho de los demás

Alexander Espinoza

Extracto de la tesis de doctorado. Universidad de Passau. Corresponde al Capítulo V del libro "Naturschutz und Eigentum". Verlag für Wissenschaft und Forschung. Berlín 2003

Contenido:

Introducción	2
El conflicto entre la libertad y el derecho de los demás en el derecho venezolano	2
Teorías sobre la limitación de los derechos fundamentales	4
Las teorías sobre las limitaciones inmanentes	4
La interpretación amplia de los elementos constitutivos	5
La jurisprudencia inicial del Tribunal Federal Administrativo	7
El derecho de los demás, como causa de limitación del derecho fundamental	9

Introducción

El derecho de los demás constituye un límite de la libertad individual. Esta afirmación puede considerarse como uno de los postulados más conocidos y aceptados en la doctrina de los derechos constitucionales, a tal punto que su tratamiento podría considerarse algo trivial. En realidad el tema de los derechos de los demás reúne algunos de los aspectos más interesantes del derecho público alemán. Este tema no sólo se refiere al aspecto aquí tratado de su inserción en la teoría de las limitaciones de los derechos constitucionales, o en su otro punto de vista constitucional relativo a los efectos de los derechos constitucionales sobre las relaciones jurídicas entre particulares. Otro aspecto de este tema, visto desde el derecho administrativo, es el de la participación de terceros en un asunto que originalmente supone una relación jurídica vertical, entre un particular y la Administración, la cual pasa convertirse en una relación jurídica más compleja. El derecho del tercero en la relación jurídica administrativa puso en serias dificultades a la tradicional teoría de los derechos subjetivos en la década de los años 80 y dio lugar a transformaciones profundas. Este aspecto del derecho administrativo se refleja en el contencioso administrativo, cuando debe decidirse sí, y en qué medida, un tercero puede pretender judicialmente anulación de un acto, del cual no es destinatario. Del déficit en la teoría de los derechos subjetivos, con respecto a terceros nacieron alternativas procesales, tales como las que permiten la protección de los intereses difusos.

El conflicto entre la libertad y el derecho de los demás en el derecho venezolano

Si analizamos la definición de la libertad en tres momentos determinantes de la historia constitucional venezolana, observaremos que en 1819 la Constitución definía la libertad como “la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la Ley”; mientras que en 1947 se empleaba la definición de “el derecho de hacer lo que no perjudique a otro” y, en la actualidad se afirma que, “toda persona tiene derecho al libre

desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”.

La definición a que se refiere la Constitución de 1947 es, desde el punto de vista de la teoría de la limitación de los derechos constitucionales una fórmula abreviada, que podría ser interpretada de la siguiente forma: “La libertad no implica el derecho de perjudicar a los demás”. En una norma de tal naturaleza, toda conducta capaz de perjudicar a otros, se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la norma. Este es el supuesto de la llamada “teoría de los límites inmanentes de los derechos constitucionales”.

Las definiciones a que se refieren las constituciones de 1819 y la vigente podrían ser interpretados de la siguiente manera: “En principio, todos pueden hacer lo que deseen. El ejercicio de la libertad puede ser limitado para proteger el derecho de los demás”.

Esta última definición parece justificar la tesis de este trabajo: La determinación de, hasta qué punto puede ser ejercida efectivamente la libertad de una persona, frente al derecho de los demás, comprende un análisis de por lo menos tres pasos.

El primer paso lo constituye la constatación de la libertad más amplia posible, a partir de la interpretación de alguna de las libertades especiales (artística, de expresión, económica, etc.) o, subsidiariamente, de una cláusula de libertad general, tal como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, para determinar sí, y en qué medida, la conducta del particular (P) se encuentra protegida por una norma.

El segundo paso supone la interpretación de la norma que consagra el derecho del tercero (T), en iguales términos a los antes mencionados, para determinar sí, y en qué medida, la conducta del particular (P) afecta los bienes protegidos por esa norma.

El tercer paso lo constituye la ponderación de los elementos que derivan de la interpretación antes realizada, para determinar sí es posible que ambos intereses puedan ser realizados (P + T) o, en todo caso, cuál de ambos intereses puede ser realizado aún a costa del otro.

Teorías sobre la limitación de los derechos fundamentales

Las teorías sobre las limitaciones inmanentes

Para abordar la cuestión, de sí determinadas categorías se encuentran desde un principio excluidas de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales, se distingue en primer lugar entre los llamados elementos constitutivos explícitos (tales como el carácter pacífico y sin armas del derecho a manifestar públicamente),^[1] los cuales han sido directamente establecidos por la norma constitucional, y por otra parte, las llamadas limitaciones inmanentes o por la materia.^[2] Mientras que con respecto a los primeros el criterio de la doctrina es relativamente pacífico, los segundos requieren de un análisis más cuidadoso.

Sobre todo la afirmación, según la cual, la ley que concreta tales limitaciones carece de efectos constitutivos,^[3] ha dado lugar a fuertes críticas.^[4] Las mismas se basan en el temor de que las garantías del Estado de derecho que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales resultarían innecesarias, en razón de que tales limitaciones en ámbitos excluidos de los elementos constitutivos del derecho fundamental no tendrían el carácter de afectación del mismo.^[5]

En efecto, una interpretación estricta de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales podría tener como consecuencia, que ciertas conductas resulten excluidas del ámbito de protección del derecho y con respecto a ellas decaerían las garantías subjetivas, es decir, las garantías que sólo son aplicables ante la afectación de un derecho subjetivo (principio de reserva legal, proporcionalidad, justificación material, garantías del derecho a la defensa, etc.). Sin embargo, algunos autores han propuesto salvar tal defecto con la aplicación de garantías objetivas.^[6] Por lo menos debería observarse el principio de la reserva legal.^[7] Estas dificultades no se presentan si admitimos, en principio, una interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho constitucional.

