

ROBERT ALEXY

TEORIA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1993

Colección: "El Derecho y la justicia"
Dirigida por Elías Díaz

Título original:

THEORIE DER GRUNDRECHTE

Suhrkamp-Verlag 1986

Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés

Revisión: Ruth Zimmerling

*Para
Georg Corbin
y
Julia*

Reservados todos los derechos
© Centro de Estudios Constitucionales
NIPO: 005-93-015-8
ISBN: 84-259-0939-2
Depósito legal: M. 23.554-1993
Imprenta Fareso, S. A.
Paseo de la Dirección, 5. 28039 Madrid

INDICE

	<i>Página</i>
Prólogo	19
Introducción	21

CAPITULO PRIMERO

OBJETO Y TAREA DE UNA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. El concepto de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental	27
1. <i>La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	28
2. <i>La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	29
3. <i>La teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	34
II. La teoría de los derechos fundamentales y las teorías de los derechos fundamentales	35
III. La teoría de los derechos fundamentales como teoría estructural	39

INDICE

	<i>Pags.</i>
Prólogo	19
Introducción	21

CAPITULO PRIMERO

OBJETO Y TAREA DE UNA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. El concepto de una teoria jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental	27
1. <i>La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	28
2. <i>La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	29
3. <i>La teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental</i>	34
II. La teoría de los derechos fundamentales y las teorías de los derechos fundamentales	35
III. La teoría de los derechos fundamentales como teoría estructural	39

CAPITULO SEGUNDO
EL CONCEPTO DE NORMA
DE DERECHO FUNDAMENTAL

I. Acerca del concepto de norma	48
1. Sobre la polémica acerca del concepto de norma	49
2. El concepto semántico de norma	50
3. La separación entre las cuestiones semánticas y las de la teoría de la validez	55
4. La vinculación entre las cuestiones semánticas y las de la teoría de la validez	57
5. Aseveraciones de normas e imposiciones de normas.	59

II. La norma de derecho fundamental	62
1. Norma de derecho fundamental y disposición de derecho fundamental	63
2. Normas adscriptas de derecho fundamental	66
3. Acerca de la teoría de la norma de derecho fundamental de Fr. Muller	73

CAPITULO TERCERO
LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS
DE DERECHO FUNDAMENTAL

I. Reglas y principios	81
1. Criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios	82
2. Los principios como mandato de optimización	86
3. Colisiones de principios y conflictos de reglas	87
3.1. El conflicto de reglas	88
3.2. La colisión de principios	89
3.2.1. La ley de colisión	90
3.2.2. Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscriptas	95

4. El diferente carácter <i>prima facie</i> de reglas y principios	98
5. Reglas y principios como razones	101
6. Generalidad y principios	103
7. Tres objeciones en contra del concepto de principio.	104
7.1. La invalidez de los principios	105
7.2. Principios absolutos	105
7.3. La amplitud del concepto de principio	109
8. La teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad	111
II. Tres modelos	115
1. El modelo puro de principios	115
2. El modelo puro de reglas	118
2.1. Derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna	119
2.2. Derechos fundamentales con reserva simple ...	124
2.3. Derechos fundamentales con reserva calificada	126
3. El modelo regla/principios	129
3.1. El nivel de los principios	130
3.2. El nivel de las reglas	133
3.3. El carácter doble de las normas de derecho fundamental	135
III. La teoría de los principios y la teoría de los valores	138
1. Principio y valor	138
1.1. Conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos	139
1.2. Acerca del concepto de valor	141
1.2.1. Juicios de valor clasificatorios, comparativos y métricos	142

	<i>Págs.</i>
1.2.2. Los valores como criterios de valoración	143
1.3. La diferencia entre principios y valores	147
2. Objetiones en contra de las teorías de los principios y de los valores	147
2.1. Objetiones filosóficas	149
2.2. Objetiones metodológicas	152
2.2.1. El concepto de un orden jerárquico de los valores	152
2.2.2. El concepto de ponderación	157
2.2.2.1. El modelo de decisión y el modelo de fundamentación	158
2.2.2.2. La fundamentación no referida específicamente a la ponderación de enunciados condicionados de preferencia	159
2.2.2.3. La fundamentación referida específicamente a la ponderación	160
2.3. Objetiones dogmáticas	170
 CAPITULO CUARTO	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS	
1. Acerca de la discusión sobre los derechos subjetivos.	173
1. <i>Los derechos subjetivos y las cuestiones normativas.</i>	174
2. <i>Los derechos subjetivos y las cuestiones empíricas.</i>	176
3. <i>Los derechos subjetivos y las cuestiones analíticas.</i>	177
3.1. Norma y posición	177
3.2. Un modelo de tres gradas de los derechos subjetivos	178
3.3. La pluralidad de los derechos subjetivos	183
II. Un sistema de posiciones jurídicas fundamentales	186
1. <i>Derechos a algo</i>	186
1.1. La estructura fundamental del derecho a algo.	186
1.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa)	189
1.1.1.1. Derechos al no impedimento de acciones	189
1.1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones	191
1.1.1.3. Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas	192
1.1.2. Derechos a acciones positivas	194
1.1.2.1. Acerca de la lógica del derecho a algo	197
1.2.1. Las modalidades deonticas básicas ...	197
1.2.2. Derechos a algo como relaciones jurídicas	201
2. <i>Libertades</i>	210
2.1. Acerca del concepto de libertad	210
2.2. Libertades jurídicas	218
2.2.1. Libertades no protegidas	219
2.2.1.1. Libertades no protegidas personal y objetivamente absolutas y relativas	220

	<i>Págs.</i>
2.2.1.2. La libertad no protegida como mera negación del deber ser	221
2.2.1.3. Normas permisivas de derecho fundamental	222
2.2.2. Libertades protegidas	224
2.2.2.1. Sobre la estructura básica de la protección	225
2.2.2.2. Acerca de la protección de libertades iusfundamentales	225
3. Competencias	227
3.1. Cuestiones terminológicas	227
3.2. Competencia y permisión	228
3.3. Competencia y poder fáctico	230
3.4. Ejercicios de competencia como acciones institucionales	231
3.5. Competencia, sujeción, no-competencia, no-sujeción	234
3.6. Derechos fundamentales y competencias	236
3.6.1. Competencias del ciudadano	236
3.6.2. Competencias del Estado	239
III. El derecho fundamental como un todo	240

CAPITULO QUINTO

DERECHO FUNDAMENTAL Y STATUS

I. La teoría del status de Jellinek	247
1. <i>El status pasivo</i>	249
2. <i>El status negativo</i>	251
3. <i>El status positivo</i>	256
4. <i>El status activo</i>	260
II. Acerca de la crítica a la teoría del status de Jellinek...	261

CAPITULO SEXTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS RESTRICCIONES

	<i>Págs.</i>
I. Concepto y tipos de restricción de los derechos fundamentales	267
1. <i>La posibilidad lógica de la restricción de derechos fundamentales</i>	267
2. <i>El concepto de restricción de los derechos fundamentales</i>	272
3. <i>Tipos de restricciones de los derechos fundamentales</i>	276
3.1. Restricciones directamente constitucionales...	277
3.2. Restricciones indirectamente constitucionales	282
4. <i>Acerca de la garantía del contenido esencial como restricción a las restricciones</i>	286
II. El supuesto de hecho de derecho fundamental y la restricción de los derechos fundamentales	292
1. <i>Ambito protegido y supuesto de hecho</i>	292
2. <i>Teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho</i> ...	298
2.1. Teorías estrechas del supuesto de hecho	300
2.1.1. La teoría del alcance concreto de Fr. Müller	300
2.1.2. La delimitación del supuesto de hecho sobre la base de leyes generales.	306
2.2. Una teoría amplia del supuesto de hecho	311
III. Restricción y configuración	321

	<i>Págs.</i>		<i>Págs.</i>
CAPITULO SEPTIMO		CAPITULO OCTAVO	
EL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD			
I. El concepto del derecho general de libertad	331	I. Igualdad en la aplicación y en la formulación del derecho	381
II. Una concepción formal-material del derecho general de libertad	335	II. La estructura del mandato de igualdad en la formulación del derecho	384
1. <i>La objeción de la falta de contenido</i>	336	III. Las fórmulas del Tribunal Constitucional Federal	388
1.1. La tesis de la no tipicidad	336	IV. Tratamiento igual y desigual	395
1.2. La tesis de la falta de substancia	338	1. <i>El mandato de tratamiento igual</i>	395
2. <i>La vinculación entre principios formales y materiales</i>	343	2. <i>El mandato de tratamiento desigual</i>	396
III. Esferas de protección y derechos de libertad tácitos	349	V. La máxima de igualdad y la valoración	398
1. <i>La teoría de las esferas</i>	349	VI. Igualdad de iure e igualdad de hecho	402
2. <i>Los derechos de libertad tácitos</i>	353	1. <i>Acercade los conceptos de la igualdad de iure e igualdad de hecho</i>	402
2.1. Derechos referidos a la acción	354	2. <i>Los principios de la igualdad de iure y de la igualdad de hecho</i>	403
2.2. Derechos referidos a situaciones	356	3. <i>Acercade del papel del principio de la igualdad de hecho</i>	406
IV. Problemas del derecho general de libertad	358	VII. La estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos	415
1. <i>Derecho general de libertad y garantías puntuales</i>	359		
2. <i>El derecho general de libertad y el sistema de derechos fundamentales</i>	361		
3. <i>El derecho general de libertad y el "individuo atulado"</i>	365		
4. <i>El derecho general de libertad y otras normas constitucionales</i>	369		
4.1 Normas de competencia	370		
4.2 Normas iusfundamentales	373		
CAPITULO NOVENO			
DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO (PRESTACIONES EN SENTIDO AMPLIO)			
I. Conceptos básicos y concepción básica	419		
1. <i>El texto constitucional y su génesis</i>	420		

	<i>Págs.</i>
2. <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal</i>	421
3. <i>El carácter de la polémica sobre los derechos a prestaciones</i>	426
4. <i>Concepto y división de los derechos a prestaciones</i>	427
5. <i>Idea rectora</i>	432
 II. Derechos a protección	
1. <i>El concepto del derecho a protección</i>	435
2. <i>La Existencia de derechos a protección</i>	436
2.1. Derecho subjetivo o (mera) norma objetiva?	437
2.2. Defensa y protección	441
3. <i>La estructura y justiciabilidad de los derechos a protección</i>	446
 III. Derechos a organización y procedimiento	
1. <i>El estado de la discusión</i>	454
2. <i>El concepto del derecho a organización y procedimiento</i>	456
3. <i>Acercada del problema de la existencia</i>	459
4. <i>Derechos procedimentales y teoría del status</i>	461
4.1. Derechos procedimentales y status negativo	461
4.2. Derechos procedimentales y status activo	463
5. <i>Tipos de derechos de organización y procedimiento</i>	467
5.1. Competencias de derecho privado	468
5.2. Procedimientos judiciales y administrativos (procedimientos en sentido estricto)	472
5.3. La organización en sentido estricto	474
5.4. Formación de la voluntad estatal	481
 IV. Derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales fundamentales)	
1. <i>Concepto y estructura</i>	482

	<i>Págs.</i>
2. <i>Acerca de los argumentos en pro y en contra de los derechos sociales fundamentales</i>	486
3. <i>Un modelo de derechos fundamentales sociales</i>	494
 CAPITULO DECIMO	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURIDICO	
 I. La fundamentalidad de las normas iusfundamentales	
	503
 II. Efecto en terceros o efecto horizontal	
1. <i>Acerca de la tesis de la irradiación</i>	507
2. <i>Acerca de la construcción del efecto en terceros</i>	510
2.1. La equivalencia de resultado de las construcciones	511
2.2. Un modelo de tres niveles del efecto en terceros	515
 III. Sistema jurídico y argumentación iusfundamental	
1. <i>Los derechos fundamentales y el carácter del sistema jurídico</i>	524
2. <i>Acercada del problema de la competencia de control del Tribunal Constitucional</i>	526
3. <i>Argumentación y decisión</i>	529
3.1. Acerca de la teoría general de la argumentación jurídica	529
3.2. Las bases de la argumentación iusfundamental	532
3.2.1. Texto y voluntad	533
3.2.2. Los precedentes	535
3.2.3. Las teorías materiales de los derechos fundamentales	540

	<i>Págs.</i>
3.3. El proceso de la argumentación iusfundamental	553
BIBLIOGRAFIA	555
INDICE TEMATICO	603

Prólogo

La presente investigación fue presentada como trabajo de habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Georg August de Gotinga. Quisiera expresar mi agradecimiento al profesor Dr. Ralf Dreier, quien propiciara la redacción de este trabajo y la acompañara críticamente, al juez del Tribunal Constitucional Federal profesor Dr. Hans H. Klein y al profesor Dr. Christian Starck y, desde luego, a mi esposa por sus múltiples apoyos.

Gotinga, noviembre de 1985
ROBERT ALEXY

Introducción

Las cuestiones acerca de cuáles derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es lo que exige la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes. Se convierten en problemas jurídicos cuando una Constitución —como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LF)— somete la legislación, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a las normas de los derechos fundamentales, en tanto derecho de vigencia inmediata y ejerce un amplio control al respecto a través de un Tribunal Constitutional.

Cuando se trata de un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico de los mismos es, por lo pronto, un problema de la interpretación de formulaciones del derecho positivo dotadas de autoridad. En este punto, no se diferencia de los problemas de interpretación con los que se enfrenta la jurisprudencia en general. Desde luego, si se echa una mirada a la discusión sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se percibe que la polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter en virtud de su positivización como derecho de vigencia inmediata, pero no por eso pierde en agudeza y profundidad.

Una razón para que ello sea así reside en la —a menudo descripta— vaguedad de las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales. Así, se habla de "fórmulas lapidarias y de disposiciones de

principios que carecen en sí mismas de univocidad de contenido¹, de "frases programáticas"², de una "aglomeración de cláusulas generales y conceptos-plastilina"³, de la falta de "independencia conceptual"⁴, de "fórmulas vacías bajo las cuales pueden ser subsumidos cualesquiera estados de cosas"⁵. Ciertamente, hay que distinguir, en cada caso, entre aquellas disposiciones sobre derechos fundamentales que son muy vagas y las que lo son menos⁶ pero, en general, es verdad que el catálogo de derechos fundamentales, conjuntamente con las demás regulaciones materiales de la Constitución —sobre todo las disposiciones que se refieren a los fines y estructura del Estado— constituyen, en el sistema jurídico de la República Federal de Alemania, la "obra de regulación con la menor densidad regulativa"⁷.

Desde luego, la vaguedad en tanto tal no es una explicación suficiente de la intensidad de las discusiones acerca de los derechos fundamentales. Una normación, por más vaga que sea, si cuenta con un amplio consenso con respecto a la materia que regula, no provoca mayores discusiones. Pero, si a la vaguedad se suma un profundo disenso acerca de los objetivos de la regulación, entonces está ya abonado el terreno para una amplia polémica. Justamente esto es lo que sucede en el caso de los derechos fundamentales. El catálogo de derechos fundamentales regula de una manera extremadamente vaga cuestiones en parte sumamente discutidas de la estructura normativa

E. W. Bockenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" en *N/JW* 1974, pág. 1529; cfr., además, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a edición, Berlin 1976, pág. 197, quien habla de "cláusulas generales lapidarias".

H. Huber, "Über die Konkretisierung der Grundrechte" en *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für M. Imboden*, editado por P. Saladin/L. Wildhuber, Basilea/Stuttgart 1972, pág. 197.

R. Dreier, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation" en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie*, Francfort del Meno 1981, pág. 112.

W. Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübinga 1984, pág. 5.

K. D. Opp, *Soziologie im Recht*, Reinbek 1973, págs. 124, 232. Con respecto a la tesis de la fórmula vacía, cfr., además, E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 1, Reinbek 1973, págs. 25 ss., 117; E. Topitsch, "Die Menschenrechte" en *JZ* 1963, pág. 3 ss.; G. Degenkolbe, "Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln" en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialphilosophie* 17 (1965), pág. 327 ss.

Sólo más adelante interesaría el hecho que no sólo hay que distinguir entre disposiciones sobre derechos fundamentales más o menos vagas sino también entre diferentes tipos de vaguedad.

O. Bachof, "Diskussionsbeitrag" en *VVDSiRL* 39 (1981), pág. 175.

básica del Estado y la sociedad. Esto se percibe con especial claridad en el caso de los conceptos de los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales de la democracia, del Estado de derecho y del Estado social, se obtiene un sistema de conceptos que abarca las fórmulas centrales del derecho racional moderno⁸, complementado con el principio del Estado social que expresa las exigencias de los movimientos sociales de los siglos diecinueve y veinte. Estos siguen siendo conceptos fundamentales de la filosofía política. Al mismo tiempo, en la polémica de las ideologías, sirven como armas semánticas. La expresión "lucha por la Ley Fundamental" puede ser referida, sobre todo, a ellos⁹.

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno mordaz de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones. El hecho de que, en gran medida, tal no sea el caso se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de posibilidades que otorga el texto constitucional. Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales —no obstante la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal¹⁰— se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.