La interpretación amplia de los elementos constitutivos

En principio existe la tendencia en la jurisprudencia y doctrina[8] alemanas de interpretar en forma amplia los elementos constitutivos de un derecho fundamental.[9] El Tribunal Constitucional Federal ha dejado claro que frente a la interpretación de una norma constitucional, y sobre todo de un derecho fundamental debe prevalecer aquella interpretación „en la cual se desenvuelva con mayor fuerza el efecto jurídico de la norma“.[10] De igual forma, el citado Tribunal rechazó el argumento de una de las partes que prefería una interpretación estricta de los elementos constitutivos del derecho constitucional, la cual estaba determinada por la preocupación de que una interpretación amplia podría acarrear dificultades al momento de establecer los límites del derecho. Por el contrario, en criterio del Tribunal, debía ser definida en primer lugar la sustancia material del derecho fundamental, para luego, bajo la consideración de la llamada presunción de la libertad y del principio constitucional de la proporcionalidad, establecer límites adecuados en el Estado de derecho al ejercicio del derecho fundamental.[11]

De acuerdo con la definición propuesta por Alexy, la teoría de la interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental permite que todo aquello que pueda ser protegido por la norma constitucional, entre en el ámbito de protección del derecho. De allí deriva la siguiente regla: „Toda situación que presente un elemento, que considerado aisladamente pueda ser subsumido en los requisitos de procedencia de la norma, es protegida por la misma, sin importar cuáles otros elementos estén presentes.“[12]

La interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental se justifica sobre todo a través de argumentos formales, relativos al método de interpretación. Pero también son aplicables argumentos de derecho material.[13] Los derechos fundamentales tienen por objeto primario asegurar la protección de la esfera de libertad del individuo frente a la intervención del Poder Público.[14] De allí deriva el llamado principio distributivo: Mientras que la libertad del individuo es en principio

ilimitada, la facultad del Estado para intervenir en dicha esfera es en principio limitada. Ello tiene como consecuencia, que en la práctica, no exista conducta humana que no se encuentre comprendida dentro de los derechos fundamentales de libertad.[15] Uno de los elementos que caracterizan la función de status negativus lo constituye la circunstancia que el sistema de los derechos fundamentales carece en principio de vacío, tal como se desprende del principio de protección a la dignidad humana y del derecho a la libertad general de actuación.[16]

La legitimación del método escalonado, según el cual el análisis es realizado, en primer lugar, sobre los elementos constitutivos del derecho fundamental y luego, con respecto a los límites que se imponen al derecho, también se basa en argumentos formales.[17] Tal fundamento deriva de la idea de un proceso de subsumición que resulte racional y controlable.[18] La forma de argumentación a que se alude impide que la referencia a los intereses de la sociedad sea abordada también al tratar el aspecto dogmático de los elementos constitutivos de la libertad.[19] Con ello se reduce el peligro de limitaciones arbitrarias de la libertad, que podrían tener lugar a través de una definición restrictiva del derecho fundamental.[20] Para Schulte tal método no es otra cosa que una necesidad lógica en un esquema de regla y excepción, del cual debe partir todo ordenamiento jurídico.[21]

Una justificación normativa del mencionado procedimiento deriva en parte de la disposición que sujeta a los Poderes Públicos a la vigencia de los derechos fundamentales (Art. 1 aparte 3 Ley Fundamental), así como de la garantía del Estado de justicia (Arts. 93 aparte 1 y 100 Ley Fundamental). La doctrina de los derechos fundamentales debe hacer posible una decisión de control de los tribunales constitucionales que sea racional y predecible.[22] La medida en que es posible limitar un derecho fundamental (Art. 19 apartes 1 y 2 Ley fundamental) debe establecerse en forma cuidadosamente escalonada y en diferentes grados según el derecho de que se trate.[23] Ello demuestra que el pensamiento tradicional de afectación y limitación de los derechos fundamentales es el que mejor expresa el objeto de la Ley Fundamental.[24]

Sin embargo, no debe ser sobreestimado el resultado obtenido con la anterior

argumentación. En todo caso, la misma sirve como fundamento para rechazar cualquier interpretación restrictiva de los elementos constitutivos del derecho fundamental, cuando tal interpretación sólo persiga el resultado preestablecido de evitar o disminuir el número de conflictos entre los derechos fundamentales.[25]

La jurisprudencia inicial del Tribunal Federal Administrativo

El Tribunal Federal Administrativo sostuvo en sus inicios (1953-1957) el criterio según el cual, es propio de la noción de todo derecho fundamental, que el mismo „no pueda ser ejercido“ cuando con ello sea lesionado otro derecho fundamental[26] o se pongan en peligro bienes jurídicos necesarios para la sociedad. Pues todo derecho fundamental[27] supone la existencia de una organización estatal, a través de la cual el mismo es garantizado.[28] Esta jurisprudencia es calificada como una forma de reducción teleológica de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales.[29] En el presente estudio debe analizarse si la concepción que sirve de fundamento a los derechos fundamentales puede realmente prescindir de las etapas propias de la limitación de los mismos.

Las decisiones iniciales acerca de la lesión de un derecho fundamental del Tribunal Federal Administrativo se producían según la siguiente fórmula. En primer lugar, determinaba el Tribunal el ámbito de protección del derecho fundamental y, al efecto, a través de una interpretación amplia de los elementos constitutivos de la norma (ejemplo de ello fue la noción de la profesión).[30] Si un derecho fundamental era aplicable, la decisión del Tribunal Federal Administrativo dependía de sí, sobre la base del Art. 19 aparte 2 Ley fundamental, había sido o no afectado el contenido esencial del derecho fundamental, en el sentido de que el mismo „pierde todo valor práctico“[31] Sin embargo, la posibilidad de una afectación del contenido esencial debía ser desechada desde un principio en caso de que la limitación „tenga por objeto la protección de bienes jurídicos de igual o mayor valor y es idónea y necesaria para alcanzar tal objetivo“.[32] Como tales bienes jurídicos fueron tomados en consideración: la protección de la moneda, de los económicamente débiles y de la propiedad,[33] la salud del pueblo,[34]

el aseguramiento del orden en el tránsito público,[35] las buenas costumbres, en el sentido de una concepción general fundamental sobre la vinculación ética del individuo en la sociedad[36] y una jurisdicción eficiente.[37] Concepciones morales, religiosas o personales de algunos sectores de la población, a pesar de ser valores internos, sin embargo no han sido colocadas por la Ley Fundamental bajo la protección especial del Estado.[38] En todo caso, el Tribunal Federal Administrativo analizaba si la limitación del derecho fundamental se encontraba justificada[39] y si era necesaria.[40]

El Tribunal confirmó tal concepción en sentencia del 21 de noviembre de 1957, en los términos siguientes: „Como consecuencia de este criterio, la limitación de un derecho fundamental, que se produzca a través de una ley o por parte de la Administración Pública, que no contenga una habilitación expresa para ello –como en este caso, el derecho a escoger el lugar de estudios – sólo es conforme a la Ley Fundamental, cuando de lo contrario se coloque en peligro un bien jurídico necesario para la existencia de la sociedad.“[41] Tal criterio es similar al sustentado en la actualidad,[42] según el cual los derechos fundamentales pueden ser limitados en base a su colisión con derechos de los demás o a otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, incluso cuando el derecho fundamental contenga una reserva de limitación expresa a favor de la ley.[43]

En todo caso, es de interés para el objeto del presente estudio que, a pesar del uso de expresiones tales como la limitación „desde un principio“ o el rechazo a la posibilidad de „hacer uso“ del derecho fundamental, el Tribunal Federal Administrativo siempre pasó a comprobar si la medida de limitación era proporcional y con ello conforme al mismo derecho fundamental. En tal medida, las expresiones idiomáticas utilizadas pueden llevar a la falsa consideración de que el método aplicado se conforma con la interpretación del ámbito de protección del derecho fundamental, cuando en realidad fueron aplicadas las garantías que sirven de protección al derecho. Por tal motivo, el criterio jurisprudencial indicado no puede servir de fundamento a una teoría restrictiva del ámbito de protección del derecho fundamental.

El derecho de los demás, como causa de limitación del derecho fundamental

Una colisión entre derechos fundamentales se presenta cuando la aplicación independiente de dos normas que consagran derechos fundamentales daría lugar a dos resultados incompatibles entre sí, esto es, a dos sentencias concretas contradictorias.[44] Se trata simplemente de un caso del conflicto normativo, el cual es definido por Schwacke de la forma siguiente: „La validez concreto-abstracta (C/A) significa que la situación de hecho se encuentra comprendida en el texto de la norma, mientras que con la expresión validez concreto-concreto (C/C) se deja claro cuál es la norma que se aplica definitivamente. A pesar de que en la forma C/A sean aplicables varias normas, sólo una de ellas puede tener validez en la forma C/C. La situación planteada sólo se presenta cuando diferentes normas regulan en forma distinta un mismo supuesto de hecho.“[45]

La cuestión de sí puede admitirse o no el ejercicio de la libertad cuando el mismo se encuentra en conflicto con el derecho fundamental de un tercero, no es asumida por la jurisprudencia[46] en el momento de la determinación del ámbito de protección, sino en la etapa de la limitación, y al efecto, a través de la ponderación.[47] De acuerdo con esto, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado, por ejemplo, que la decisión de interrumpir el embarazo por medio del aborto, en principio, se encuentra comprendida en la esfera íntima, la cual se encuentra protegida constitucionalmente por el Art. 2 aparte 1 en concordancia con el Art. 1 aparte 1 Ley Fundamental.[48] El derecho a la libre expresión del pensamiento puede ser limitado por el derecho a la protección del honor, pero tiene mayor valor, en la medida en que el asunto sea esencial en la opinión pública.[49] La libertad de arte puede ser en tal medida limitada por el derecho a la protección del honor (como en el caso de una difamación), que dicha libertad no justifica una lesión grave de la personalidad,[50] etc. Sólo luego de determinar que tales conductas se encuentran, en principio, protegidas constitucionalmente, puede ser realizada una ponderación con las normas que protegen los intereses de terceros. De esta forma, el derecho a la vida del nasciturus es de mayor peso que el interés de la madre en realizar un aborto, por lo cual puede ser prohibido, incluso a través de la ley

penal.

Por otra parte, ha sido sostenido el criterio contrario, según el cual una interpretación teleológica de la norma que consagra un derecho fundamental, en el sentido de que no puede ser la finalidad de la libertad lesionar bienes jurídicamente protegidos de terceros, sería suficiente para llegar a la conclusión de que, por ejemplo, una conducta dirigida con intención a ese resultado, se encuentre excluida de la protección que en principio deriva de los elementos constitutivos del derecho fundamental.[51]

En parte de la doctrina se ha intentado excluir determinadas conductas del ámbito de protección de los derechos fundamentales, sobre la base de criterios que toman en consideración la cuestión de si la conducta es específica, es decir, si constituye un verdadero ejercicio del derecho fundamental (ejemplo, el acto de pintar) o de si a pesar de que la conducta se encuentra relacionada con el ejercicio del derecho, en si misma no es específica (ejemplo, el acto de pintar en un cruce de vehículos).[52] [53] En contra de esta teoría se ha argumentado que la misma establece condiciones demasiado elevadas a la especificidad de la conducta. De tal forma podría ser prohibida cualquier conducta, cuando exista la posibilidad de llevarla a cabo en otro lugar, en otro momento o de otra forma.[54] Si en la práctica tal criterio lleva a resultados acertados es sólo porque detrás de ellos se encuentran causas acertadas que justifican la limitación de la libertad.[55]

Rüfner ha sostenido la existencia de conflictos aparentes, bajo el argumento de que los derechos fundamentales no garantizan una libertad ilimitada frente al Legislador.[56] De lo contrario podría paralizar a la legislación o traer como consecuencia que la sujeción del Legislador a los derechos fundamentales no sea tomada en serio.[57] Los derechos fundamentales sólo deberían ser ejercidos en el marco del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Las leyes generales deberían ser respetadas.[58] Leyes generales serían aquellas leyes que no tienen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental y no limitan su ejercicio, porque no afectan su ámbito de protección.[59] Según tal criterio, no existiría una colisión de derechos fundamentales en la relación entre el asesino y la víctima, en el ejemplo académico del asesinato en una obra de teatro, puesto que el ámbito de protección del derecho al libre

desenvolvimiento de la personalidad no abarcaría el asesinato de personas.[60] Pero, para una excepción de tal naturaleza no existe en criterio de Murswiek ninguna razón convincente.[61] Esa crítica se encuentra justificada.