Por cierto, la cada vez más densa red de precedentes le ha proporcionado a la polémica acerca de los derechos fundamentales¹¹ puntos fijos, pero no ha logrado restarle vivacidad. Esto no se debe sólo al gran número de viejas cuestiones no solucionadas y a las nuevas que

Cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 124. En tanto fórmulas centrales del derecho racional moderno, los conceptos expuestos se basan, a su vez, en tradiciones más antiguas. Cfr., por ejemplo, C. Starek, "Menschenwürde als Verfassungsgarantie" en Lombardi Vallauri/G. Dilcher (comps.), *Christentum. Säkularisierung und modernes Recht*, Baden Baden/Milán 1982, pág. 814 ss., quien habla de la "chispa inicial bíblico-antigua de la idea de la dignidad humana".

Cfr. P. Römer (comp.), *Der Kampf um das Grundgesetz*, Francfort del Meno 1977; M. Kriele, "Das Grundgesetz im Parteienkampf" en del mismo autor, *Legitimationssprobleme der Bundesrepublik*, Munich 1977, pag. 131 ss.

¹⁰ Cfr. *infra* capítulo 10, III, 3.2.3.

¹¹ Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 7, 198 (205).

continuamente se añaden y tampoco al hecho de que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal pueden ser puestas en duda por la ciencia de los derechos fundamentales, sino al hecho de que justamente el Tribunal Constitucional Federal, con sus manifestaciones generales y, a menudo, ambiguas, provoca reiteradamente discusiones sobre los derechos fundamentales. Ejemplos al respecto son las tesis del Tribunal acerca de un orden valorativo objetivo establecido en la sección sobre derechos fundamentales, su afirmación de la prioridad de los hábitos políticos de libertad frente a aquéllos que responden exclusivamente a intereses privados¹², su interpretación de las disposiciones sobre derechos fundamentales como garantía de "libertades institucionales"¹³, su suposición de que las normas sobre derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protección y hasta el deber de sancionar¹⁴, sus consideraciones acerca de derechos a prestaciones que deben asegurar los presupuestos reales del ejercicio de los derechos de libertad¹⁵, y el recientemente cada vez más subrayado contenido jurídico-procesal de los derechos fundamentales¹⁶. Estos ejemplos muestran que, en el cuadro que el Tribunal Constitucional Federal traza de los derechos fundamentales, se entremezclan múltiples aspectos. Prácticamente cualquier posición que se adopte en la polémica acerca de los derechos fundamentales puede invocar en su favor alguna decisión y/o toma de posición básica del Tribunal Constitucional Federal. Aun cuando en las discusiones sobre derechos fundamentales se tratara únicamente de las decisiones hasta ahora adoptadas por el Tribunal, sería siempre posible sostener concepciones muy diferentes en numerosas cuestiones. A la vaguedad de la normación de los derechos fundamentales se suma, pues, la vaguedad de la jurisprudencia sobre los mismos. Ciertamente, la jurisprudencia ha reducido en algo la vaguedad de la normación de los derechos fundamentales pero, en ningún caso, puede decirse que la haya eliminado.

Ante esta situación, la ciencia de los derechos fundamentales se ve confrontada con la tarea de dar respuestas razonablemente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales. La presente teoría de los derechos fundamentales intenta contribuir al cumplimiento de esta tarea. Sobre su contenido y carácter informa el

¹² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 7, 198 (212); 42, 163 (170).

¹³ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 12, 205 (264); 31, 314 (326).

¹⁴ BVerfGE 39, 1 (41 s.).

¹⁵ Cfr. BVerfGE 33, 303 (331 ss.).

¹⁶ Cfr. BVerfGE 37, 132 (148); 45, 297 (322); 48, 292 (297 s.); 51, 150 (156).

primer capítulo que, por ello, puede ser leído como una continuación de la Introducción. Aquí cabe tan sólo señalar que se trata de una teoría jurídica, es decir, de una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. No se trata, pues, de una filosofía de los derechos fundamentales independiente del derecho positivo ni tampoco de una teoría sociológica, histórica o políticología. Lo que aquí puede esperarse puede ser caracterizado —utilizando una terminología tradicional— como la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales. Su base la constituyen la teoría de los principios expuesta en el tercer capítulo y la teoría de las posiciones jurídicas básicas elaborada en el cuarto capítulo. La teoría de los principios es una axiología exenta de suposiciones insostenibles. Habrá que mostrar que no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios. Por ello, uno de los objetivos de esta investigación es la rehabilitación de la tantas veces criticada axiología de los derechos fundamentales. La teoría de las posiciones jurídicas básicas remite las múltiples relaciones iusfundamentales a posiciones y relaciones de tipo elemental y, de esta manera, permite construirlas exactamente, lo que es un presupuesto necesario de una dogmática clara de los derechos fundamentales. Sigue aquí el espíritu de la teoría del status de Jellinek que, con su ayuda, será precisada y afinada. Sobre la base de la teoría de los principios y de las posiciones, se considerarán algunos problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, es decir, la teoría del supuesto de hecho (*Tatbestand*) y la teoría de las restricciones, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad, los derechos a la protección y a la organización, al debido proceso judicial, los derechos sociales fundamentales y el efecto en terceros o efecto horizontal. El capítulo final está dedicado al papel de los derechos fundamentales y de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico, como así también a la argumentación y decisión acerca de derechos fundamentales. Aquí habrá que mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que rigen para todos los poderes del Estado, constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.

Es obvio que, dada la gran cantidad de cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales, aquí pueden ser tratadas sólo algunas de ellas. Si se logra darles una respuesta correcta, es de esperar que ésta sea también útil para la solución de los problemas que aquí no han sido considerados.

Capítulo primero

Objeto y tarea de una teoría de los derechos fundamentales

I. EL CONCEPTO DE UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales¹, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación², y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social³ son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los

¹ Cfr., por ejemplo, los trabajos reunidos en R. Schnur (comp.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, especialmente los de G. Jellinek y E. Boutmy.

² De la época reciente cfr., por ejemplo, J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass. 1971, por una parte, y R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York 1974, por otra.

³ Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2a edición, Berlin 1974.

derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*; segundo, es una teoría jurídica y, tercero, una teoría general.

1. La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania.

El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental⁴. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas resulta, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales, es decir, de una teoría formal general de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales. Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teórico-jurídicos y, por otra, contribuir a ellos a través del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

⁴ Con respecto a estas formas de interpretación, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 293 s.

2. La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, jurídica⁵. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente es practicado como ciencia del derecho y es designado como "dogmática jurídica" o "jurisprudencia", es decir, la ciencia del derecho en sentido estricto y propiamente dicho⁶. En este caso, es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa⁷.

Con respecto al concepto de la dogmática jurídica, cfr. F. J. Thul, "Die Denkform der Rechtsdogmatik", en *ARSP* 46 (1960), págs. 241 ss.; Th. Viehweg, "Zwei Rechtsdogmatiken" en U. Klug (comp.), *Philosophie und Recht. Festschr. für C. A. Emge*, Wiesbaden 1960, págs. 106 ss.; L. Raisser, "Wozu Rechtsdogmatik?", en *DRiZ* 1968, pag. 98; Fr. Wieacker, "Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik" en R. Bubner K. Cramer R. Wiehl (comps.), *Hermeneutik und Dialektik. Festschr. für H. G. Gadamer*, tomo 2, Tübinga 1970, págs. 311 ss.; J. Esser, "Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht" en *AcP* 172 (1972), págs. 97 ss.; del mismo autor, "Dogmatik zwischen Theorie und Praxis" en F. Baur et al. (comps.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschr. für L. Ratscher*, Tübinga 1974, págs. 517 ss.; K. Adomeit, "Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik" en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 503 ss.; H. Albert, "Erkenntnis und Recht" en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 80 ss.; S. Simitis, "Die Bedeutung von System und Dogmatik" en *AcP* 172 (1972), págs. 131 ss.; W. Krawietz, "Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?" en *OZoR* 23 (1972), págs. 47 ss.; U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübinga 1973; D. de Lazzer, "Rechtsdogmatik als Kompromissformular" en R. Dubischar et al. (comps.), *Dogmatik und Methode. Festschr. für J. Esser*, Kronberg 1975, págs. 85 ss.; G. Struck, "Dogmatische Diskussionen über Dogmatik" en *JZ* 1975, págs. 84 ss.; E. v. Savigny U. Neumann J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich 1976; R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 51 ss., 85 ss., 109 ss.

⁵ Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8a edición, Stuttgart 1973, págs. 205 ss.

⁶ Con respecto a la tesis de la tridimensionalidad, cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 10 ss., 51 ss., 88 s.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 308 ss. Aquí la tesis de la tridimensionalidad es referida a la dogmática jurídica. Para su utilización en el marco de la distinción entre teoría del derecho, sociología del derecho y filosofía del derecho, cfr. H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo Munich 1981, págs. 13 ss., quien, por lo demás, dentro del marco de la dogmática jurídica establece la misma distinción propuesta aquí (loc. cit. págs. 16 s.). Cfr., además, M. Rehbinder, *Rechtssoziologie*, Berlin

derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*; segundo, es una teoría jurídica y, tercero, una teoría general.

1. La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania.

El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental⁴. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas resulta, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales, es decir, de una teoría formal general de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales. Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teórico-jurídicos y, por otra, contribuir a ellos a través del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

⁴ Con respecto a estas formas de interpretación, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 293 s.

2. La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, jurídica⁵. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente es practicado como ciencia del derecho y es designado como "dogmática jurídica" o "jurisprudencia", es decir, la ciencia del derecho en sentido estricto y propiamente dicho⁶. En este caso, es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa⁷.

Con respecto al concepto de la dogmática jurídica, cfr. F. J. Thul, "Die Denkform der Rechtsdogmatik" en *ARSP* 46 (1960), págs. 241 ss.; Th. Vichweg, "Zwei Rechtsdogmatiken" en U. Klug (comp.), *Philosophie und Recht. Festschr. für C. A. Emge*, Wiesbaden 1960, págs. 106 ss.; L. Raiser, "Wozu Rechtsdogmatik?" en *DRIZ* 1968, pág. 98; Fr. Wieacker, "Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik" en R. Bubner K. Cramer R. Wiehl (comps.), *Hermeneutik und Dialektik. Festschr. für H. G. Gadamer*, tomo 2, Tübinga 1970, págs. 311 ss.; J. Esser, "Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht" en *AcP* 172 (1972), págs. 97 ss.; del mismo autor, "Dogmatik zwischen Theorie und Praxis" en F. Baur et al. (comps.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschr. für L. Raiser*, Tübinga 1974, págs. 517 ss.; K. Adomeit, "Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik" en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 503 ss.; H. Albert, "Erkenntnis und Recht" en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 80 ss.; S. Simitis, "Die Bedeutung von System und Dogmatik" en *AcP* 172 (1972), págs. 131 ss.; W. Krawietz, "Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?" en *OZOK* 23 (1972), págs. 47 ss.; U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübinga 1973; D. de Lazzer, "Rechtsdogmatik als Kompromissformular" en R. Dubischar et al. (comps.), *Dogmatik und Methode. Festschr. für J. Esser*, Kronberg 1975, págs. 85 ss.; G. Struck, "Dogmatische Diskussionen über Dogmatik" en *JZ* 1975, págs. 84 ss.; E. v. Savigny U. Neumann J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich 1976; R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 51 ss., 85 ss., 109 ss.

⁵ Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8a edición. Stuttgart 1973, págs. 205 ss.

Con respecto a la tesis de la tridimensionalidad, cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 10 ss., 51 ss., 88 s.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 308 ss. Aquí la tesis de la tridimensionalidad es referida a la dogmática jurídica. Para su utilización en el marco de la distinción entre teoría del derecho, sociología del derecho y filosofía del derecho, cfr. H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo Munich 1981, págs. 13 ss., quien, por lo demás, dentro del marco de la dogmática jurídica establece la misma distinción propuesta aquí (loc. cit. págs. 16 s.). Cfr., además, M. Rehbinder, *Rechtssoziologie*, Berlin

Dicho brevemente, en la dimensión *analítica* de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble significado: primero, con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, con relación a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuenciales¹¹. Aquí habrá de interesar sólo lo primero¹².

Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivamente válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata tan sólo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, la eficacia del derecho, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial, es objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la

Nueva York 1977, págs. 5 ss., quien aplica la tridimensionalidad a la distinción entre filosofía jurídica, dogmática jurídica y sociología jurídica.

¹¹ Cfr. al respecto K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich 1971; G. Winters, "Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung" en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 171 ss.; C. Starck, "Empirie in der Rechtsdogmatik" en *JZ* 1972, págs. 609 ss.; H. Rothleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort del Meno 1973, págs. 205 ss.

¹² Cfr. H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982, págs. 227 ss.; Th. W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Kronstein 1979.

¹³ De lo que se trata es, pues, de una "teoría del derecho puramente empírica" en el sentido de Kant; cfr. *Metaphysik der Sitten en Kant's gesammelte Schriften* editadas por la Academia Real Prusiana de Ciencias, tomo VI, Berlin 1907/14, pág. 230.

¹⁴ Cfr., a guisa de ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a edición Viena 1960, págs. 212 ss.

dimensión empírica no se limita a los conceptos de derecho y de validez del positivismo jurídico. Las razones para que ello sea así pueden apreciarse fácilmente, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Debido a la vaguedad de su normación, poco es lo que se gana tan sólo con el conocimiento del derecho legislado. Aun quien sostenga una concepción iuspositivista del concepto y de la validez del derecho, cuando, como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o cuando, como abogado, asesora a un cliente en cuestiones de derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Aquí puede dejarse de lado la cuestión de saber cómo ha de ser construido esto en cada caso desde el punto de vista de las teorías de la validez y de las fuentes del derecho¹³. Basta constatar que existe un concepto amplio del conocimiento del derecho positivamente válido que no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas.

La caracterización de la segunda dimensión como "empírica" no dice que el conocimiento del derecho positivamente válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Es un lugar común afirmar que de la sola constatación de que un número de personas reunidas en una sala primero hablan y luego levantan la mano no puede inferirse la existencia de un derecho válido, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta expresión¹⁴. Quien, sobre la base de estos hechos¹⁵, quiera formular enunciados sobre el derecho válido tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuentes de derecho¹⁶. Los detalles de este proceso de interpretación son objeto de polémica¹⁷. Lo único que aquí interesa es que su punto de partida son siempre

¹² Cfr. al respecto infra Capítulo 10. III. 3.2.2.

¹³ Cfr. por ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 2 ss.

¹⁴ Se trata de "brute facts" en el sentido de Searle, que deben ser distinguibles de los "institutional facts", de los cuales la sanción de la ley es un ejemplo; cfr. J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, págs. 50 ss.

¹⁵ Cfr. N. MacCormick, "Law as Institutional Fact" en *The Law Quarterly Review* 90 (1974), págs. 102 ss.; O. Weinberger, "Das Recht als institutionelle Tatsache" en *Rechtstheorie* 11 (1980), págs. 427 ss.

¹⁶ Para un modelo del proceso de interpretación, cfr. A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, "Grundlagen der juristischen Argumentation" en W. Krawietz/R. Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín 1983, págs. 13 ss.

hechos en un sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una "dimensión empírica".

En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido; se trata de la orientación y crítica de la *praxis jurídica*, sobre todo de la *praxis de la jurisprudencia judicial*. Para ella es constitutiva la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta cuestión incluye las valoraciones de quien la formula¹⁷. En gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta *racionalmente fundamentada* a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la *fundamentabilidad* racional de los juicios de valor¹⁸. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible¹⁹.

El problema de la *valoración* se plantea, sobre todo, en la interpretación del material dotado de autoridad constatable de manera empírica y cuando se trata de cerrar sus lagunas. En esta medida, se puede hablar de un "problema de complementación". Al problema de complementación, en la medida en que para la identificación del material dotado de autoridad se requieren valoraciones, se añade el *problema de la fundamentación*. En el ámbito del derecho constitucional, el problema de la fundamentación puede ser importante, por ejemplo, dentro del marco de las llamadas normas constitucionales anticonstitucionales²⁰ o en la cuestión vinculada con la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. En última instancia, el problema de la fundamentación está también vinculado con la cuestión de saber por qué se debe obedecer la Constitución²¹, aun cuando

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 17 ss.

¹⁸ Ibídem, págs. 31 ss., 53 ss., 261 ss.

¹⁹ Cfr. infra Capítulo 10. III. 3.1.

²⁰ El problema de la fundamentación se percibe claramente cuando el Tribunal Constitucional Federal afirma que es concebible que el poder judicial que "fundamenta su autoridad no sólo externamente en la Constitución sino —de acuerdo con la esencia de su actividad— en cierta medida en la idea misma del derecho", examina "las normas constitucionales con la pauta del derecho supralegal incorporado y presupuesto en la Constitución" (BVerfGE 3, 225 (235)). Crítico y con numerosos ejemplos. Fr. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, Berlin 1979, págs. 50 ss., 128 ss.

²¹ Cfr. al respecto la teoría de las "underpinning reasons" de MacCormick, en su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, págs. 62 ss., 138 ss., 240 ss., 275 ss.

bajo este aspecto no juegue casi ningún papel en la dogmática de los derechos fundamentales²².

En la historia de la ciencia del derecho —y, más aún, en la de las teorías sobre la ciencia del derecho—, las tres dimensiones suelen tener diferente importancia. Un ejemplo bien claro al respecto es el paso de la jurisprudencia de conceptos, a través de la jurisprudencia de intereses, a la jurisprudencia axiológica²³. Lo que en cada caso es concebido como jurídico en sentido estricto y propiamente dicho depende de cómo se determine la relación de las tres dimensiones. Para lograr una precisión de esta relación, se requiere un criterio superior. Tal es el caso del carácter de la ciencia del derecho en tanto disciplina práctica. La ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina *práctica* porque su pregunta central reza: ¿que es lo debido en los casos reales o imaginados? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez²⁴. Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos pero, significa que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella desde esta perspectiva, por más abstractos que puedan ser, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser²⁵.

Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificante. Si la ciencia del derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular recíprocamente las tres dimensiones. Tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la *vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica*.

²² En este contexto es instructiva la distinción de A. Peczenik entre justificación profunda y justificación suficiente en el contexto jurídico, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York 1983, pág. 1 s.

²³ Cfr. Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a edición Gotinga 1967, págs. 433 ss., 574 ss.

²⁴ Con respecto a la ciencia del derecho como una disciplina práctica en este sentido, cfr. Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2a edición Tübinga 1932, pág. 3; H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959, pág. 23; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 39 ss.

²⁵ Cfr. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a edición Heidelberg 1963, pág. 5.

Las razones por las cuales ello es así son fáciles de comprender. Para poder dar una respuesta a qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivamente válido. El conocimiento del derecho positivamente válido es tarea de la dimensión empírica. El material dotado de autoridad obtenible en la dimensión empírica no basta, en todos los casos más o menos problemáticos, para fundamentar vinculantemente el juicio jurídico concreto de deber ser. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. Presupuesto de la racionalidad de toda ciencia es la claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia²⁶. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuán importante es el papel de la dimensión analítica dentro del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que deseé asumir su tarea de una manera racional.

La vinculación de las tres dimensiones, tomando en cuenta la orientación hacia la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, se define el concepto de la teoría jurídica, entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría inserta en el contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea práctica de la ciencia del derecho.

3. La teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestaciones. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance

²⁶ Con respecto al concepto de coherencia, cfr. N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973; del mismo autor, *Cognitive Systematization*, Oxford 1979; con respecto al papel de la coherencia en la ciencia del derecho, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 176 ss.; A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki 1983, pág. 191; N. MacCormick, "Coherence in Legal Justification" en W. Krawietz/H. Schelsky/G. Winkler A. Schramm (comps.), *Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger*, Berlín 1984, págs. 37 ss.

de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de grado. Así, una teoría centrada en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es, por cierto, una teoría general pero es menos general que una teoría en la que de lo que se trata es de cuestiones que afectan a todos los derechos fundamentales. Es difícil distinguir entre teoría general y particular en el caso de derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, en el caso del derecho general de libertad y del derecho general de igualdad. En estos casos, ya el objeto mismo posee generalidad. Pero también aquí se puede distinguir entre una teoría general de estos derechos en tanto derechos fundamentales de un determinado tipo y una teoría particular que se ocupa de una interpretación de estos derechos referida a problemas singulares.

II. LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TEORIAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integrativa que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan ser formulados en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. A una teoría tal se la puede llamar una "teoría ideal de los derechos fundamentales". Toda teoría fácticamente existente —y, en este sentido, real— de los derechos fundamentales puede ser considerada sólo como una aproximación a este ideal.

La idea de una teoría integrativa está expuesta a dos malentendidos. El primero consiste en creer que el postulado de la vinculación conduciría a una amplia y confusa mezcla de tanto-esto-como-aquello. Justamente lo contrario es lo que se persigue. De lo que se trata es de un sistema ordenado lo más claramente posible de enunciados universales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales. El segundo consiste en sostener que el programa integrativo exige demasiado de la teorización sobre los derechos fundamentales y presenta injustamente a toda teoría existente sobre los derechos fundamentales como insuficiente o carente de valor —a pesar de que sea verdadera o correcta— aduciendo que no es amplia. Sin embargo, tampoco éste es el caso. La concepción de una teoría integrativa es una idea regulativa a la que la teorización sobre los derechos fundamentales puede aproximarse por las vías más diferentes. Toda teoría

de los derechos fundamentales que contribuya a su realización es, en virtud de esta contribución, valiosa. Considerar que carece de valor porque no realiza plenamente el ideal significaría desconocer el carácter del programa integrativo como idea regulativa. Para realizar en la mayor medida posible la teoría de los derechos fundamentales (en el sentido de la teoría ideal), hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales. Naturalmente, éstas han de ser evaluadas según su contribución a la teoría ideal.

A la luz de estas observaciones, es instructivo echar una mirada a las teorías que en la literatura actual son llamadas "teorías de los derechos fundamentales". El resumen más influyente es el de Böckenförde. Distingue cinco teorías: "la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales" ²⁷. Más adelante se analizará el status de estas teorías ²⁸. Aquí ha de interesar tan sólo su "función como idea normativa rectora para la interpretación", subrayada por Böckenförde ²⁹. Desde este punto de vista, en las teorías presentadas se trata de concepciones básicas del tipo más general acerca del fin y la estructura de los derechos fundamentales.

Sobre las teorías de los derechos fundamentales que tienen la forma de concepciones fundamentales del tipo más general pesan dos problemas. El primero resulta de su carácter abstracto ³⁰. Por definición, no son teorías elaboradas en las tres dimensiones. Por lo pronto, no ofrecen más que hipótesis que pueden guiar la elaboración de una teoría amplia. En caso de que así resulten confirmadas, pueden adoptar el carácter de la suma más general de las teorías elaboradas. Por lo tanto, las teorías de los derechos fundamentales bajo la forma de concepciones generales del tipo más general no pueden sustituir una

²⁷ E. W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" en *NJW* 1974, pág. 1530; de manera similar, K. Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden 1978, cfr. además, M. Kloepfer, *Datenschutz als Grundrecht*, Kronstein 1980, pág. 20; E. Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Göttingen 1979, págs. 63 ss.

²⁸ Cfr. infra Capítulo 10. III. 3.2.3.

²⁹ E. W. Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation" en *NJW* 1976, pág. 2096; de manera similar K. Kröger, loc. cit., pág. 11: "horizonte decisivo para la interpretación del derecho fundamental".

³⁰ Cfr. al respecto J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, pág. 5.

teoría elaborada de los derechos fundamentales; tan sólo pueden constituir su punto de partida y, posiblemente, su punto de llegada.

El segundo problema es más grave. Tomadas en sí mismas, cada una de las teorías presentadas expresa una tesis básica. Cuando una teoría pretende remitir los derechos fundamentales a una tesis básica se la puede llamar "teoría unipuntual". Un candidato para una teoría unipuntual de los derechos fundamentales, no contenida en la lista de Böckenförde, es la tesis según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales ³¹. Todo habla a favor de la suposición de que los derechos fundamentales no pueden ser concebidos adecuadamente sobre la base de una teoría unipuntual, cualquiera que ella sea. La confirmación de esta suposición será expuesta más adelante en esta investigación. Valga aquí como razón sólo la consideración general según la cual sería muy sorprendente —dada la variedad y complejidad de aquello que regulan los derechos fundamentales y la experiencia según la cual en cuestiones prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí— que justamente los derechos fundamentales pudieran ser remitidos a un único principio. Una excepción vale tan sólo para las teorías unipuntuales con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana ³². Desde luego, ésta no es una excepción auténtica pues estas teorías de un grado máximo de abstracción no son, en verdad, teorías unipuntuales ya que dentro de sus marcos caben las más diversas teorías de los derechos fundamentales del tipo aquí presentado.

Lo opuesto a la teoría unipuntual es una teoría combinada. Una teoría combinada es la que subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que recurre a todas las concepciones básicas aquí mencionadas ³³. Es sostenida, además, por los numerosos autores

³¹ Cfr. con numerosas referencias, H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden 1981.

³² Cfr., además, fórmulas como las de W. Schmidt, "Grundrechtstheorien im Wandel der Verfassungsgeschichte" en *Jura* 1983, pág. 180, según el cual la protección "de la libertad de decisión del individuo entre dominación estatal y poder social" debe ser el punto central de una moderna teoría de los derechos fundamentales.

³³ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (337): teoría liberal; BVerfGE 12, 205 (259 ss.): teoría institucional; BVerfGE 7, 198 (205): teoría axiológica; BVerfGE 42, 163 (170): teoría democrática; BVerfGE 33, 303 (330 ss.): teoría del Estado social; BVerfGE 53, 30 (64 s.): teoría del procedimiento.

que hablan de varias funciones³⁴, aspectos³⁵, o fines³⁶ de los derechos fundamentales. En contra de una teoría combinada surge de inmediato la objeción de que ella no ofrece teoría alguna que pueda guiar las decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino sólo una colección de *topoi* sumamente abstractos que pueden ser utilizados según se deseé. Justamente en este sentido, Böckenförde objeta al Tribunal Constitucional Federal el apoyarse "alternadamente en diferentes teorías de los derechos fundamentales como punto de partida de su argumentación y ello sin que sea reconocible ningún sistema en esta alternancia"³⁷. Esta objeción es correcta en el sentido de que poco es lo que se puede hacer con una teoría que consiste, en lo esencial, en una lista de suposiciones básicas muy generales acerca de los fines y estructuras de los derechos fundamentales. Ello es así no sólo debido al grado de abstracción de las teorías reunidas sino, sobre todo, debido a que ellas pueden entrar en colisión recíproca de múltiple forma en los casos concretos³⁸.

Si existiera sólo la alternativa: teoría unipuntual o combinación indeterminada de suposiciones básicas abstractas y que fácilmente pueden entrar en colisión, la teoría de los derechos fundamentales se encontraría realmente frente a un dilema. Sin embargo, esta alternativa no agota en modo alguno las posibilidades de una teorización sobre los derechos fundamentales. La insuficiencia de ambas versiones muestra únicamente que la teoría de los derechos fundamentales no debe mantenerse en la superficie de suposiciones fundamentales sumamente generales, sea bajo la forma de una teoría unipuntual, sea bajo la forma de una teoría combinada. Ciertamente, la teoría combinada expresa adecuadamente que hay que tomar en cuenta una pluralidad de puntos de vista; pero, a fin de poder tenerlos bajo control, se requiere un modelo que proporcione algo más que una enumeración, en última instancia, no vinculante. La tarea de una teoría integrativa consiste en elaborar un modelo de este tipo.

³⁴ Cfr. E. Stein, *Staatsrecht*, 8a edición Tübingen 1982, págs. 250 ss.; E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, Reinbek 1979, pág. 138; A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich 1979, págs. 155 ss.

³⁵ Cfr. P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat" en *WVDSiRL* 30 (1972), pag. 75.

³⁶ Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, págs. 336 ss.

³⁷ E. W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", págs. 1536 ss.

³⁸ Cfr. E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, pág. 182.

III. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO TEORÍA ESTRUCTURAL

La vía hacia una adecuada teoría integrativa conduce a través de una teoría estructural de los derechos fundamentales. Una teoría estructural —en tanto parte de una teoría integrativa— es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no puramente analítica porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de la fundamentación de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las tareas prácticas de una teoría integrativa. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Es guiada por la pregunta acerca de la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter normativo-analítico.

Una teoría estructural tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integrativa de los derechos fundamentales, sino también la base y el marco para todo lo demás. Para ello hay una serie de razones. La claridad analítico-conceptual es una condición elemental de la racionalidad de toda ciencia. En las disciplinas prácticas que sólo muy indirectamente son controladas por experiencias empíricas, este postulado tiene una importancia aún mayor. Esto vale justamente para el ámbito de los derechos fundamentales que en mucha menor medida que, por ejemplo, el del derecho civil, está signado por tradiciones analíticas y, en mucha mayor medida, está expuesto a influencias ideológicas.

La dogmática de los derechos fundamentales, en tanto disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos. La racionalidad de la fundamentación exige que la vía desde las definiciones de los derechos fundamentales a los juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos sea accesible, en la mayor medida posible, a controles intersubjetivos. Pero, esto presupone claridad acerca de la estructura de las normas de derechos fundamentales, como así también acerca de todos los conceptos y formas de argumentación relevantes para la fundamentación iusfundamental. En modo alguno puede decirse que ya exista la suficiente claridad. Si se echa una mirada a la caracterización teórico-estructural de los derechos fundamentales

y de las normas de los derechos fundamentales que uno encuentra en la jurisprudencia y en la literatura, lo que se obtiene es una imagen casi desconcertante. Ya una constatación a primera vista tan simple como la que sostiene que los derechos fundamentales son, por una parte, "derechos individuales" y, por otra, "principios objetivos"³⁹, si se la considera más de cerca, plantea problemas. ¿Qué se quiere decir con "objetivo" y con "principio"? La apariencia de no problematidad ni siquiera surge cuando las disposiciones sobre derechos fundamentales son clasificadas no sólo como "derechos de defensa" sino también como "derecho de participación" o "autorizaciones de participación"⁴⁰. Y, ¿qué se quiere decir cuando, a veces, se habla del "poder del derecho"?⁴¹ Dificultades especiales están vinculadas con las descripciones del aspecto objetivo agrupadas alrededor del concepto de valor. Ejemplos al respecto son: "norma básica valorativamente decisiva"⁴², "decisión valorativa"⁴³, "decisión valorativa jurídico-objetiva"⁴⁴, "contenido valorativo"⁴⁵, "valores constitucionales"⁴⁶ y "valor conformador de la comunidad"⁴⁷. Innúmera es la cantidad de términos que no pertenecen a la familia valor, tales como "principios de orden social"⁴⁸, "directrices"⁴⁹, "impulsos"⁵⁰, "principios estructurales"⁵¹, "principios fundamentales"⁵², "norma rectora"⁵³, "norma-pauta"⁵⁴, "pautas"⁵⁵, "postulados"⁵⁶, "tareas"⁵⁷ y "deber de protección"⁵⁸. La variedad terminológica de la jurispruden-

³⁹ BVerfGE 50, 290 (337).

⁴⁰ BVerfGE 35, 79 (112, 128, 115).

⁴¹ BVerfGE 24, 367 (396).

⁴² BVerfGE 6, 55 (71); 35, 79 (112); 39, 1 (47).

⁴³ BVerfGE 27, 195 (201).

⁴⁴ BVerfGE 49, 89 (142).

⁴⁵ BVerfGE 7, 198 (208); 27, 104 (109).

⁴⁶ BVerfGE 35, 202 (225).

⁴⁷ BVerfGE 12, 45 (54).

⁴⁸ BVerfGE 7, 198 (215).

⁴⁹ BVerfGE 39, 1 (41).

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ BVerfGE 31, 58 (69).

⁵² BVerfGE 31, 58 (70).

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ BVerfGE 21, 73 (85).

⁵⁵ BVerfGE 42, 143 (148).

⁵⁶ BVerfGE 35, 79 (114).

⁵⁷ BVerfGE 35, 321 (331).

⁵⁸ BVerfGE 39, 1 (42).

cia es superada todavía por la literatura. Así, para sólo mencionar un ejemplo —cuya extensión es por cierto notable pero, por lo demás, en modo alguno atípica— Scheuner en un artículo⁵⁹ utiliza con respecto a los derechos fundamentales, entre otras, las siguientes 21 expresiones con connotaciones teórico-estructurales: "garantías de libertad", "principios de conformación social", "elementos de ordenación social"⁶⁰, "principios constitucionales", "barrera" (de la libertad de conformación del legislador), "objetivo", "misión", "directriz obligatoria"⁶¹, "principios y determinaciones en su contenido institucional-funcional", "máximas"⁶², "determinaciones objetivas", "marco", "libertades de los derechos fundamentales", "objetivos de los derechos fundamentales"⁶³, "participación"⁶⁴, "derechos sociales", "determinación de los fines del Estado", "concepciones de fines", "vinculación a fines", "mandatos legislativos" y "directrices"⁶⁵.

Sobre el transfondo de estas enumeraciones adquiere especial importancia la frase de Hohfeld: *"in any closely reasoned problem, whether legal or non legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression"*⁶⁶. Si no existe claridad acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de las normas sobre derechos fundamentales, no es posible lograr claridad en la fundamentación iusfundamental. Lo mismo vale para todos los conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales. Tesis dogmáticas como las que afirman que "la libertad no es una libertad del derecho sino libertad en y para el derecho"⁶⁷, que "según la lógica pura (no habría) ninguna barrera de las disposiciones de derechos fundamentales sino sólo conceptos de los mismos"⁶⁸ y que los derechos a prestaciones

⁵⁹ U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatsaktivität" en *DÖV* 1971, págs. 505 ss.

⁶⁰ Ibídem, pág. 506.