La sola circunstancia, que a través de una conducta sean afectados los derechos de los demás, no es suficiente para desechar la posibilidad de que en el caso concreto, a través de la ponderación de los bienes en conflicto, dicha conducta pueda ser considerada de mayor peso y resulte por tal motivo legítima. Por ejemplo, no es suficiente una lesión leve o la sola posibilidad de una lesión grave para que el individuo deba abstenerse de ejercer esa libertad.[62] Tampoco pueden establecerse criterios de validez general, que sólo se basen en la interpretación de los elementos constitutivos del derecho, es decir, sin entrar a analizar el rango y peso del bien jurídico que se le opone, para justificar una excepción de tal naturaleza.

La indicación de las leyes generales, en el sentido expuesto por Rűfner no puede ser utilizada para realizar la interpretación del ámbito de protección del derecho fundamental, sino al revés. Más bien es válida la crítica de Jarass, según la cual la tesis indicada llegaría demasiado lejos, „si la libertad de arte sólo viene a proteger las restantes conductas que de por sí ya están permitidas.“[63] En el ámbito de la libertad de prensa, ha establecido el Tribunal Federal Constitucional que las leyes generales no son aplicables en forma ilimitada a la prensa, sino sólo en la medida en que las mismas protegen bienes jurídicos o intereses de mayor rango a los protegidos por el señalado derecho fundamental a la libre prensa.[64]

Debemos afirmar que interpretaciones teleológicas e incluso sistemáticas[65] de los elementos constitutivos del derecho fundamental no son suficientes para dilucidar un caso de colisión entre derechos fundamentales. Una interpretación de tal naturaleza requiere en todo caso del complemento de figuras jurídicas, que según su naturaleza, son propias de la etapa de la imposición de limitaciones al derecho fundamental.[66] Con ello se relativiza en cierta forma la separación entre la etapa de comprobación de los elementos constitutivos del derecho fundamental y la de la limitación del mismo.[67] Por otra parte, tal separación dogmática no significa que no exista relación alguna entre las mencionadas etapas del método.[68] En efecto, la interpretación de la norma que

consagra el derecho fundamental no se agota con la constatación de sí una conducta según la materia de que se trate se encuentra comprendida dentro o fuera del ámbito de aplicación del derecho fundamental. La ponderación de los bienes jurídicos en conflicto sólo puede llevarse a cabo cuando, a través de la interpretación de la norma, se ha constatado si el bien jurídicamente protegido pertenece al contenido esencial del derecho, el cual no debe ser afectado en ningún caso (ejemplo, la vida humana)[69] o si el mismo sólo puede ser limitado bajo condiciones muy estrictas (ejemplo, en razón de la defensa de un eminente peligro grave para un bien especialmente valioso para la sociedad).[70] Sin embargo, la interpretación de la norma también podría dejar claro que la conducta en cuestión no es merecedora de protección especial alguna, como en el caso en que la misma produzca consecuencias dañinas.[71] La constatación de tales circunstancias sirve de fundamento a la ponderación de los bienes en conflicto. De tal forma los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados en la medida en que ello sea indispensable para la protección de otros intereses.[72] Alexy habla en ese contexto de „condiciones de rango preferente“, [73] en el sentido de las condiciones que justifican, en cada caso concreto, que a un determinado principio corresponda mayor peso que al principio que le es contrario.

Cabe preguntarse si la constatación del alcance del ámbito de protección del derecho fundamental puede ser realizada a través de la ponderación de los bienes o intereses jurídicos en conflicto. En criterio de Bamberger las esferas de libertad protegidas constitucionalmente se limitan recíprocamente (reserva de reciprocidad). Según tal criterio, las posiciones constitucionalmente protegidas deben ser consideradas y delimitadas en sus relaciones recíprocas, de tal forma que produzcan la mayor eficacia posible para sus titulares.[74] El problema de esta teoría es que el conflicto entre los derechos fundamentales no constituiría una materia de limitación del derecho que deba contener una justificación material y proporcional. La delimitación a través de la ponderación de los bienes en conflicto se realizaría en el nivel de la constatación de los elementos constitutivos del derecho.[75]

La teoría de la reserva de reciprocidad debe, en principio,[76] ser rechazada. En efecto, ni la ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto, ni la búsqueda de un

equilibrio entre los mismos, tienen lugar a través de la simple interpretación de la norma. La ponderación y la búsqueda del equilibrio debe servir más bien como un instrumento para dilucidar el conflicto[77] entre varias normas que podrían ser aplicadas. De tal forma, la existencia de un conflicto normativo presupone la aplicabilidad de las normas en cuestión. En tal medida, la norma garantiza una forma prima facie de protección a una conducta que se encuentra en conflicto con otros intereses jurídicamente protegidos. Las teorías que afirman la existencia de una reserva de reciprocidad, así como aquellos en iguales términos se refieren a la exclusión del uso violento o del abuso del derecho fundamental, como forma de resolver el conflicto a nivel de los elementos constitutivos del derecho fundamental no hacen otra cosa que abreviar estas etapas del método.

Una etapa intermedia es sugerida por algunos autores como Henschel, quien alude a categorías como „limitaciones que no son susceptibles de ponderación de los bienes en conflicto“.[78] Henschel explica que tal ponderación es innecesaria cuando se presenta una afectación tan grave de uno de los bienes constitucionales en conflicto, que resulta imposible alcanzar un punto intermedio en el cual puedan realizarse ambas posiciones.[79]

Alexy deja en principio claro que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, no existen relaciones de supremacía „absolutas“ o „abstractas“, en razón de que ningún derecho goza de un mayor rango frente a los demás derechos.[80] Sólo resta la posibilidad de una situación de supremacía que dependa de las condiciones dadas en el caso concreto.[81] En el caso de una afectación grave de uno de los bienes constitucionales no se trata de una situación abstracta sino relativa, que también depende de las condiciones de cada uno de los bienes constitucionales en conflicto. La supremacía de una situación protegida por un derecho constitucional sobre otra de igual carácter sólo puede ser constatada en forma definitiva a través de la ponderación de los bienes en conflicto.