⁶¹ Ibídem, pág. 507.

⁶² Ibídem, pág. 508.

⁶³ Ibídem, pág. 510.

⁶⁴ Ibídem, pág. 512.

⁶⁵ Ibídem, pág. 513.

⁶⁶ W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" en del mismo autor, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven 1923, pág. 35.

⁶⁷ P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3a edición Heidelberg 1983, pág. 226.

⁶⁸ H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, 2a edición Berlin/Francfort 1957, Vorbem. B XV 1b (pág. 122).

positivas se encontrarían "por su estructura lógica y jurídica [...] en una oposición"⁶⁶ o hasta en "contradicción"⁶⁷ con los derechos de libertad, no son accesibles a un análisis racional si se carece de claridad con respecto a los conceptos de libertad, restricción y derecho a prestaciones positivas.

Possiblemente existe un amplio consenso básico acerca de la necesidad de clarificaciones sistemático-conceptuales y, por lo tanto, de la actividad en la dimensión analítica. No faltan las voces que abogan en este sentido. Así, por ejemplo, Lerche subraya el "valor que tiene todo perfil formal, lineal, es decir, el valor de la claridad constitucional"⁶⁸; Kloepfer advierte frente a una "peligrosa subestimación de lo formal"⁶⁹; la crítica de Forsthoff a una "desformalización de la Constitución", en su vinculación con referencias a la "escuela matemática en la economía política" y a "la corriente logicista en la filosofía moderna"⁷⁰, tiene, en todo caso, que ser también interpretada en el sentido del postulado de clarificación sistemático-conceptual. En cambio, puede esperarse una reacción polémica cuando se trata de la importancia que ha de concederse, en el trabajo jurídico, a la dimensión analítica frente a la empírica o a la normativa. Esta polémica conduce a las, desde hace tiempo, discutidas cuestiones básicas del método jurídico.

La actividad en la dimensión analítica coincide en gran medida con aquello que en la jurisprudencia de los conceptos⁷¹ fuera designado como "manejo lógico del derecho". Una formulación clásica de este programa es la de Laband: "Sé muy bien que el dominio exclusivo del manejo lógico del derecho sería una unilateralidad sumamente desventajosa y traería consigo, en un cierto sentido, el empobrecimiento de nuestra ciencia. No desconozco ni la importancia de las

⁶⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5a edición Berlin 1970, pág. 169.

⁶⁷ W. Schatzel, "Der internationale Schutz der Menschenrechte" en *Fschr. für Fr. Giese*, Francfort del Meno 1953, pág. 218.

⁶⁸ P. Lerche, recension de P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* en *DÖV* 1965, pág. 213.

⁶⁹ M. Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, Munich 1970, pág. 26.

⁷⁰ E. Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" en *Fschr. für C. Schmitt*, Berlin 1959, pág. 52.

⁷¹ Cfr. las referencias en W. Krawietz, artículo "Begriffsjurisprudenz" en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 1, Basilea 1971, columna 809 ss., como así también del mismo autor (comp.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt 1976.

investigaciones de la historia del derecho [...] ni el valor que para el conocimiento del derecho tienen la historia, la teoría de la economía política, la política y la filosofía. La dogmática no es el único costado de la ciencia del derecho pero sí uno de ellos. Pero la tarea científica de la *dogmática* de un determinado derecho positivo consiste en la construcción de las instituciones jurídicas, en la remisión de los enunciados jurídicos particulares a conceptos más generales y, además, en la derivación de las consecuencias que resultan de estos conceptos. Esta es, prescindiendo de la investigación de los enunciados válidos del derecho positivo, es decir, del conocimiento y del dominio completo de la materia que hay que trabajar, una actividad mental puramente lógica. Para la solución de esta tarea no hay otro medio que el de la lógica; para este fin no puede ser sustituida por nada: todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas —por más valiosas que ellas puedan ser en sí mismas— carecen de importancia para la *dogmática* de una materia jurídica concreta y, a menudo, sólo sirven para encubrir la falta de trabajo constructivo⁷². Lo que Laband describe aquí como "manejo lógico del derecho" ha sido objeto de veemente crítica en la polémica metodológica llevada a cabo, a comienzos del siglo, principalmente por la civilística⁷³. En la teoría del derecho político, esta discusión tuvo lugar con algún retraso, sobre todo, en los años veinte⁷⁴.

Autores tan diferentes como Smend, Kaufmann, Heller y Schmitt coincidían en el rechazo de la tradición positivista-analítica signada por Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen. Smend califica a la "línea Jellinek-Kelsen" como "un callejón sin salida, sin fin ni objetivo"⁷⁵ y

⁷² P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2a edición, tomo 1, Friburgo 1888, pág. X s. Cfr., además, R. v. Jhering, "Unsere Aufgabe" en *Jahrbücher für die Dogmatik* 1 (1857), págs. 7 ss.; C. F. Gerber, *System des Deutschen Privatrechts*, 2a edición Jena 1850, págs. V ss., como así también para una exposición más amplia, W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francfort del Meno 1958.

⁷³ Cfr., a guisa de ejemplo, K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5a edición Berlin/Heidelberg/Nueva York/Tokio 1983, págs. 43 ss.

⁷⁴ Cfr. M. Friedrich, "Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre" en *Politisches Vierteljahrsschrift* 13 (1972), págs. 582 ss.; K. Sontheimer, "Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik" en *ARSP* 46 (1960), págs. 39 ss.

⁷⁵ R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht" (1928) en del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2a edición Berlin 1968, pág. 124.

aboga por una sustitución del “formalismo jurídico” por una teoría jurídica del Estado basada en un “método de las ciencias del espíritu”⁷⁹. Kaufmann reprocha a la corriente analítica de orientación neokantiana el “eliminar el contenido espiritual de los conceptos jurídicos”⁸⁰ y el ser “responsable del insólitamente bajo nivel cultural de una gran [...] parte de nuestra ciencia del derecho”⁸¹. Heller habla de un “formalismo sin substancia ni vínculos hacia arriba y abajo”⁸² y de un “extravío en el que desde hace dos generaciones se encuentra nuestra ciencia del Estado por creer que tiene que evitar todos los problemas sociológicos y éticos de la vida del Estado”⁸³. Carl Schmitt afirma que “la única característica específica que queda de una forma de pensar indiscutiblemente pura, nada-más-que-jurídica es su insensatez cosmovisional, económica, ética y política”^{84, 85}.

En la medida en que con estas posiciones se critica una reducción de la ciencia del derecho a la dimensión analítica, hay que estar de acuerdo con ellas. La ciencia del derecho puede realizar su tarea práctica sólo como disciplina multidimensional. La famosa frase de Windscheid: “La decisión es el resultado de una cuenta en la cual los factores son los conceptos jurídicos”⁸⁶ expresa una supervvaloración de las posibilidades de la lógica. Justamente el análisis lógico muestra que la decisión en todos los casos medianamente problemáticos no puede obtenerse exclusivamente con los medios de la lógica a partir de las normas y conceptos jurídicos que hay que presuponer⁸⁷. Para

⁷⁹ Ibidem, págs. 119 ss.

⁸⁰ E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübinga 1921, pág. 75.

⁸¹ Ibidem, pág. 76.

⁸² H. Heller, “Die Krise der Staatslehre” (1926) en del mismo autor, *Gesammelte Schriften*, tomo 2, Leiden 1971, pág. 9.

⁸³ Ibidem, pág. 15.

⁸⁴ C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hambugo 1934, págs. 39 s.

⁸⁵ Fuera de esta serie se encuentra la polémica de Ehrlich en contra de la “sagacidad infecunda”. Sin embargo, cabe mencionarla porque ella es característica de una actitud antianalítica que no ha perdido nunca actualidad: “La sagacidad es el más infecundo de todos los dones del espíritu humano: hay una profunda sabiduría en el hecho de que en las leyendas populares alemanas muchas veces el diablo es un dialéctico sagaz.” (E. Ehrlich, “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft” en del mismo autor, *Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlín 1967, pág. 202).

⁸⁶ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9a edición a cargo de Th. Kipp, tomo 1, Francfort del Meno 1906, pág. 111.

⁸⁷ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 273 ss.

ello se requieren evaluaciones adicionales y, como fundamento de las mismas, conocimientos empíricos. Una forma de consideración que pretenda obtener resultados sin tales premisas adicionales y, en este sentido, quiera ser *productiva*, puede ser sólo un método seudológico que oculta las premisas normativas necesarias para una fundamentación lógica realmente correcta. Esto es lo que tenía en mira el viejo Jhering cuando reaccionaba en contra del “culto de lo lógico, que piensa elevar la jurisprudencia a una matemática del derecho”⁸⁸.

Así como están justificadas las objeciones en contra de una reducción de la ciencia del derecho a la dimensión analítica y en contra de todo intento de fundamentar las decisiones jurídicas *exclusivamente* con medios de la lógica, así también es injustificada la subestimación de lo analítico que se percibe claramente en las opiniones aquí expuestas. Sin una consideración sistemático-conceptual del derecho, no es posible la ciencia del derecho como disciplina racional. La medida de la racionalidad de la ciencia del derecho depende esencialmente del nivel alcanzado en la dimensión analítica. Sin claridad analítica, no serían ni siquiera posibles enunciados precisos y fundamentados acerca del juego conjunto de las tres dimensiones. No podría hablarse en absoluto de un control racional de las valoraciones indispensables en la jurisprudencia y de una utilización metodológicamente controlada del conocimiento empírico. Si hay algo que puede librarse, al menos en parte, a la ciencia de los derechos fundamentales, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo, ello es, sobre todo, el trabajo en la dimensión analítica. Si a esto se agrega que en la dimensión analítica de la ciencia del derecho son posibles conocimientos que, primero, no pueden ser sustituidos por conocimientos de ninguna otra ciencia y, segundo, pertenecen a los conocimientos más seguros de la ciencia del derecho, hay entonces razones suficientes para designar y practicar la consideración sistemático-conceptual del derecho como *opus proprium* de la ciencia del derecho⁸⁹.

Por lo tanto, con las fallas del “manejo lógico” no hay que arrojar por la borda también lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. Hay tanto menos motivo para ello cuanto que la

⁸⁸ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 3a Parte, 5a edición Leipzig 1906, pág. 321 s. Cfr., además, E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübinga 1918, págs. 299 ss., como así también Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübinga 1932, págs. 94 ss.

⁸⁹ R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 112.

lógica moderna, la epistemología y la filosofía práctica proporcionan instrumentos que prometen un desarrollo fecundo de los elementos que quedan de la investigación de la jurisprudencia de conceptos⁹⁰, como así también su ordenación dentro del modelo amplio de una teoría integrativa. En este sentido, la teoría estructural que aquí se persigue continúa la gran tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos.

Capítulo segundo

El concepto de norma de derecho fundamental

Entre el concepto de norma de derecho fundamental y el del derecho fundamental existen estrechas conexiones¹. Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo. Se podría pensar en dar

¹ El hecho de que existan estrechas conexiones no significa que no haya que distinguir entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental. Pueden darse numerosos ejemplos de una deficiente distinción entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental. Bastarán dos. El Tribunal Constitucional Federal afirma que "sólo (puede) decidir acerca de si la regulación legal es acorde con las *normas* de la Ley Fundamental, *especialmente con los derechos fundamentales*" (BVerfGE 21, 73 (78); subrayado de R. A.). y Breuer utiliza la fórmula "Derechos fundamentales como normas de pretensión" como título de un artículo sobre el contenido de "pretensiones de derechos fundamentales" (R. Breuer, "Grundrechte als Anspruchs-normen" en O. Bachof/E. Heigl K. Redeker (eds.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, Munich 1978, pág. 89). Una clara distinción entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental es llevada a cabo, por ejemplo, por W. Schmidt-Rimpler/P. Gieseke E. Friesenhahn/A. Knur, "Die Lohngleichheit von Männern und Frauen" en *AoR* 76 (1950), pág. 172, y E. Friesenhahn, "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses" en *Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages*, tomo II, Munich 1974, G 4, como así también Fr. Klein en H. v. Mangoldt/ Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, 2a edición, Observación preliminar A VI (pág. 79).

⁹⁰ Como ejemplo, se puede mencionar la teoría del status de Jellinek, que se expone infra en el Capítulo Quinto.

resposta a la cuestión acerca de si existen tales normas de derecho fundamental a través de una definición según la cual sólo normas que otorgan derechos fundamentales son normas de derecho fundamental. En este caso, las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales serían siempre dos caras de una misma moneda. Sin embargo, esta vía no es recomendable si lo que interesa es una teoría referida al derecho positivo. Pues, a las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales se adscriben normas a las que no corresponde directamente ningún derecho subjetivo. El que esta adscripción sea o no correcta es una cuestión de interpretación del derecho positivo que no puede ser resuelta a través de una definición. Por ello, una definición según la cual sólo las normas que confieren derechos subjetivos son normas de derechos fundamentales podría tener como consecuencia que haya normas que, no obstante haber sido establecidas a través de formulaciones del catálogo de derechos fundamentales, no podrían ser llamadas "normas de derecho fundamental". Esta terminología parece inadecuada. Por ello, es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el de derecho fundamental. Esto y el hecho de que toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de la correspondiente norma de derecho fundamental justifican comenzar con el análisis del concepto de norma de derecho fundamental².

I. ACERCA DEL CONCEPTO DE NORMA

Las normas de derecho fundamental son normas. Por lo tanto, el concepto de norma de derecho fundamental comparte todos los problemas del concepto de norma. El concepto de norma es uno de los conceptos básicos de la jurisprudencia, si es que no es el concepto básico por excelencia de esta ciencia. Esto no significa que el uso de la expresión "norma" se limite a la jurisprudencia. Esta expresión —al igual que otras similares, tales como "regla", "mandato" o "prescripción"— tiene su lugar fijo, a más de en el lenguaje ordinario, también en otras ciencias como, por ejemplo, la sociología, la etnología,

² Con esto no se toma posición con respecto al problema clásico de si ha de darse prioridad al derecho o al deber, es decir, a la norma objetiva o al derecho subjetivo. En este problema se trata primariamente de cuestiones de contenido. Cf. al respecto J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, págs. 37-38.

gía, la filosofía moral y la lingüística. La utilización de la expresión "norma" en todos estos ámbitos está caracterizada por el hecho de que es usada con diferentes significados³, en casi todos ellos es vaga y, cuando es sacada de su uso obvio, se produce siempre una polémica interminable.

1. Sobre la polémica acerca del concepto de norma

No puede sorprender que se mantenga aún la discusión acerca del concepto de norma en tanto concepto básico de la jurisprudencia. Toda definición de este concepto incluye decisiones sobre el objeto y el método, es decir, sobre el carácter de esta disciplina. Así, se habla de algo diferente y hay que fundamentar la aseveración de manera diferente si uno entiende por norma el "sentido (objetivo, R. A.) de un acto con el que se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta"⁴ o una "expectativa de comportamiento contrafácticamente estabilizada"⁵, un imperativo⁶ o un modelo de comportamiento que es realizado o, en caso de su no realización, tiene como consecuencia una reacción social⁷, una expresión de una determinada forma⁸ o una regla social⁹. Los problemas que esta enumeración insinúa tienen —aunque en diferente medida— importancia para las consideraciones que aquí hay que formular. Por otra parte, no constituyen el tema de las mismas. Esto sugiere la conveniencia de buscar un modelo de norma que, por una parte, sea lo suficientemente fuerte como para constituir la base de las ulteriores consideraciones, y por otra, lo suficientemente débil como para ser conciliable con el

¹ Una impresionante exposición tanto de la diversidad de la terminología como de la con ella vinculada diversidad de significados en la sociología se encuentra en R. Lautmann, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, 2a edición Opladen 1971, págs. 54 ss. Uno de los intentos de sistematización más fecundos es el presentado por G. H. v. Wright, *Norm and Action*, Londres 1963, págs. 1-16.

² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 5.

³ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, tomo 1, Reinbek 1972, pág. 43.

⁴ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, tomo 1, 4a edición Londres 1873, pág. 98.

⁵ Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2a edición Neuwied/Berlin 1964, pág. 61 ss. 68 ss.

⁶ J. Wróblewski, "The Problem of the Meaning of the Legal Norm" en del mismo autor, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1979, pág. 15.

⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, págs. 54 ss.

mayor número posible de decisiones en el indicado campo de problemas. Estas exigencias las satisface un modelo semántico, conciliable con las más diferentes tesis de la teoría de la validez.

2. El concepto semántico de norma

El punto de partida de este modelo lo constituye la distinción entre norma y enunciado normativo¹⁰. Un ejemplo de enunciado normativo es el siguiente:

¹⁰ En realidad, numerosos autores realizan esta distinción; sin embargo, la terminología varía considerablemente y existe una serie de diferencias por lo que respecta tanto a la fundamentación de la distinción como a las consecuencias que de ella se extraen. La terminología aquí elegida coincide con la de C. y O. Weinberger (cfr. C. O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Munich 1979, págs. 20, 108). Ross distingue entre la "linguistic form which expresses a directive" y la "directive" (A. Ross, *Directives and Norms*, Londres 1968, págs. 34 ss.). La "directive" es lo que aquí es llamado "norma". Como habrá de exponerse más adelante, Ross entiende por "norm" algo diferente. Según H. J. Wolff, la expresión "norma" denota "el contenido (sentido) imperativo expresado en un enunciado normativo" (H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9a edición, Munich 1974, pág. 115). G. H. v. Wright habla de "norm formulation" y "norm" pero, desde luego, ello no coincide con la tesis aquí sostenida acerca de la relación entre enunciado normativo y norma (G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 93 s.). Rottleuthner recoge la terminología de v. Wright y habla de "formulación de norma" y "norma" (H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, pág. 42). La expresión "enunciado normativo" la usa, siguiendo a Kelsen, para enunciados sobre la validez de una norma. Kelsen llama a tales enunciados "enunciados jurídicos" y los contrapone a las "normas jurídicas" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 73). Kelsen utiliza la expresión "norma" de una manera diferente a la que aquí se propone porque, según él, algo es una norma sólo si tiene "el sentido objetivo del deber ser", lo que según Kelsen significa que puede ser referida a una norma fundamental que fundamenta una validez objetiva (Kelsen, op. cit., págs. 7 s.). Pero aun prescindiendo de esto, es difícil la inclusión de la concepción de Kelsen en el modelo que aquí se utiliza. Según Kelsen, la norma es el "sentido de un querer, de un acto de voluntad" (Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena 1979, pág. 2; cfr. además, del mismo autor, *Reine Rechtslehre*, págs. 4 ss.) lo que parece ser muy diferente al sentido o al significado de un enunciado. Kelsen caracteriza el sentido de un acto de voluntad de la siguiente manera: "que el otro debe comportarse de una determinada manera" (Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 31). En este sentido, dice: "Con 'norma' se designa que algo debe ser o suceder, especialmente que una persona debe comportarse de determinada manera" (*Reine Rechtslehre*, pág. 4). Pero, justamente esto es entendido también aquí como "norma". Por ello, prescindiendo de los elementos mentales (voluntad, acto de voluntad), parece existir una estrecha relación entre el modelo aquí utilizado y la concepción de Kelsen.

(1) Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero (artículo 16 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental alemana).

Este enunciado expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. El enunciado "Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero" significa que está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo¹¹.

El hecho de que la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos pone de manifiesto que hay que distinguir entre enunciado normativo y norma. Así, la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero podría ser expresada en lugar de por (1) por

(1') Están prohibidos extraditar alemanes al extranjero

o por

(1'') Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero

o a través de un enunciado en algún otro idioma. Es relativamente fácil reconocer que estos enunciados expresan normas ya que ellas contienen expresiones tales como "prohibido" y "no pueden". Pero las normas pueden también ser expresadas sin recurrir a tales términos. Ejemplos al respecto ofrecen las formulaciones del Código Penal, tal como la del 223 párrafo 1 del Código Penal Alemán: "Quien maltrate a otro físicamente o dañe su salud, será castigado con prisión de hasta tres años o con multa". Con esta formulación, tal como resulta del contexto, no se dice que algo es el caso sino que algo debe ser el caso. También la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero podría ser expresada mediante una formulación de este tipo, por ejemplo a través de:

(1''') Los alemanes no serán extraditados al extranjero.

Hay que mencionar, además, que las normas pueden ser expresadas también sin recurrir a enunciados, por ejemplo, a través de las señales luminosas de un semáforo.

¹¹ Así también C. O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 20, 108. como así también con respecto a la "linguistic form which expresses a directive" y la "directive", A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 34.

Esto pone de manifiesto que el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo¹². Por ello, es aconsejable no buscar los criterios para la identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo sino en el de la norma. Un criterio tal puede formularse con la ayuda de las modalidades deónticas, de las cuales en este lugar deben ser mencionadas tan sólo las modalidades deónticas básicas del mandato, la prohibición y la permisión. Más adelante se expondrá qué ha de entenderse exactamente por modalidades deónticas, cuántas hay, cuál es su estructura y cuáles son sus relaciones recíprocas. Para aclarar la cuestión que aquí interesa, basta recurrir a la modalidad de la prohibición reiteradamente usada en el ejemplo. Utilizando esta modalidad, puede decirse que el enunciado "Los alemanes no serán extraditados al extranjero" (1'') expresa una norma y, por lo tanto, es un enunciado normativo pues expresa la prohibición de extraditar alemanes.

Esto conduce a la cuestión de saber qué es una prohibición y cómo puede reconocerse si un enunciado como el aquí presentado expresa una prohibición. A la primera pregunta pueden darse respuestas tales como que una prohibición es la negación de una permisión. Pero, ¿qué es una permisión? Si la respuesta es que la permisión es la negación de la prohibición, se objetará que nos movemos en círculo. Esta objeción puede fácilmente vincularse con la que aduce que si no es posible una respuesta mejor a la pregunta qué es una prohibición, este concepto tampoco puede ser utilizado para la explicación del concepto de norma. A ello cabe responder que la exigencia de dar una definición de cada concepto a través de otro conduce a un regreso al infinito y, por consiguiente, no puede ser satisfecha. Por lo tanto, si ha de decirse algo, hay que partir de conceptos que en el sistema de conceptos presupuesto no son definidos por otros. Esto no significa que en el campo de los conceptos básicos impere la arbitrariedad. Se intentará mostrar que los conceptos deónticos básicos aquí utilizados se encuentran reciprocamente en un orden bien definido. Habrá que examinar, igualmente, si con su ayuda es posible reproducir adecuadamente la estructura del lenguaje del derecho. Además, tienen que demostrar su utilidad en el sentido de que, sobre su base, es posible elaborar una teoría fecunda de los derechos fundamentales.

A la segunda pregunta, es decir, cómo puede reconocerse si un enunciado, por ejemplo, un enunciado en indicativo en un Código

Penal, expresa una norma, hay que responder que ello puede hacerse tomando en cuenta su contexto. Por "contexto" habrá de entenderse tanto los enunciados que se encuentran en conexión con este enunciado, como su uso, es decir, las circunstancias y las reglas de su utilización. El que, de esta manera, sean indispensables criterios pragmáticos para la identificación de algo como una norma no modifica en nada el hecho de que lo que hay que identificar es una entidad semántica, es decir, un contenido de significado que incluye una modalidad deóntica¹³.

Toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo. Como se ha mostrado, hay diferentes formas de expresar una norma. Es conveniente destacar una de entre las diversas formas de expresar una norma. Esta forma de expresar una norma que hay que destacar se da, por ejemplo, cuando la norma según la cual está prohibido extraditar alemanes al extranjero es expresada a través de enunciados tales como "Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero" (1), "Está prohibido extraditar alemanes al extranjero" (1') o "Los alemanes no deben ser extraditados al extranjero" (1''). Enunciados de este tipo están caracterizados porque en ellos se utilizan expresiones deónticas como "puede", "prohibido" y "deben". Por ello, serán llamados "enunciados deónticos"¹⁴.

¹² En este contexto, Ross dice que así como los enunciados contienen un elemento específico indicativo "so it is", las directivas incluyen un "specific directive element 'so it ought to be'" (A. Ross, *Directive and Norms*, págs. 13, 34). Hare llama a estos elementos, continuando su conocida distinción entre neústica (*neustic*) y frástica (*phrasitic*) (R. M. Hare, *The Language of Morals*, Londres/Oxford/Nueva York 1952, pág. 18), trópica (*tropic*), que pertenece a lo que se dice y no, como la neústica, a lo que se hace (R. M. Hare "Meaning and Speech Acts" en del mismo autor, *Practical Inferences*, Londres Basingstoke 1971, pág. 90; cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 83 ss.). Lo que aquí es llamado "modalidad deóntica" pertenece a aquello que Hare llama "trópica" y corresponde a aquello que Ross llama el "specific directive element 'so it ought to be'".

¹³ Con respecto a esta expresión, cfr. G. H. v. Wright, *Norm and Action*, pág. 96. Hay que subrayar que los enunciados deónticos no son algo diferente de los enunciados normativos, sino una clase parcial de los enunciados normativos. Todos los enunciados deónticos son enunciados normativos, pero no todos los enunciados normativos son enunciados deónticos. C. y O. Weinberger utilizan la expresión "enunciado deóntico" en un significado totalmente distinto. Allí es utilizado como enunciado proposicional acerca de sistemas normativos, es decir, lo que más abajo será llamado "enunciado de aseveración de norma" (cfr. C. O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 99, 111 s.). Más abajo, en vez de la expresión "deóntico" será utilizada —como contrapartida lingüística a expresiones como "axiológico"— a veces la expresión "deontológico".

¹² Cfr. al respecto G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 102 s.

Una expresión deóntica es también la expresión “tiene un derecho a ...”¹⁵. Giros tales como “tiene un derecho a ...” expresan, como habrá de exponerse más adelante, modalidades deónticas complejas. Por ello, el enunciado normativo “Todos los alemanes tienen el derecho a constituir asociaciones y sociedades” (artículo 9 párrafo 1 LF) es también un enunciado deóntico. En cambio, no son enunciados deónticos enunciados imperativos tales como “Jamás será extraditado un alemán al extranjero!” o enunciados indicativos sin expresiones deónticas como “Los alemanes no serán extraditados al extranjero” (1’’). Cuando tales enunciados expresan normas, pueden ser transformados en enunciados deónticos que expresan la misma norma. No todo enunciado normativo es un enunciado deóntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deóntico. Esto tiene una importancia que no debe ser subestimada porque pueden formarse formas *standard* de enunciados deónticos que permiten reconocer la estructura de las normas que ellos expresan. Las formas *standard* de los enunciados deónticos son la última grada antes de la presentación de la estructura lógica de las normas en un lenguaje formalizado.

La relación entre enunciado normativo y norma se corresponde con la que existe entre enunciado proposicional y proposición¹⁶. En lugar de “proposición”, el significado de un enunciado proposicional es llamado también “pensamiento”¹⁷ o “proposition”¹⁸. Por lo general, se considera que la diferencia decisiva entre enunciados normativos y normas por una parte, y enunciados proposicionales y proposiciones, por otra, reside en el hecho de que, con respecto a las

¹⁵ Cfr. al respecto A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 36.

¹⁶ Esta correspondencia estructural es elaborada muy cuidadosamente por Ross quien, sin embargo, en lugar de “norma” (*norm*) habla de “directiva”. Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 9 ss., 34 ss. Además, C. O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 19 s., como así también H. J. Wolff en H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I, pág. 115, según el cual la distinción entre norma y enunciado normativo corresponde a la que existe entre “juicio lógico” y “enunciado lógico”. Para una crítica a la aceptación de una correspondencia estructural, cfr. G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 93 ss.

¹⁷ Así G. Frege, “Der Gedanke. Eine logische Untersuchung” en del mismo autor, *Logische Untersuchungen*, Gotinga 1966, pág. 33, quien además habla de “significado” en lugar de “sentido”. Weinberger habla de las normas como pensamientos; cfr. O. Weinberger, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín 1979, pág. 97: “La norma es un pensamiento”.

¹⁸ R. Carnap, *Meaning and Necessity*, Chicago 1947, pág. 27.

proposiciones y a los enunciados proposicionales, tiene sentido decir que son verdaderos o falsos mientras que esto no puede decirse de las normas o de los enunciados normativos¹⁹. Aquí habrá de evitarse una tal suposición veritativa. Para aprehender la diferencia, basta decir que con los enunciados proposicionales, se expresa que algo es el caso mientras que con los enunciados normativos se expresa que algo es ordenado, prohibido, etc. Si se resumen las diferentes modalidades deónticas con el concepto de deber ser²⁰, puede decirse que con los enunciados proposicionales se expresa que algo es el caso, mientras que con los enunciados normativos, que algo debe ser el caso.

La analogía presentada entre enunciado normativo y norma, por una parte, y enunciado proposicional y proposición, por otra, es a menudo expresada en la terminología. Esto sucede, por ejemplo, cuando en vez de las cuatro expresiones aquí expuestas se utilizan las expresiones “enunciado normativo”, “proposición normativa”, “enunciado empírico”, “proposición empírica”. También aquí, ocasionalmente, se usarán estas expresiones.

3. La separación entre las cuestiones semánticas y las de la teoría de la validez

La concepción semántica del concepto de norma aquí expuesta distingue estrictamente entre el concepto de norma y el concepto de su validez. Un ejemplo de una definición del concepto de norma que no distingue entre los elementos semánticos y los de la teoría de la validez es la de Alf Ross. Según Ross, una norma es “a directive which corresponds to certain social facts in such a way that the pattern of behaviour expressed in the norm (1) is in general followed by members of the society, and (2) is felt by them as binding (valid)”.²¹ Por “directive” entiende Ross lo que aquí se entiende por “norma”. La incorporación de elementos de la teoría de la validez —en este caso, de elementos fácticos— sería necesaria para poder decir que “certain norms actually exist, or are in force”²². La defini-

¹⁹ G. Frege, op. cit., pág. 34 (haciendo referencia a los enunciados de órdenes); C. O. Weinberger, op. cit., pag. 27.

²⁰ Cfr., por ejemplo, H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pag. 77.

²¹ A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 93.

²² Del mismo autor, op. cit., pag. 79.

ción de Ross apunta por encima del blanco. No sólo permite hablar de la existencia o de la validez de una norma, sino que lo hace necesario ya que, según esta definición, sólo las normas válidas o existentes son normas. Si existe un interés en hablar de la validez o de la existencia de una norma —y este interés realmente existe— existe entonces también un interés en hablar de la no-validez y de la no-existencia de una norma. Pero, entonces, el concepto de norma no puede ser definido de una manera tal que ya presuponga la validez o la existencia. Así como es posible “expresar un pensamiento sin suponerlo verdadero”²³, así también tiene que ser posible expresar una norma sin clasificarla como válida.

A primera vista, el privar al concepto de norma de elementos de la teoría de la validez tiene el inconveniente de que se puebla enormemente el universo de las normas. Cualquiera puede expresar cualquier número de normas con cualquier contenido. Sin embargo, esto no plantea problemas realmente serios. Objetivamente no hay diferencia entre si, para constatar que algo es una norma, se pregunta ya si satisface un determinado criterio de validez, o si, para constatar si algo es una norma válida, se pregunta primero si es una norma y luego si satisface un determinado criterio de validez. Desde luego, la objeción sería más grave si el concepto semántico de norma respondiera peor al lenguaje ordinario y/o al lenguaje técnico del derecho que un concepto enriquecido con elementos de la teoría de la validez. En una serie de casos esto es así. Así, por ejemplo, en el lenguaje ordinario, la manifestación del asaltante de un banco “¡No me dé ninguna moneda!” no será considerada como la expresión de una norma²⁴. Por otra parte, hay una cantidad de manifestaciones a las cuales responde mejor el concepto semántico de norma. Si por “norma” se entiende sólo la norma válida, entonces un enunciado tan simple como “esta norma ya no es válida” sería contradictorio. Dificultades plantean también enunciados tales como “esta norma debería ser válida”. Además, hay que tener en cuenta que en el caso del asaltante del banco,

²³ G. Frege, “Der Gedanke”, pág. 35.

²⁴ En este caso, el modelo de Kelsen según el cual una manifestación tal, debido a la falta de autorización del asaltante del banco, tiene sólo “subjetivamente el sentido de deber ser” pero no objetivamente y, por ello, no es una norma (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 8 s.), responde mejor al lenguaje ordinario que el modelo semántico. También Ross considera que el asaltante del banco no expresa ninguna norma. Fundamenta esta posición afirmando que sólo se trata de un acontecimiento transitorio (A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 80).

no son sólo razones de la teoría de la validez las que hacen que se dude en utilizar la expresión “norma”, sino también la estructura lógica de lo que se expresa. El lenguaje ordinario se resiste a designar como “normas” a las normas individuales²⁵ tales como las que se expresan en una sentencia judicial. Si el asaltante del banco hubiera dicho: “¡El primero de cada mes hay que tener los billetes listos en la ventanilla!”, habría menos reparos en hablar de una norma (no válida). En general, puede decirse que la objeción de la no coincidencia con el lenguaje ordinario y con el lenguaje técnico del derecho no se refiere tanto al aspecto de la teoría de la validez cuanto a la inclusión en el concepto de norma de normas de determinada estructura lógica, como las normas individuales. El lenguaje ordinario y el lenguaje técnico existente son importantes pero, en modo alguno, son criterios decisivos para la formación de los conceptos científicos. Lo decisivo es su funcionalidad. Por cierto, el concepto semántico de norma no es igualmente adecuado para todos los fines pero, cuando se trata de problemas de la dogmática jurídica y de la aplicación del derecho, es más adecuado que cualquier otro concepto de norma. En estos ámbitos se trata de cuestiones tales como la de saber si dos normas son lógicamente compatibles, qué es lo que se sigue de una norma, cómo debe ser interpretada y aplicada, si es válida y, a veces, también si debería ser válida cuando no lo es. Justamente para estas cuestiones resulta muy adecuado el concepto semántico de norma²⁶.