Sin embargo, aún no hemos resuelto el problema planteado. La circunstancia de que uno de los bienes constitucionales en conflicto no sea susceptible de ponderación guarda estrecha relación con el método de solución empleado.[82] Podría resultar

problemática la afirmación de que el equilibrio entre los intereses en conflicto, en un punto intermedio en el cual ambos puedan desenvolverse,[83] ostente generalmente mayor valor que la ponderación entre los mismos.[84] Tal afirmación se funda generalmente en que, del principio de la unidad de la Constitución deriva la necesidad de que a ambos intereses les sean fijados límites.[85] De tal forma, el Tribunal Federal Constitucional en su conocida „Sentencia sobre Abortos“ sólo concedió mayor peso a aquél interés que en caso contrario hubiera sido conculcado en su contenido esencial, en razón de que en ese caso hubiera sido imposible cumplir con el principio de la búsqueda del equilibrio más favorable a ambas partes.[86]

El contenido esencial del derecho fundamental no puede ser considerado como una excepción al principio de optimización de los bienes en conflicto. Más bien debemos analizar más cuidadosamente el principio de optimización. En criterio de Alexy los términos „principios“ y „principios de optimización“ significan lo mismo. Los principios establecen la necesidad de que algo, que es relativo y que depende de las posibilidades jurídicas y fácticas, obtenga la mayor realización posible. Los principios son – según el autor citado – principios de optimización, los cuales se caracterizan porque pueden ser realizados en diferente medida. El ámbito de las posibilidades jurídicas se encuentra determinado por principios y reglas.[87] En todo caso, Alexy deja claro que el término „principio“ es utilizado por él en un sentido amplio, en el cual el mismo abarca tanto la autorización como la prohibición.[88]

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que la garantía del contenido esencial del derecho no constituye una excepción, sino una condición que determina el valor del principio de optimización en cada caso concreto. La interpretación de la norma tiene la importante función de informar acerca de las condiciones de supremacía del interés de que se trata. Como se señaló anteriormente, sólo a través de la interpretación de la norma que podría ser objeto de aplicación en el caso concreto puede establecerse si el bien jurídicamente protegido pertenece o no al ámbito inviolable del contenido esencial, o si el mismo sólo puede ser objeto de limitación bajo condiciones especialmente estrictas, o si la conducta no es merecedora de una protección especialmente elevada, acaso por sus consecuencias dañinas, su potencial peligroso, etc. Este resultado es el

que configura el contenido del principio de optimización y puede influir tanto en forma positiva como negativa en el resultado de la ponderación. La circunstancia de si ambos bienes jurídicos en conflicto pueden desenvolverse hasta un punto intermedio, o sí, y en qué medida, debe retroceder uno de ellos, constituye el objeto de la ponderación.[89] En tal medida, el equilibrio no constituye una categoría independiente, sino sólo uno de los posibles resultados, en el cual ambos bienes pueden desenvolverse. Ciertamente que en general puede tenerse como una meta del principio de optimización lograr „un equilibrio proporcional de los intereses contrarios, igualmente protegidos constitucionalmente“,[90] pero, en el caso concreto, tal principio puede encontrarse gravado por un contenido negativo de uno de los intereses en conflicto. La circunstancia de si ello conduce a la prohibición de la conducta depende además del contenido del interés contrario. Incluso en el caso de un elevado valor inicial se puede obtener como resultado la prohibición de la conducta en cuestión.[91]

[1]--Al respecto, Schnapp, Grenzen der Grundrechte, en: JuS 1978, 729 (732); Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Coord.) Festschrift für Sendler, 39: „Las reuniones que promueven el desorden se encuentran fuera del ámbito de protección del derecho fundamental. Su disolución no constituye una limitación de un derecho fundamental. Su prohibición no activa el deber de justificación propio de tales derechos. Tales actos no deben ser medidos con respecto a las garantías formales y materiales que exigen los derechos de libertad – tal carácter tiene el derecho de reunión – o que se requieren en todo caso para las medidas limitativas de la libertad.“ v. Münch in: v. Münch/Kunig (Editor) GGK, Vorb. Art. 1-19 Rdnr. 49. Esta posición es rechazada por Bleckmann, Die Grundrechte, 410, „en razón de que, en principio, las ingerencias de la Administración, incluso en ese ámbito, sólo pueden ser admisibles sobre la base de una ley.“

[2]--En este sentido: Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff

en: HStR V, § 121 Rdnr. 12. Además, Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte A 9 Rdnr. 25

[3]--Véase Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, en: Isensee/Kirchhof (Editor) HStR V, § 111 Rdnr. 56; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 149. A pesar de que en criterio de Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, esa constatación declarativa deriva del principio de la unidad de la Constitución (Rdnr. 312), sin embargo, ese principio se encuentra en estrecha relación con el principio de la concordancia práctica (Rdnr. 72).

[4]--Véase Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff en: Isensee/Kirchhof (Editor) HStR V, § 121 Rdnr. 12, quien considera que tales críticas „sólo se encontrarían justificadas, en la medida en que tales límites inmanentes también produzcan una reducción del ámbito de protección, que exceda de la interpretación correctiva del contenido del derecho, en base a la finalidad de la norma que lo consagra, de aquellas reducciones que sólo pueden llevarse a cabo luego de un análisis especial del asunto.“

[5]--Bleckmann, Die Grundrechte, 404

[6]--En términos similares, véase el voto salvado en BVerfGE 80, 137 (167 f.) – Caso: Cabalgata en el Bosque: La posibilidad de que exista el derecho a la libertad general de actuación subjetivaría el principio del Estado de derecho, el cual sólo ha sido consagrado en forma objetiva, y se convertiría en una libertad general de no ser afectado por el Estado.