4. La vinculación entre las cuestiones semánticas y las de la teoría de la validez

Otro punto fuerte del concepto semántico de norma reside en el hecho de que no sólo es conciliable con teorías de la validez del más diferente tipo, sino que también es presupuesto por ellas. Por teoría de la validez habrá de entenderse una teoría que proporciona criterios para saber cuándo una norma es válida. La estructura formal del núcleo de las diferentes teorías de la validez puede ser presentada simplificadamente de la siguiente manera: Si una norma *N* satisface

²⁵ Con respecto al concepto de norma individual, cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 106 ss; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 20.

²⁶ Cfr. al respecto H. Yoshino, “Zur Anwendbarkeit der Logik auf Rechtsnormen” en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, tomo 7, Viena 1982, págs. 146 ss.

los criterios C_1, \dots, C_n , entonces N es válida. Según el tipo de los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez. En la medida en que se introducen hechos sociales, como por ejemplo, la obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad³¹ o la alternativa de la obediencia o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia³², se trata de una teoría *sociológica* de la validez. En la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior³³ puede hablarse de una teoría *jurídica* de la validez. En la medida en que se considere como fundamento de validez un fundamento moral, por ejemplo, "una ley natural"³⁴, estaremos frente a una teoría *ética* de la validez³⁵. Aquí no interesan los múltiples problemas de las teorías de la validez que pueden ser subsumidas bajo estos tres conceptos³⁶. Lo

³¹ Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 82 ss., 93.

³² Cfr. Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, págs. 68 ss.

³³ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 200 ss.

³⁴ Cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* en *Kant's gesammelte Schriften* edición de la Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, tomo VI, Berlin 1907-14, pág. 224.

³⁵ Con respecto a la triple clasificación del concepto de validez en un concepto sociológico, uno jurídico y otro ético, cfr. R. Dreier, *Recht — Moral — Ideologie*, págs. 194 ss., como así también J. Wroblewski, "Three Concepts of Validity of Law" en *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1982, págs. 408 ss., quien distingue entre validez sistemática, fáctica y axiológica.

³⁶ Merece especial mención el problema de si categorialmente los tres conceptos de validez presentados se encuentran todos en un mismo nivel. El concepto jurídico de validez plantea esta cuestión. Según él, la validez de una norma se basa en la validez de otra norma de grado superior en el orden escalonado del sistema jurídico que autoriza el dictado de aquella norma. Si uno se pregunta por la validez de la norma autorizante, hay que recurrir a otra norma superior, y así sucesivamente. Como este procedimiento no puede continuarse indefinidamente, este regreso tiene que terminar en una norma básica, cualesquiera que sean sus características. Si no se quiere considerar a esta norma básica como una mera condición lógico-transcendental o ficticia de la validez (cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 204 ss.: "presupuesto transcendental"; del mismo autor, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 206 s.: "norma ficticia"), para lo que pueden aducirse una serie de razones (cfr. R. Dreier, "Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie" en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 95 ss.; A. Peczenik, "On the Nature and Function of the Grundnorm" en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 279 ss.), queda sólo una fundamentación de la norma básica dentro del marco de un concepto de validez sociológico o ético. Pero, con esto, se reduce la importancia del concepto jurídico de validez ya que se refiere tan sólo a la validez de las normas en un sistema normativo establecido sobre normas que autorizan el dictado de normas. Tales normas establecidas sobre la base de normas son ciertamente una característica típica de los sistemas jurídicos moder-

único que cabe señalar es que el concepto semántico de norma no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye; pero, cada una de ellas, para poder decir que algo es válido tiene que contar con algo de lo cual pueda predicarse esto y, para ello, lo más adecuado es la norma en el sentido del concepto semántico de norma.

5. Aseveraciones de normas e imposiciones de normas

Hasta ahora han sido tratadas sólo las normas y los enunciados que las expresan, es decir, los enunciados normativos. De ambos hay que distinguir tanto la aseveración de la validez de una norma como la imposición de una norma. Quien asevera que una norma es válida o impone una norma realiza una acción. Tales acciones pueden ser llamadas, siguiendo a J. L. Austin, "actos lingüísticos"³⁷. Con la consideración de los actos de aseveración y de imposición de normas, se abandona el nivel de la semántica y se ingresa en el de la pragmática.

A menudo no es posible reconocer, recurriendo exclusivamente a la expresión, si se trata de un acto de aseveración de norma o de imposición de norma. Quien a la pregunta: "¿Puedo estacionar aquí?" responde "Ud. puede estacionar aquí", puede hacer cosas muy diferentes. Puede informar a quien formula la pregunta acerca de la situación jurídica, es decir, acerca de una norma válida, pero también puede, cuando se trata de estacionar en un terreno de su propiedad, otorgar una autorización, es decir, imponer o establecer una norma³⁸. Qué sea lo que hace puede sólo establecerse sobre la base de las circunstancias de la expresión. Supongamos que se trata de una información. Entonces, el enunciado expresado ha de ser entendido en el

nos, pero existen también en sistemas normativos que no son sistemas jurídicos. Esto podría sugerir la conveniencia de hablar, en vez de tres, sólo de dos conceptos de validez, uno sociológico y otro ético, y de distinguir, dentro del marco de cada uno de estos conceptos de validez, entre una fundamentación de validez inmediata y otra mediata, es decir, referida a normas de autorización. El que, sin embargo, se mantiene la división tripartita se justifica por el hecho de que la referencia a hechos sociales y a razones morales pasa a segundo plano, frente a la fundamentación mediante la referencia al dictado procedimentalmente correcto y la referencia a la compatibilidad material con normas de rango superior.

³⁷ Cfr. J. L. Austin, *How to do Things with Words*, Londres/Oxford/Nueva York 1962, como así también J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969. Para una exposición suscinta de la teoría de los actos lingüísticos, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 77 ss.

³⁸ Cfr. al respecto, G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 104 s.

sentido de una proposición acerca de qué es lo que está permitido dentro del marco del orden jurídico válido, es decir, acerca de cuál norma es válida. Los enunciados que son formulados para expresar cuáles normas son válidas serán llamados "enunciados de validez normativa". Según cuál sea el criterio de validez presupuesto, con tales enunciados se dirán cosas diferentes. En general, en casos como los mencionados, no se trata del cumplimiento efectivo o de la sanción de la regulación de estacionamiento y tampoco de lo que está ordenado o permitido de acuerdo con puntos de vista racionales, sino de lo que ha sido estatuido con respecto al problema del estacionamiento dentro del orden jurídico presupuesto y, en general, eficaz. Los enunciados de validez normativa de este tipo poseen valores de verdad, es decir, son verdaderos o falsos.³⁵

Los enunciados de validez normativa del tipo aquí presentado no

³⁵ En lugar de enunciados de validez normativa, Kelsen utiliza la expresión "enunciado jurídico" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 73). Aquí, la expresión "enunciado jurídico" será reservado para aquellos enunciados normativos que expresan normas jurídicas. Según Kelsen, los enunciados de validez normativa, susceptibles de verdad o falsedad y referidos a la validez jurídica, son los enunciados de la ciencia del derecho ya que, según su concepción, la ciencia del derecho tiene que limitarse a la descripción del derecho (loc. cit., pág. 75). Efectivamente, como habrá de indicarse en seguida en el texto, en la ciencia del derecho aparecen también enunciados de validez normativa que, en este sentido, no son susceptibles de verdad o falsedad. Habrá que exponer que aparecen con razón. De los enunciados de validez normativa acerca de lo que vale jurídicamente, hay que distinguir los enunciados de validez normativa acerca de lo que vale socialmente. Un tal enunciado se daría si en el caso del estacionamiento existiera efectivamente una prohibición de estacionar pero, se respondería: "Aquí puede estacionar tranquilamente" junto con la observación: "Todos lo hacen y la policía pasa diariamente por aquí sin decir nada." Las divisiones aquí realizadas son bastante bajas. No se llevarán a cabo otras. Ellas podrían referirse, por ejemplo, a si una persona dotada de competencia jurídica para el caso en cuestión (un juez, un funcionario policial) o una persona sin competencia jurídica usa la expresión o si un particular informa neutralmente con su expresión o expresa la expectativa o la exigencia del cumplimiento de la norma. Habría argumentos para suponer en todos estos casos una aseveración de norma y, en algunos de ellos, o cualificarlas especialmente o vincularlas con algún otro acto lingüístico. De las aseveraciones de normas consideradas hasta ahora que, por ejemplo, cuando aparecen dentro del marco de un manual de derecho, pueden ser realizadas a través de la reproducción del enunciado normativo, hay que distinguir las afirmaciones explícitas de validez. Los enunciados expresados en ellos tienen una forma tal como "En la sociedad S (en el orden jurídico O) vale en el tiempo t la norma N" (cfr. H. Rottleuthner, *Rechtheorie und Rechtssoziologie*, pág. 47). En el sentido de tales enunciados de validez normativa, es posible reconstruir enunciados de validez normativa no explícitos.

plantean dificultades fundamentales. Los problemas surgen sólo si se presupone un punto de vista ético o, lo que es más plausible, se incluyen criterios morales en el concepto jurídico de validez. Estos problemas son similares a los que plantean las *aseveraciones interpretativas*, que pueden ser consideradas como una subclase de los enunciados de validez normativa. ¿Qué status tiene, por ejemplo, una aseveración según la cual "especialmente los derechos de libertad garantizados en el artículo 2 de la LF (libre desarrollo de la personalidad), artículo 5 de la LF (libertad de la formación y expresión de la opinión), artículo 12 de la LF (libertad de profesión) contienen también un derecho a la educación y al perfeccionamiento educativo"?³⁶ Este enunciado se diferencia en respectos esenciales del presentado más arriba sobre el estacionamiento. Sin embargo, debe ser considerado también como una aseveración de validez normativa. Naturalmente las razones que pueden ser presentadas a favor (o en contra) de ella son de un tipo diferente a las del caso del estacionamiento. No bastan aquí referencias a actos de imposición de norma o a otros hechos empíricos. Para llegar a una fundamentación completa (sea ésta correcta o no) del enunciado acerca de un derecho a la educación y al perfeccionamiento educativo, se requieren proposiciones normativas que no se infieren ni del material vinculante que hay que presuponer ni de constataciones empíricas. Sin embargo, esto no modifica en nada el carácter del enunciado como enunciado de validez normativa y de la aseveración como aseveración de validez normativa. Así como los enunciados normativos, sobre la base de diferentes criterios de validez, pueden ser calificados como enunciados sobre normas válidas, así también en las aseveraciones de validez normativa pueden presuponerse diferentes criterios de corrección.

Ya se ha señalado que con la expresión de un enunciado tal como "Ud. puede estacionar aquí" puede realizarse no sólo un acto de aseveración de norma sino también de imposición de norma. Existen imposiciones de norma de muy diferente tipo. Una imposición de norma tan simple como la del caso del estacionamiento se da cuando, por ejemplo, un padre en la mesa prohíbe a sus hijos que beban antes de haber comido. En cambio, se trató de una imposición de norma muy compleja cuando, después de la aceptación de la Ley Fundamental por el Consejo Parlamentario, el 8 de mayo de 1949, y de la autorización por parte de las Potencias de ocupación, el 12 de mayo

³⁶ K. Grimmer, *Demokratie und Grundrechte*, Berlín 1980, pág. 285.

de 1949. la Ley Fundamental, en la semana del 16 al 22 de mayo de 1949, fue aceptada por los representantes del pueblo de diez de los once Estados federados y, después de la constatación de esta aprobación por parte del Consejo Parlamentario, el 23 de mayo de 1949, fue promulgada por éste, representado por su presidente. Acciones de imposición de norma de este tipo no forman parte de las acciones que son o deben ser realizadas por la jurisprudencia. En cambio, las aseveraciones sobre acciones de imposición de normas o los *enunciados sobre imposición de normas*³⁷ que son expresados con tales aseveraciones juegan en ella un papel importante como argumentos para la afirmación de validez. Sin embargo, en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales, tales enunciados tienen una importancia secundaria. Puede presuponerse que las normas que fueron impuestas por el mencionado acto de imposición de norma, son válidas.

II. LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL

Hasta aquí se ha hablado de normas en general. Ahora hay que preguntar qué son normas de *derecho fundamental* o *iusfundamentales*. Esta pregunta puede ser planteada abstracta o concretamente. Es planteada abstractamente cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental. Es planteada concretamente cuando se pregunta cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no. Lo que aquí interesa es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*. Por ello, habrá que plantear la segunda pregunta y ésta en la versión que apunta a las normas de una determinada Constitución, es decir, en nuestro caso, de la Ley Fundamental.

Puede pensarse en la siguiente respuesta simple: normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones *iusfundamentales*, y disposiciones *iusfundamentales* son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El *primero* consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental

³⁷ Con respecto a este concepto, cfr. Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Friburgo/Múnich 1973, pág. 13.

expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permite clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El *segundo* problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.

1. Norma de derecho fundamental y disposición de derecho fundamental

En la formulación de ambos problemas, el concepto del enunciado de la Ley Fundamental juega un papel decisivo. Un ejemplo de un enunciado de la Ley Fundamental es: "Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero" (artículo 16 párrafo 2 frase 1 LF). Este enunciado expresa una norma. Por ello, es un enunciado normativo. Todos los artículos de la Ley Fundamental contienen enunciados normativos o partes de enunciados normativos. La norma que expresa el enunciado citado es una norma de derecho fundamental. Por lo tanto, el enunciado puede ser llamado "enunciado normativo de derecho fundamental". En lo que sigue, en lugar de esta expresión algo pesada, se utilizará el término más frecuente "disposición de derecho fundamental". La cuestión es saber qué es lo que hace que un enunciado de la Ley Fundamental sea una disposición de derecho fundamental. La respuesta al respecto puede apoyarse en puntos de vista materiales, estructurales o/y formales.

Sobre la base de la definición de derecho fundamental propuesta por Carl Schmitt, puede obtenerse un criterio que vincula elementos *materiales* y *estructurales*. Según ella, *derechos fundamentales* son "sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución"³⁸. Que un derecho pertenezca "al fundamento mismo del Estado" es una manifestación material. Según Schmitt, al fundamento del Estado liberal de derecho pertenece sólo un grupo de derechos, es decir, el de los "derechos individuales de libertad"³⁹. Por lo tanto,

³⁸ C. Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten" (1932) en del mismo autor, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2a edición Berlín 1973, pág. 190.

³⁹ Ibídem, pág. 206.

derechos fundamentales, es decir, derechos fundamentales en sentido estricto⁴⁰ serían sólo los derechos que presentan una determinada estructura, la del derecho individual de libertad.

Una definición del concepto de derecho fundamental orientada por este tipo de tesis materiales y estructurales tiene inconvenientes. Desde el primer momento, vincula el concepto de derecho fundamental con una determinada concepción del Estado, con respecto a la cual existen dudas de que sea la concepción de la Ley Fundamental. Un derecho tal como el del otorgamiento de condiciones mínimas de existencia⁴¹, aun cuando pudiera ser fundamentado en normas del catálogo de derechos fundamentales⁴² no podría ser llamado "derecho fundamental" ya que tiene una estructura diferente a la del derecho de libertad del Estado liberal de derecho⁴³. Por ello, es aconsejable no limitar de antemano el concepto de derecho fundamental —y, por lo tanto, el de la norma de derecho fundamental— en la manera propuesta por Schmitt.

El criterio de Schmitt está caracterizado por el hecho de que vincula recíprocamente elementos materiales y estructurales. Se podría pensar que es posible evitar la no deseada limitación del concepto de derecho fundamental teniendo tan sólo en cuenta si la norma estatuida por una disposición de la Ley Fundamental confiere un derecho subjetivo, cualesquiera que sean sus características. De esta manera se obtendría un criterio puramente *estructural*. De acuerdo con este criterio puramente estructural, el artículo 7 párrafo 1 LF: "Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado", no formularía ninguna disposición de derecho fundamental y, por lo tanto, no expresaría ninguna norma de derecho fundamental. Esto tendría la ventaja de que como "norma de derecho fundamental", tal como sugiere la expresión, sólo podría ser designada aquella que confiera un derecho subjetivo. Sin embargo, tendría el inconveniente de que normas que se encuentran en estrecha conexión sistemática y contextual

⁴⁰ Ibidem, pág. 207.

⁴¹ Con respecto a un tal derecho ampliamente consentido, cfr. para más detalles, G. Dürig en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, artículo 1 párrafo 1 número al margen 43 s., art 2 párrafo 2, número al margen 26 s. Cfr., además, infra pág. Capítulo 9. IV. 1.

⁴² Con respecto a las diferentes posibilidades de construcción —artículo 1 párrafo 1, artículo 2 párrafo 2 frase 2 LF, principio del Estado social— cfr. G. Dürig, loc. cit.

⁴³ Cfr. infra. Capítulo 4. II. 1. 1. 2.

con normas de derechos fundamentales que confieren derechos subjetivos, no podrían ser ya subsumidas bajo el concepto que mejor expresa esta conexión. Esto y el hecho de que una utilización amplia de expresiones tales como "norma de derecho fundamental" o "disposición de derecho fundamental" responde a la tradición de la dogmática del derecho constitucional⁴⁴, justifican la no aceptación de este criterio.

Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio *formal*, que apunte a la forma de la positivización. Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado "Derechos fundamentales" (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de aquello que sea estatuido por ellos. Sin embargo, el círculo de aquello que es abarcado de esta manera es demasiado estrecho. No hay duda que una serie de otras disposiciones de la Ley Fundamental, como por ejemplo, la del artículo 103 párrafo 1 LF que dice que todos tienen el derecho a ser oídos judicialmente, expresa una norma de derecho fundamental. Para la identificación de estas disposiciones a las que Fr. Klein ha llamado correctamente "las disposiciones satélites correspondientes"⁴⁵, se ofrece como criterio formal el catálogo de derechos designados simplemente como "derechos" en el artículo 93 párrafo 1 N° 4 a LF y con respecto a los cuales esta disposición admite el recurso de inconstitucionalidad. Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto de la Constitución, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental de la siguiente manera: *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF que confieren derechos individuales⁴⁶. *Normas de derecho fundamental* son las normas directamente expresadas por estos enunciados.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, R. Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen" en H. C. Nipperdey (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin 1929, págs. 3 ss.; Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Observación preliminar A VI (pág. 78 ss.).

⁴⁵ Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Observación preliminar A VII 3 (pág. 83).

⁴⁶ Con respecto al carácter de derecho fundamental del derecho de resistencia del artículo 20 párrafo 4 LF, cfr. J. Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, Bad

Lo único que se sostiene con respecto a estas definiciones es que ellas son adecuadas para una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Si se toma en cuenta el hecho de que dentro del marco de los conceptos así formados son posibles cualesquiera diferenciaciones, éstas, estas definiciones tienen cuatro ventajas: (1) Se mantienen lo más cerca posible de la Ley Fundamental y, por cierto, (2) sin que a través de ellas se impidan consideraciones de tipo general, (3) a través de ellas no se prejuzga acerca de ninguna tesis material y estructural y (4) abarcan, en lo esencial, las disposiciones a las cuales en la discusión sobre derechos fundamentales se les atribuye el carácter de derecho fundamental.

2. Normas adscriptas de derecho fundamental

De acuerdo con las definiciones provisorias que se acaban de formular, normas de derecho fundamental son sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (disposiciones de derecho fundamental). Cabe preguntar si esta definición no es demasiado estrecha. Para responder esta cuestión, conviene echar una mirada al artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF, del cual ha de interesar la siguiente parte:

(2) "[...] la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres".

En virtud de su contexto, especialmente en virtud del artículo 1, párrafo 3 LF —que somete los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los siguientes derechos fundamentales en tanto derecho de vigencia inmediata— no puede haber duda que esta proposición no debe ser entendida descriptiva sino normativamente. Por ello, lo que se dice con la formulación presentada puede expresarse con los siguientes enunciados deonticos:

Homburg/Berlín/Zürich 1969, págs. 81 s. Un catálogo de las disposiciones satélites del catálogo de derechos fundamentales que, con excepción del derecho de resistencia, coincide con lo aquí expuesto se encuentra en K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 edición, Heidelberg 1984, observación al margen 277. Mucho más amplio es lo que Th. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 23 edición Munich 1980, págs. 111 ss. clasifica, como derechos fundamentales fuera del catálogo. Su enumeración incluye, para tan sólo mencionar dos ejemplos, también los derechos de los diputados de los artículos 46-48 LF y la independencia de los jueces (artículo 97 LF).

(2') Está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza sean libres

o

(2'') la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres.

De estos tres enunciados puede decirse que expresan de manera diferente la norma estatuida *directamente* por el texto constitucional. Desde luego, esta norma es muy imprecisa. Su imprecisión es de naturaleza doble. Es abierta tanto semántica como estructuralmente.

Es semánticamente abierta debido a la imprecisión de las expresiones "ciencia", "investigación" y "enseñanza"⁴⁷. Esta imprecisión puede ser reducida estableciendo reglas semánticas⁴⁸. El Tribunal Constitucional Federal formula este tipo de reglas semánticas cuando dice que actividad científica es todo aquello "que, por su contenido y su forma, debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad"⁴⁹ o cuando dice que no se está frente a una actividad científica cuando "conocimientos obtenidos reflexivamente son receptados en su voluntad como motivaciones de su acción política por un partido político, es decir, por un grupo que, esencialmente, está decidido a actuar activamente en la vida estatal"⁵⁰.

Aquí se considerará sólo la primera de las reglas presentadas. Puede ser formulada a través de

(3) Todo aquello que por su contenido y forma es un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad es ciencia.

De (3) conjuntamente con (2'') se sigue:

⁴⁷ Aquí puede renunciarse a un análisis más exacto de la apertura semántica. Cfr. al respecto, H.-J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 191 ss.; R. Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen" en *ARSP*, Beiheft N. F. 14 (1980), págs. 190 s.

⁴⁸ Cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 276 ss.

⁴⁹ BVerfGE 35, 79 (113).

⁵⁰ BVerfGE 5, 85 (146).

(4) Todo aquello que por su contenido y forma es un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad debe ser libre.

(4) expresa una norma. Podría preguntarse si una norma de este tipo es una norma de derecho fundamental. Pero, antes de entrar a la consideración de esta pregunta, habrá que considerar la apertura estructural, cuestión que se plantea con especial urgencia.

En el caso del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF, la apertura estructural, que caracteriza numerosas disposiciones de derecho fundamental, se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que del mero mandato de que la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres no se infiere si esta situación ha de ser creada por acciones del Estado o consiste en omisiones del Estado y si la existencia o realización de esta situación presupone o no derechos subjetivos del científico por lo que respecta a la libertad de la ciencia. En un fallo sobre la Ley previa a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia, el Tribunal Constitutional Federal da, entre otras, las siguientes respuestas a las mencionadas cuestiones:

→ (5) "El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el libre cultivo de la ciencia libre y su transmisión a las futuras generaciones, facilitando los medios personales, financieros y organizativos" ⁵¹

y

(6) "Todo aquel que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza —bajo la reserva del deber de fidelidad de acuerdo con el artículo 5 párrafo 3 frase 2 LF— tiene un derecho de defensa en contra de toda influencia estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos" ⁵².

No hay duda que estos enunciados expresan normas. Pero, ¿expresan también normas de derecho fundamental?

En contra de la consideración de este tipo de normas como normas de derecho fundamental habla el hecho de que ellas no coinciden con

⁵¹ BVerfGE 35, 79 (114 s.).

⁵² BVerfGE 35, 79 (112 s.).

la norma directamente formulada a través del artículo 5, párrafo 3 frase 1 LF ni tampoco se infieren sin más de ella. Así, por ejemplo, no se atenta contra la formulación del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF si se la interpreta exclusivamente en el sentido de una prohibición de afectar negativamente, es decir, se niega (5). Tomado en sí mismo, el texto de esta disposición no proporciona, además, ninguna información acerca de si confiere un derecho subjetivo, es decir, si vale (6). Esto pone claramente de manifiesto a dónde conduce la, a primera vista, tan plausible concepción según la cual normas de derecho fundamental son sólo aquéllas expresadas directamente por el texto constitucional. En el caso del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF ello tendría como consecuencia que en el ámbito de la ciencia, la investigación y la enseñanza existiría una sola norma de derecho fundamental, es decir, aquella que podría ser formulada, por ejemplo, a través del enunciado:

(2") La ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres.

Esta concepción no puede ser calificada de falsa; sin embargo, en favor de la concepción opuesta hablan razones más fuertes. Para poder decidir un caso como el de la Ley previa a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia, hay que eliminar la indeterminación que presenta esta norma por lo que respecta a su estructura. Para ello, se requiere la indicación de normas tales como (5) y (6). Esto muestra que tales normas se encuentran en una conexión que es algo más que casual con el texto de la Constitución. Son necesarias cuando la norma expresada a través del texto de la Constitución debe ser aplicada a casos concretos. Si no se supusiese este tipo de normas, no sería claro qué es lo que sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido. Este tipo de relación de las normas presentadas con el texto constitucional será llamada "relación de precisión" ⁵³. A esta relación se agrega una segunda relación especial con el texto de la Constitución, es decir, con la norma directamente expresada por él.

⁵³ En este sentido, la situación es aquí diferente a la de la suposición de un "derecho fundamental no escrito". Un derecho fundamental no escrito está caracterizado por el hecho que la norma de derecho fundamental que lo concede no se encuentra en una relación de precisión con una norma de derecho fundamental expresada directamente en el texto de la Constitución.

El Tribunal Constitucional Federal, al suponer las normas presentadas, parte del hecho de que hay que suponerlas porque la Constitución contiene el artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF. Se trata, pues, de una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma precisa alic. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también las normas del tipo presentado.

Normas como (4), (5) y (6) no son estatuidas directamente por el texto constitucional sino que, más bien, son adscriptas a las normas directamente estatuidas por la Constitución. Esto justifica llamarlas "normas adscriptas". Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas.

Naturalmente, con la cualificación de las normas adscriptas como normas de derecho fundamental se abre la puerta a una serie de problemas. A las normas directamente estatuidas por las disposiciones de derecho fundamental están adscriptas normas muy diferentes. La discusión sobre derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas están adscriptas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. ¿Deben ser consideradas todas las aseveraciones de normas llevadas a cabo en esta polémica como aseveraciones de normas de derecho fundamental, por ejemplo, también aquéllas que son rechazadas por casi todos y aquéllas que poseen una fundamentación deficiente? En ese caso, el enunciado formulado por una persona cualquiera y quizás ni siquiera en serio: "En virtud del artículo 13 LF, el Estado tiene que facilitar a cada estudiante una vivienda de dos habitaciones, cerca de la universidad" expresaría una norma de derecho fundamental.

Esta dificultad es sólo eliminable si se puede indicar un criterio que permita —dentro de la clase potencialmente ilimitada de candidatos a la adscripción— distinguir entre aquéllas que son normas de derecho fundamental y aquéllas que no lo son. Puede recurrirse, por una parte, a un criterio empírico y, por otra, a uno normativo. Opta por un criterio empírico quien dice que normas adscriptas de derecho fundamental son aquéllas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho realmente adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente. Sin embargo, un criterio empírico de este tipo no es adecuado desde la perspectiva de una

teoría jurídica de los derechos fundamentales. Para ella es constitutiva la cuestión de saber cuáles adscripciones son realizadas *conforme a derecho*. En la respuesta a esta cuestión juegan por cierto un papel importante los precedentes judiciales y el consenso dogmático⁵⁴. Pero, con la mera referencia a cómo se ha decidido y a qué es lo que se ha querido decir, no es posible dar respuesta a esta cuestión.

Una adscripción se realiza conforme a derecho cuando la norma adscripta puede ser catalogada como válida. Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización. En el caso de las normas adscriptas, tal referencia está excluida por definición. Por lo tanto, no es posible su identificación dentro del marco del concepto jurídico de validez. Lo mismo vale para los conceptos sociológico y ético de validez. El que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscripta a una norma de derecho fundamental estatuida directamente. Ninguno de los tres conceptos de validez es, pues, adecuado para la identificación de normas adscriptas de derecho fundamental. Pero los tres son relevantes dentro del marco del siguiente criterio: Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*. Los tres conceptos de validez están presentes en el marco de este criterio, tal como puede percibirse en el papel que juegan el texto de las disposiciones de derechos fundamentales, los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal y los argumentos prácticos generales en las fundamentaciones iusfundamentales.

Por lo tanto, el que una norma adscripta sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible. Esto tiene, a primera vista, consecuencias fatales. En muchos casos es discutible que para la adscripción de una norma sea posible ofrecer una fundamentación iusfundamental correcta. Las reglas de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a uno y sólo un resultado⁵⁵;

⁵⁴ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 326 ss., 334 ss.

⁵⁵ Esto vale, en general, para las reglas de la fundamentación jurídica; cfr. al respecto R. Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation" en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 180 ss.

además, ellas mismas están en conflicto⁵⁶. Por lo tanto, esto significa que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles normas son normas de derecho fundamental.

Sin embargo, esta incertidumbre no es demasiado importante. Por una parte, ella no afecta por igual a todas las normas adscriptas. Así, por ejemplo, no puede haber ninguna duda con respecto a la fundamentación de la adscripción al artículo 5, párrafo 3 LF, de una norma que otorgue un derecho de defensa. Por otra parte, ella expresa un problema que, de todas maneras, es inevitable. Se puede, por cierto, renunciar al concepto de norma adscripta de derecho fundamental aquí introducido. Pero, entonces, la cuestión acerca de qué debe valer sobre la base de las disposiciones de derecho fundamental se plantea fuera de ese concepto con la misma agudeza. Como existen buenas razones para el uso de aquel concepto y como a través del mismo no se crea ninguna incertidumbre adicional, todo habla en favor de su introducción⁵⁷.

⁵⁶ Puede, por lo tanto, presentarse el caso de que sean posibles fundamentaciones igualmente buenas para dos normas recíprocamente incompatibles, N_1 y N_2 . ¿Deben entonces valer tanto N_1 como N_2 como normas de derechos fundamentales? Tal no puede ser el caso. Para poder fundamentar esta negativa, el concepto de fundamentación iusfundamental correcta utilizado en el criterio presentado más arriba tiene que ser entendido en el sentido de que una fundamentación de la adscripción de N_1 que, tomada en sí misma, sería correcta, pierde su carácter de corrección si N_1 puede ser fundamentada de una manera igualmente correcta. En este caso, ningún candidato a la adscripción vale como norma adscripta. Por ello, un tribunal que considere que N_1 y N_2 están igualmente fundamentadas no puede apoyarse en una norma a la que pueda considerar como válida a causa de su correcta fundamentabilidad sino que tiene que decidir en un ámbito abierto desde el punto de vista de la validez. Debido a su fuerza como precedente, que también tiene importancia desde el punto de vista de la fundamentación, esta decisión puede hacer parecer en el futuro que la norma preferida está mejor fundamentada. De la situación aquí considerada en la que dos normas recíprocamente incompatibles se le presentan a quien debe tomar la decisión como fundamentables con igual corrección, hay que distinguir la situación en la que dos decisores sustentan concepciones diferentes acerca de la fundamentabilidad de una norma. Esta situación es mucho más frecuente que aquella en la que el decisor no puede decidir cuál de las dos fundamentaciones es la mejor.

⁵⁷ Una ventaja de este concepto será mencionada aquí al margen: permite hablar del descubrimiento de nuevas normas de derechos fundamentales. En este contexto, cabe presentar la bella metáfora de Thoma que, con algunos matices, puede aplicarse también a la Ley Fundamental: "Se puede decir que la jurisprudencia alemana trata a la Constitución del Reich como una montaña en cuya profundidad la varita mágica de la exégesis puede mostrar siempre nuevas y hasta ahora ocultas vetas de normas válidas" (R. Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", pág. 4).

La definición del concepto de norma de derecho fundamental que apunta al concepto de la fundamentación iusfundamental correcta ha sido hasta ahora referida sólo a las normas de derecho fundamental adscriptas. También puede extenderse a las normas de derecho fundamental directamente estudiadas y, de esta manera, generalizarse. Según una tal definición general, normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Para las normas de derecho fundamental directamente estudiadas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución. Una fundamentación más profunda —que expusiera por qué aquello que dice la Constitución vale— tiene, por lo general, sólo valor teórico para la praxis de la fundamentación iusfundamental. Esto muestra claramente que la generalización de la definición que apunta a la fundamentación iusfundamental correcta en modo alguno borra la diferencia entre normas de derechos fundamental estatuidas directa e indirectamente. Una fundamentación iusfundamental correcta varía según se trate de una norma de derecho fundamental directa o indirectamente estatuida.

3. Acerca de la teoría de la norma de derecho fundamental de Fr. Müller

La definición presentada del concepto de norma de derecho fundamental tiene un carácter de grada triple. Parte de la distinción entre enunciado normativo y norma, constitutiva del concepto semántico de norma. En la primera grada, es definido el concepto de norma de derecho fundamental haciendo referencia a enunciados normativos que son estatuidos por una determinada autoridad: la del constituyente. Estos enunciados normativos, las disposiciones de derecho fundamental, son identificados a través de criterios formales que toman en cuenta la forma de la positivización: la pertenencia a la sección de derechos fundamentales de la Ley Fundamental y la inclusión en la disposición sobre el recurso de inconstitucionalidad (artículo 93 párrafo 1 N°. 4 a LF). Esto garantiza la orientación de la teoría de los derechos fundamentales por la positivización adoptada en la Ley Fundamental, sin excluir las debidas diferenciaciones estructurales y materiales. En la segunda grada, la de las normas de derecho fundamental adscriptas, se continúa esta orientación al vincular el concepto

de la norma de derecho fundamental adscripta con la corrección de la adscripción a las disposiciones vinculantes. La necesaria libertad en el ámbito de las adscripciones es tomada en cuenta a través del concepto de aseveración de norma fundamental. Cada cual puede aseverar con respecto a cualquier norma que debe ser adscripta a las disposiciones iusfundamentales. Pero su aseveración de norma fundamental tiene como objeto una norma de derecho fundamental sólo si ella se realiza conforme a derecho; tal es el caso cuando para su adscripción es posible una fundamentación iusfundamental correcta. En un tercer paso, la definición que apunta al concepto de fundamentación iusfundamental es generalizada al ser referida tanto a las normas estatutarias como a las normas adscriptas.