[7]--En tal sentido, Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Editor) Festschrift für Sendler, 39; El autor citado, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, en: HStR V, § 111, Rdnr. 179

[8]--Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: Stark (Editor.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 409. En esa medida coinciden

Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2. Beck 1994, 19

[9]--Abundantes ejemplos de la doctrina y jurisprudencia en: Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 24

[10]--BVerfGE 6, 55 (72), con relación al Art. 6 aparte 1 de la Ley Fundamental

[11]--BVerfGE 32, 54 (72)

[12]--Véase, en rechazo a las teorías de Müller y Rübner, Alexy, Theorie der Grundrechte, 291

[13]--Véase también el fundamento de la libertad general de actuación en BVerfGE 80, 137 (154) – Cabalgata en el Bosque – „Todo intento valorativo de limitar el ámbito de protección conduciría a una pérdida del espacio de libertad del ciudadano. Ello no puede encontrarse justificado simplemente porque los restantes derechos fundamentales tengan un ámbito de protección más estrecho y definido cualitativamente. No existen motivos que justifiquen la necesidad de tales limitaciones.“ El criterio contrario es defendido por Rübner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Editor), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 456, quien estima que una libertad ilimitada sólo podría ser razonable frente a la Administración.

[14]--Véase BVerfGE 7, 204; Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: NJW 1976, 2101. La relación entre el ámbito de protección y la afectación de dicho ámbito de protección sólo se presenta en el caso de los derechos de libertad y no en casos de afectación de derechos fundamentales de otro tipo. Al respecto, Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2., 30; Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 5 ff. Crítico de la posición preferente de la función de libertad de los derechos fundamentales: Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 15 ff.

[15]--Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts Rdnr. 427; Grabitz, Freiheit und

Verfassungsrecht, 118

[16]--Dürig, en: Maunz/Dürig, y otros, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 13; 84 ff.; el mismo autor, Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, en: Summum ius summa iniuria, 80: „A la plena vinculación de todas las formas de actuación del Estado, le corresponde la plena protección constitucional en sentido del derecho material, en todas las áreas de la vida “; Di Fabio, in: Maunz/Dürig u.a., Komm. z. GG, Art. 2 aparte 1 Rdnr. 12

[17]--Abundantes referencias acerca de la controversia del método de la afectación y la limitación, en: Stern/Sachs Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2, § 77 II 3, Fn 38

[18]--Véase Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: Stark (Editor) Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 407; véase también Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht, en: Isensee/Kirchhof (Editor) HStR V, § 111 Rdnr. 44; Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 172 ff.; el mismo autor, Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes, en: Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag, 343; 361

[19]--Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 229; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 23

[20]--Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 229; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 24

[21]--Véase Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 54

[22]-- Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 229

[23]--Véase Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, en: NJW 1974, 1529 (1537). En detalle: Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr, en: EuGRZ

1984, 457; Alexy, Theorie der Grundrechte, 105, 249

[24]--Véase Lerche, Buchbesprechung, en: DÖV 1965, 212 (213). Pecher, Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten, 96

[25]--El criterio opuesto es sostenido por Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Hrs.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 461; Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Editor) Festschrift für Sendler, 57. En criterio de Pieroth/Schlink, GrundR, Rdnr. 230, no existe una presunción, ni a favor de una interpretación amplia ni a favor de una interpretación estricta del ámbito de protección de los derechos fundamenales.

[26]--BVerwGE 1, 303

[27]--Incluso aquellos que no hacían referencia a la posibilidad de limitación por parte de la ley. El Tribunal era del criterio que la libertad de arte, consagrada en el Art. 5 Aparte 3 Frase 1 de la Ley Fundamental no estaba sometida a las limitaciones de las leyes generales, en el sentido del Art. 5 Aparte 2 de la Ley Fundamental, así como tampoco a la habilitación general de policía. Sin embargo, ello no significaba que para la libertad de arte no existiera absolutamente ningún límite; véase BVerwGE 1, 303 (307)

[28]--BVerwGE 1, 48 (52); BVerwGE 1, 92 (94); BVerwGE 1, 303 (307); BVerwGE 2, 85 (87); BVerwGE 3, 21 (24); BVerwGE 2, 345 (346); BVerwGE 6, 13 (18)

[29]--Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, en: Ruland (Editor) Festschrift für Zacher, 1998, 947 (953). Crítico de la llamada reserva a favor de la sociedad BVerfGE 30, 173: „Dado que la libertad de arte no contiene reserva alguna a favor del legislador ordinario, la misma no puede ser relativizada ni por el ordenamiento jurídico en general ni por una cláusula indeterminada, la cual se refiera a los bienes necesarios para la existencia de la sociedad, sin un punto de referencia constitucional y sin una garantía suficiente del Estado de derecho.“ Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, en: Badura/Dreier (Editor) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 7; Schnapp, Grenzen der Grundrechte, en: JuS 1978, 729 (732): porque „no hay límites de los derechos constitucionales fuera de las posibilidades de limitación fijadas o

por lo menos referidas por la Ley Fundamental” El criterio contrario es sostenido por Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 264 ff. Por otra parte, ha fracasado el intento de establecer una misma reserva de limitación para todos los derechos fundamentales, en razón de la especialidad de las limitaciones del catálogo de tales derechos. En tal sentido: Müller, Die Positivität der Grundrechte, 13: „Tal criterio (...) olvida tomar en cuenta el punto de partida de la problemática, en el sentido de que las garantías constitucionales son precisamente ‘bienes necesarios’ para la existencia de la sociedad“. Igualmente Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Editor) Festschrift für Sandler, 39. Además no puede admitirse una reserva general de limitación, en el sentido de la aplicación analógica de los límites del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en razón de la relación de subsidiaridad del Art. 2 Aparte 1 de la Ley Fundamental, con respecto a los derechos fundamentales especiales; véase Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, Art. 5 Abs. 3 Rdnr.374

[30]--BVerwGE 1, 92 (97): „Una interpretación de naturaleza estricta contraría el contenido liberal de las disposiciones de los derechos fundamentales y no tomaría en cuenta las permanentemente cambiantes necesidades de la vida económica.“

[31]--BVerwGE 2, 85 (87); Crítica BGHZ 26, 42 (52). Por el contrario, la Corte Suprema aplicaba parámetros más estrictos para el control de la garantía del contenido esencial: „Un derecho fundamental resulta afectado en su contenido esencial, cuando a través de la injerencia ha sido limitada la vigencia esencial y el desenvolvimiento del derecho fundamental, con mayor intensidad a la que estrictamente era requerida por su fundamento material. La afectación sólo debe ser realizada en caso de estricta necesidad y en la menor medida posible según la situación de que se trate y debe obedecer a la intención de dejar fundamentalmente el mayor espacio posible al derecho fundamental“. BGHSt 4, 385-396. Con respecto a la evolución del principio de proporcionalidad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, desde su decisión en el caso de las Farmacias (E 7, 377), véase Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: AöR 1973, 569 passim. Otras referencias en Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken,

en: Badura/Dreier (Editor) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 30 ff.

[32]--BVerwGE 5, 286 (288)

[33]--BVerwGE 5, 286 (288)

[34]--BVerwGE 1, 48 (52); BVerwGE 2, 345 (346)

[35]--BVerwGE 1, 92 (95); BVerwGE 3, 21 (24); confirmatorio BGHZ 26, 42 (52)

[36]--BVerwGE 1, 303 (307)

[37]--BVerwGE 2, 85 (87); BVerwGE 6, 13 (18)

[38]--BVerwGE 1, 303 (308)

[39]--BVerwGE 3, 21 (27)

[40]--BVerwGE 2, 85 (89); BVerwGE 2, 345 (346); BVerwGE 5, 286 (288)

[41]--BVerwGE 6, 13 (18)

[42]--Quizás con la única diferencia de la mayor referencia constitucional que se requiere en la jurisprudencia actual sobre el bien que debe ser protegido y que justifica la limitación del derecho; véase Stern/Sachs, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2., 663: „...considerado más exactamente es también la fórmula de limitación (la del BVerfG) una forma de categoría inmanente. La misma es simplemente fundada constitucionalmente con mayor cuidado a que fórmula empleada por el Tribunal Administrativo Federal.“ (Paréntesis no en original)

[43]--Al respecto, Schnapp, *Grenzen der Grundrechte*, en: *JuS* 1978, 729 (735); otras referencias Jarass, en: *Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 45 ff.* Criterio opuesto Bethge, en: *Sachs (Editor) Grundgesetz, Art. 5, Rdnr. 176*: „Dicha argumentación no puede ser aplicada a los derechos fundamentales con reserva de limitación, en razón de que las reservas que los mismos establecen *expressis verbis* a favor del orden estatal de la sociedad son suficientes y excluyentes.“ Más referencias en *Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*,

Fn. 18-19

[44]--Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 77. Con respecto a la diferencia y evolución frente a todas las teorías de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, véase, Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 146: „La cuestión de que se trata y que está sometido a la evaluación constitucional es el problema de la concordancia de varias zonas de derechos constitucionales, las cuales a pesar de estar orientadas en forma primaria y exclusiva frente al Estado y de producir efectos verticales, que por tal motivo no se encuentran entre sí desligadas por completo, sino a pesar de ello, o mejor dicho justamente en razón de esa dimensión frente al Estado, se encuentran al mismo tiempo relacionadas entre sí y por ello deben ser necesariamente separadas y delimitadas entre sí, y al efecto, justamente en su condición de posiciones de derechos fundamentales.“

[45]--En tal sentido, la definición de Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, 21

[46]--Al igual que en la doctrina, véase Lerche, *Buchbesprechung*, en: *DÖV* 1965, 212 (213): „Si se libera el sistema de limitaciones de la Constitución de las coincidencias y de las fórmulas demasiado simples, entonces es muy comprensible que para la exclusión de perturbador se realice una afectación ‘en’ sus derechos...“

[47]--Véase Leisner, *Die verfassungsrechtliche Freiheit und ihre Begrenzung* (Publicado por primera vez en 1961), en: Isensee (Editor) *Staat*, quien define la problemática de la libertad como „equilibrio entre las tendencias expansionistas de dos esferas de comportamiento humano “ (625), y al finalizar: „La fórmula debe rezar: la mayor libertad posible de todas las partes y su realización.“ (641); Ossenbühl, *Abwägung im Verfassungsrecht im Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe*, 28: „En ese ámbito tiene la ponderación de bienes, sin duda alguna, su principal campo de aplicación.“

[48]--BVerfGE 39, 1 (42)

[49]--BVerfGE 43, 130 (139)

[50]--BVerfGE 67, 213 (228)

[51]--Pieroth/Schlink, GrundR, Rdnr. 318; el mismo criterio es sostenido por: Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2, 644

[52]--Véase Müller, Die Positivität der Grundrechte, 64; el mismo: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 56; el mismo.: Noch einmal: Die Grundrechte des Grundgesetzes, en: JuS 1981, 643 ff. En definitiva también Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, en: JuS 1981, 237 (245 ff.); coincidente Zöbeley, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis, en: NJW 1985, 254 (257)

[53]--Con ello no se ha solucionado la problemática, con la simple exclusión de la conducta del ámbito de aplicación de la libertad de arte. Más bien, sólo se traslada el problema al ámbito de protección del derecho a la libertad general de actuación, el cual es aplicable subsidiariamente. Coinciden en tal criterio Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, en: JuS 1981, 237 (245 ff.)

[54]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 284 f.; coincidente Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 179. Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2., 19; 59

[55]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 285

[56]--Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Hrs.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 456

[57]--Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Hrs.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 456

[58]--Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Hrs.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 457 bajo referencia a Bettermann, Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, en: JZ 1964, 601 (604): „Las leyes generales, en el sentido del Art. 5 aparte II de la Ley Fundamental, son aquellas leyes cuya inobservancia o no aplicación sobre los titulares o ante el ejercicio de los

derechos fundamentales a que se refiere el aparte I podría conllevar a un privilegio de tales titulares o de tales comportamientos.“

[59]--Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Coord.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 458; Crítico Alexy, Theorie der Grundrechte, 288: „Si una ley no afecta el ámbito de protección de un derecho determinado, entonces es con respecto al mismo una ley general y si es general para un derecho determinado entonces no le afecta en su ámbito de protección.“

[60]--Rüfner, Grundrechtskonflikte, en: Stark (Hrs.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 460. En criterio de Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, en: JuS 1981, 237 (245 ff.) no podría „justificarse tal forma de pensar ni con la intención del constituyente ni con la razón de la tradición de los derechos humanos “; el mismo, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 279: „Todas las conductas que tradicionalmente se encuentran bajo sanción penal y que son evidentemente dañinas para la sociedad se podrían excluir del contenido del derecho a la libertad general de actuación “; v. Münch in: v. Münch/Kunig (Editor) GGK I, Vorb. Art. 1-19 Rdnr. 45. En definitiva también Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, en: Badura/Dreier (Editor) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 17

[61]--Murswiek, en: Sachs (Editor) Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rdnr. 53: „A diferencia de las garantías especiales de la libertad la circunstancia de que una conducta esté comprendida dentro del derecho a la libertad general de actuación no se encuentra vinculada a una valoración positiva.“

[62]--BVerfGE 67, 213 (228); con más referencias para la libertad de arte véase Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 147

[63]--Jarass, en: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rdnr. 88

[64]--BVerfGE 15, 223 (225): „Tomando en cuenta el derecho fundamental a la libertad de prensa, se requiere ante toda medida en el proceso penal, que intervenga en ese ámbito de la prensa, una ponderación entre los requerimientos de la libre prensa y de

aquellos de la justicia penal.“ Crítico Bettermann, Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, en: JZ 1964, 601 (602), quien también rechaza la tesis de Smend: „Y mientras Smend le concedía mayor rango a la libertad de opinión frente a los bienes y valores de la ‘sociedad’ – de allí ‘leyes’ generales –, el Tribunal Constitucional Federal compara la libertad de opinión de un ciudadano con los ‘intereses dignos de protección de los demás’, los cuales podrían ser lesionados por el ejercicio de la libertad de opinión.“

[65]--En tan sentido Pieroth/Schlink, GrundR, Rdnr. 318

[66]--Véase Alexy, Theorie der Grundrechte, 110: „Un análisis aislado de la causa de la limitación puede conducir a algunas informaciones sobre la misma, pero no a una respuesta bien fundamentada a la interrogante de si dicha causa es de peso suficiente, como para producir la limitación de algo igualmente importante, como lo es un derecho fundamental.“

[67]--Esta consecuencia es reconocida por Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff en: HStR V, § 121 Fn. 29; véase también Dreier, en: Ders. (Editor) Grundgesetz-Kommentar, Vorb., Rdnr. 79

[68]--Sin embargo, en tal sentido Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Editor) Festschrift für Sendler, 57: „A nivel de los elementos constitutivo del derecho se determina el alcance del derecho a través de delimitación y a nivel de la imposiciones de limitaciones, a través de la ponderación. La delimitación puede arrojar interrogantes complejas, pero la misma sólo puede realizarse a través de criterios generales y justificados según la materia, mientras que para la ponderación hasta hoy no han sido encontrados criterios generales con consistencia práctica y teórica; la ponderación permanece en fuerte dependencia con la intuición y los prejuicios de la instancia que la realiza.“ Con respecto a la crítica de la ponderación, véase Roellecke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, en: Stark (Editor) Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichtes, 27 ff.; Müller, Juristische Methodik, 71

[69]--BVerfGE 39, 1 (43)

[70]--Con respecto a las condiciones objetivas de admisión para optar al estudio de una profesión, BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil)

[71]--Die La libertad de actuación nunca puede comprender la facultad de „intervenir en la esfera jurídicamente protegida de otros sin justificación alguna“ (BVerfGE 39, 1 (43)). Sin embargo, el Tribunal entró a determinar sí era posible alcanzar un equilibrio y sólo luego de una ponderación de los bienes en conflicto decidió en contra de la libertad de actuación.

[72]--BVerfGE 19, 342 (349); véase también la redacción de BVerfGE 28, 243 (261): „La norma más débil sólo puede ser limitada en la medida en que sea lógica y sistemáticamente necesario; su contenido de valor fundamental debe ser respetado en todo caso.“

[73]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 82: „El principio P1 tiene en el caso concreto un mayor peso que el principio contrario P2, cuando existen motivos suficientes para considerar que P1 bajo las condiciones imperantes en el caso concreto C prevalece frente a P2.“ Coincidente: Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht Symposium Werner Hoppe, 30

[74]--Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 53 ff.

[75]--Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 53 ff.

[76]-- Queda por resolver la cuestión de si la garantía de la propiedad constituye una excepción a esta regla.

[77]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 286; Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, en: DÖV 2002, 673 (681)

[78]--Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, en: NJW 1990,

1937 (1942); Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, en: DVBl. 1994, 80

[79]--Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, en: NJW 1990, 1937 (1942)

[80]-- BVerfGE 51, 324 (345), Alexy, Theorie der Grundrechte, 82; BVerfGE 35, 202 (225): Lebach; BVerfGE 57, 70 (99)

[81]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 82

[82]--Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 273 ff.

[83]-- Lerche, Grundrechtsschranken in: Isensee/Kirchhof (Editor) HStR V, § 122 Fn. 3 ff.

[84]--BVerfGE 35, 202 (205): Lebach; BVerfGE 28, 243 (261) En ese sentido, Borchardt, Bundesrepublik Deutschland, en: Grabitz (Editor) Grundrechte in Europa und in USA, 173

[85]--Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 72; vgl. BVerfGE 81, 278 (292):

[86]--BVerfG 25.02.1975, BVerfGE 39, 1 (43)

[87]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 75 f.

[88]--Alexy, Theorie der Grundrechte, Fn. 23

[89]--Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, en: DÖV 2002, 673 (681)

[90]--Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 72; vgl. BVerfGE 77, 240 (253); BVerfGE 81, 278 (292)

[91]--Alexy, Theorie der Grundrechte, 86