Esta teoría de la norma de derecho fundamental —al igual que la a ella subyacente concepción semántica del concepto de norma— encuentra una contrapartida en la teoría de la norma de Friedrich Müller. Ella tiene especial interés en el presente contexto porque, por una parte, fue desarrollada teniendo en cuenta el derecho constitucional⁵⁹ y, por otra, goza de una creciente aceptación⁶⁰.

Müller characteriza su teoría como una "teoría de las normas que supera el positivismo jurídico"⁶¹. El enunciado central de la, según él, "teoría estructural post-positivista de la norma jurídica"⁶² es la tesis de la "no identidad entre norma y texto normativo"⁶³. Con esta tesis, Müller quiere decir que "una norma jurídica es algo más que su texto literal"⁶⁴. La concepción de la norma como "constituida sólo lingüísticamente" sería la "mentira vital de una comprensión meramente formalista del Estado de derecho"⁶⁵. Por el contrario, una teoría post-positivista —y esto significa, según Müller, una teoría adecuada— de la norma jurídica tendría que partir del hecho que "la norma jurídica (está) también determinada por la realidad social, por el ámbito normativo"⁶⁶.

⁵⁹ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 2a edición Berlin 1976, págs. 24, 26 ss.

⁶⁰ Cfr. el resumen de Müller en loc. cit., págs. 116 ss.

⁶¹ Ibidem, pág. 126.

⁶² Ibidem, pág. 265.

⁶³ Del mismo autor, "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie" en *Rechtstheorie* 8 (1977), pág. 75; del mismo autor, *Juristische Methodik*, págs. 55, 61, 147, 202, 265.

⁶⁴ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, pág. 117; del mismo autor, *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966, págs. 147 ss.

⁶⁵ Del mismo autor, "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie", pág. 74.

mativo"⁶⁷. Según Müller, el texto de la norma "expresa el 'programa normativo', la 'orden jurídica' en su sentido tradicional. Con igual jerarquía, pertenece a la norma el ámbito normativo, es decir, el sector de la realidad social en su estructura básica, que el programa normativo ha 'escogido' o, en parte, hasta creado, como su ámbito de regulación"⁶⁸. Por lo tanto, "la norma jurídica ha de ser entendida como un proyecto vinculante que abarca tanto lo reglante como lo que ha de ser reglado"⁶⁹. De esta manera, se superaría la contraposición entre ser y deber ser⁷⁰. Con respecto a los derechos fundamentales esto significa, en palabras de Müller, lo siguiente: "Los derechos fundamentales son garantías de protección objetivamente acuñadas, de determinados complejos individuales y sociales concretos de acción, organización y de materias. Estos 'ámbitos materiales' son constituidos en 'ámbitos normativos' por el reconocimiento y garantía de la libertad constitucionales dentro del marco de la regulación normativa, del 'programa normativo' iusfundamental. Los ámbitos normativos participan en la normatividad práctica, es decir, son elementos codeterminantes de la decisión jurídica"⁷¹.

Esta teoría de la norma en general y de la norma de derecho fundamental en particular es inconciliable con la teoría semántica de la norma que constituye el punto de partida de la definición del concepto de norma de derecho fundamental aquí presentada. Esto se nota claramente en el caso de las normas de derecho fundamental estatuidas directamente. Ellas consisten sólo en aquello que expresan las disposiciones de derechos fundamentales. Aquello que aquí es llamado "disposición de derecho fundamental" corresponde a lo que Müller llama "texto", y aquello que aquí lleva el nombre de "norma" es lo que Müller llama "programa normativo". El concepto de ámbito normativo, que en la teoría de la norma de Müller tiene una importancia central, no aparece. Esto vale también para las normas de derecho fundamental adscriptas. ¿Significa esto que una teoría de los derechos fundamentales que se apoya en el concepto de norma y de norma de derecho fundamental aquí desarrollado ha de fracasar "por no aban-

⁶⁶ Ibidem, pág. 75.

⁶⁷ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, pág. 117.

⁶⁸ Ibidem, págs. 194, 121; cfr., además, del mismo autor, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1968, pág. 9.

⁶⁹ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, págs. 60, 193.

⁷⁰ Del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin 1969, pág. 11.

donar el ámbito de la teoría del positivismo jurídico, la normatividad jurídica y con ello también la peculiaridad de la ciencia del derecho como una ciencia normativa" o que ella, tal como Müller reprocha a posiciones tan diferentes como "positivismo, normologismo, decisionismo y sociologismo", "reduce la comprensión del proceso de concreción en su totalidad"?⁷⁰ Para poder dar una respuesta a esta pregunta hay que echar una mirada a las razones que ofrece Müller para su tesis de la no identidad.

La razón decisiva reside en la concepción de Müller de la vinculación entre teoría de la norma y teoría de la aplicación del derecho. Según Müller, la teoría de la norma y la teoría de la aplicación del derecho se diferencian sólo en sus aspectos secundarios; son las dos caras de una misma moneda: "La concepción puede ser formulada, por una parte, como modelo estructural general de las normas jurídicas; por otra, como estructuración de los procesos de decisión jurídicos y, finalmente, como exigencia para el trabajo de los juristas"⁷¹. En este contexto, Müller utiliza un argumento de tres gradas. La primera consiste en la constatación de que las "normas jurídicas generales no pueden nunca predeterminar completamente la imposición de normas individuales por parte de los órganos de aplicación del derecho"⁷². "Los conceptos jurídicos en los textos normativos no poseen significado, los enunciados no poseen sentido como algo concluido y dado de antemano". Con la reserva de algunas precisiones —y también de algunas matizaciones— nadie pondría esto en duda⁷³. El argumento se vuelve interesante sólo en la segunda grada. Ella consiste en la afirmación de que teorías como la teoría semántica de la norma aquí propuesta —que concibe a las normas jurídicas válidas como objetos lingüísticos que han de ser identificados de acuerdo con determinados criterios de validez— estarían obligadas a "formar la norma de decisión sólo con la ayuda de datos lingüísticos"⁷⁴. Pero, de acuerdo con la constatación llevada a cabo en la primera grada, ello

⁷⁰ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, pág. 194.

⁷¹ Del mismo autor, *Juristische Methodik und Politisches System*, Berlín 1976, pág. 94; cfr., además, del mismo autor, *Juristische Methodik*, pág. 271; del mismo autor, *Strukturiende Rechtslehre*, Berlín 1984, págs. 230 ss.

⁷² Del mismo autor, *Normstruktur und Normativität*, pág. 148.

⁷³ Del mismo autor, "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie", pág. 73.

⁷⁴ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 17 s.

⁷⁵ Fr. Müller, "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie", pág. 75.

no sería posible. Por eso, las teorías orientadas por un concepto semántico de la norma serían inadecuadas. Finalmente, la tercera grada contiene la solución de Müller. Para la toma de decisión, a más de los "datos lingüísticos (programa normativo)", serían decisivos y tendrían básicamente la misma importancia, los "datos reales (ámbito normativo)"⁷⁶. Por ello, el ámbito normativo pertenecería a la norma.

Este argumento está expuesto a tres objeciones. La primera niega que las teorías orientadas por el concepto semántico de las normas estén obligadas a fundamentar sus decisiones jurídicas exclusivamente con la ayuda de argumentos semánticos ("datos lingüísticos"); la segunda se dirige, en general, en contra de la propuesta de incluir en el concepto de norma argumentos porque ellos sean necesarios para la fundamentación de la decisión; la tercera se dirige especialmente en contra de la tesis según la cual los argumentos que deben ser incluidos en las normas deban ser exactamente los referidos al ámbito normativo ("datos reales"). Como estas objeciones están estrechamente vinculadas entre sí, deben ser analizadas en un mismo contexto.

La tesis según la cual una teoría orientada por el concepto semántico de norma estaría obligada a fundamentar las decisiones jurídicas exclusivamente con la ayuda de argumentos semánticos sería verdadera sólo si fuera correcto el enunciado según el cual lo que no pertenece a la norma no puede ser utilizado en las fundamentaciones jurídicas. Ni siquiera la teoría de Müller se atiene a este enunciado ya que a más de elementos directamente referidos a las normas (elementos metodológicos en sentido estricto, elementos del ámbito normativo y algunos elementos: dogmáticos) admite⁷⁷ como elementos de las fundamentaciones jurídicas elementos no directamente referidos a las normas (algunos elementos dogmáticos, elementos técnicos de solución, elementos teóricos, político-constitucionales y político-jurídicos) sin cualificarlos como pertenecientes a la norma. Si se toma en serio el enunciado según el cual en las fundamentaciones jurídicas puede utilizarse sólo aquello que pertenece a la norma, entonces o bien habría que incluir en el concepto de norma todo el arsenal de la argumentación jurídica o limitar considerablemente el ámbito de la argumentación jurídica, a costa de su racionalidad. Así, habría que o bien incluir en el concepto de norma jurídica los juicios de valor

⁷⁶ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, págs. 200 ss. Sólo en la determinación de los límites de resultados admisibles, los datos lingüísticos tienen prioridad sobre los datos reales (loc. cit., pág. 202).

⁷⁷ Del mismo autor, *Juristische Methodik*, págs. 199 ss.

independientes (es decir, las valoraciones que a ellos subyacen), necesarios en las fundamentaciones, o bien eliminarlos de la argumentación jurídica. Ni lo uno ni lo otro parece ser aceptable.

A las tesis de Müller hay que contraponer una cuidadosa distinción entre el concepto de norma, el de relevancia normativa y el de fundamento de una norma. Normativamente relevante es todo aquello que puede ser presentado, conforme a derecho, como argumento a favor o en contra de una decisión jurídica⁷⁸. A favor o en contra de las decisiones jurídicas pueden ser aducidas, sobre todo, las normas jurídicas válidas. Por lo tanto, todas las normas jurídicas son normativamente relevantes. Pero no todo lo que es normativamente relevante es una norma jurídica o una parte de ella. Esto último no es exigido ni por razones conceptuales ni por razones jurídico-positivas (especialmente del Estado de derecho). No es exigido por razones conceptuales, pues, es perfectamente posible distinguir entre la norma como un objeto semántico y los argumentos valorativos, empíricos, prejuiciales, dogmáticos y de otro tipo que pueden ser aducidos para la fundamentación de una propuesta de interpretación. Una tal distinción no sólo es posible sino también recomendable. Sin la distinción entre la norma, la propuesta de interpretación y los argumentos que la apoyan no es posible obtener un cuadro claro de la fundamentación jurídica. También razones de Estado de derecho no sólo permiten sino que imponen una distinción estricta entre el concepto de norma y el de lo normativamente relevante. Ciertamente es muy tentador incluir en la norma todos los argumentos —o, al menos, los decisivos— de una interpretación, pues así, ésta puede ser presentada como expresión de una vinculación normativa estricta. Pero, con ello, poco es lo que se gana. Para el ideal del Estado de derecho ha de ser más útil una clara separación entre aquello que un legislador ha impuesto como norma y aquello que un interprete presenta como razones para una determinada interpretación, que una fidelidad a la ley creada a través de una definición del concepto de norma.

Naturalmente, resta tener en cuenta el hecho de que Müller desea incluir en la norma sólo los elementos del ámbito normativo y no todos los argumentos posibles en la argumentación jurídica. Pero,

⁷⁸ Esta definición del concepto de relevancia normativa responde a un aspecto central del concepto de normatividad de Müller que es expresado, por ejemplo, con la siguiente formulación: "normativo" significa, razonablemente, todo aquello que determina el caso que hay que decidir, que indica la dirección de su solución" (Fr. Müller, *Normbereiche von Einzelgrundrechten*, pág. 10).

tampoco con esta limitación es aceptable una ampliación del concepto de norma. En el caso de los elementos del ámbito normativo o de los "datos reales", puede tratarse o bien de argumentos exclusivamente empíricos o de argumentos empíricos vinculados con argumentos valorativos o normativos. Si se trata de argumentos exclusivamente empíricos, no se gana mucho con su inclusión problemática en el concepto de norma. De una norma abierta con relación al caso que hay que decidir, no resulta la decisión del caso si se le añaden argumentos empíricos. Para ello se requieren argumentos valorativos o normativos, que son los que vuelven normativamente relevantes los argumentos empíricos. Si con el concepto de ámbito normativo se hace referencia a tales argumentos valorativos o normativos, como éstos no resultan en modo alguno del texto normativo conjuntamente con los argumentos empíricos, se incorpora en el concepto de norma una enorme y muy discutida pluralidad de concepciones para la que valen los argumentos presentados más arriba en contra de la inclusión en el concepto de norma de todo lo normativamente relevante. Con todo esto no se ha dicho nada en contra de la importancia de los análisis empíricos desde la perspectiva de las normaciones legales. De ellos pueden resultar argumentos valiosos y, a menudo, decisivos. Tan sólo se argumenta en contra de su inclusión en el concepto de norma.

Lo expuesto hasta aquí vale también para las normas de derecho fundamental adscriptas, que presentan una cierta semejanza con las normas de decisión de Müller⁷⁹. Una norma es una norma de derecho

⁷⁹ Aquí no se constatará más que una cierta similitud. Visto más de cerca, el concepto de norma de decisión de Müller plantea algunos problemas. Esto se percibe ejemplarmente en la siguiente formulación: "Finalmente, en tanto norma de decisión la prescripción debe ser considerada como definitiva sólo (y únicamente para este caso) cuando el caso está solucionado" (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pág. 132). La frase colocada entre paréntesis parece decir que la norma de decisión es una norma sólo para el caso que hay que decidir, es decir, es una norma individual en el sentido de Kelsen (cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 255 ss.; del mismo autor, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 180) o un juicio concreto de deber ser jurídico en el sentido de Engisch (cfr. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, págs. 3 ss.). En favor de esta interpretación habla una frase de Müller en la cual identifica la norma de decisión con la formulación lingüística de la decisión particular: "La imputación de la decisión individual y de su formulación lingüística (la 'norma de decisión')" (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pág. 278). Sin embargo, en contra de la interpretación aquí sugerida de la frase de Müller, habla no sólo el hecho de que se refiere a la prescripción como norma de decisión sino, sobre todo, el que con esta interpretación la norma jurídica no podría "en el transcurso de su tiempo de validez, ser determinada en su contenido, modificada, amplia-

fundamental adscripta si para su adscripción a una disposición de derecho fundamental es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Se podría considerar que, con ello, se lleva a cabo una vinculación entre norma y argumentación muy similar a la de Müller. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de las normas adscriptas es posible —y necesario— distinguir sin mayor dificultad entre la norma como un objeto semántico y las razones que la apoyan. El hecho de que sea posible una fundamentación iusfundamental correcta para la adscripción a una disposición de derecho fundamental es el criterio que permite decir que la norma en cuestión es una norma de derecho fundamental. Pero, hay que distinguir claramente entre el criterio para una determinada propiedad y el objeto que satisface o no el criterio y que, por lo tanto, tiene o no tiene la propiedad. Un criterio de algo es diferente a un elemento de algo. Con todo, las normas adscriptas ponen de manifiesto que la argumentación iusfundamental juega un papel decisivo en la respuesta a la cuestión acerca de qué es lo que vale desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En la medida en que, con su teoría de la norma, Müller hace referencia a ello, hay que estar de acuerdo con él.

da, a través de las normas de decisión que le son impuestas en el caso respectivo" (del mismo autor, loc. cit. pág. 272 s.). Esto presupone una praxis de decisión universalista que vincula con la norma jurídica relativamente general normas relativamente especiales, pero universales de decisión. Esta versión de la norma de decisión —que también tiene en mira Larenz cuando afirma que "Müller bajo la 'norma de decisión', de manera similar a la 'norma del caso' de Fikentscher, entiende de una norma que es concretada por el decisor, de manera que ahora puede ser aplicada al caso que hay que juzgar sin pasos intermedios" (K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4a edición Berlin/Heidelberg/Nueva York 1979, pág. 495)— debe ser preferida no sólo por razones objetivas sino que responde también a la constatación de Müller según la cual la norma de decisión sería la "situación agregada 'concretada' (de la norma jurídica) desde un determinado caso y con miras a su solución vinculante" (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pág. 119).

Capítulo tercero

La estructura de las normas de derecho fundamental

I. REGLAS Y PRINCIPIOS

Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de

la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.

No faltan referencias al papel que en los contextos de derechos fundamentales juega la distinción entre reglas y principios. No pocas veces, las normas iusfundamentales son llamadas "principios"¹. Desde luego, con mayor frecuencia se subraya el carácter de principios de las normas de derechos fundamentales de una manera no tan directa. Como habrá de mostrarse, esto se realiza cuando, por ejemplo, se habla de valores², de objetivos³, de fórmulas abreviadas⁴ o de reglas de la carga de la prueba⁵. En cambio, se hace referencia al carácter de reglas de las normas de derechos fundamentales cuando se dice que la Constitución debe ser tomada en serio como ley⁶ o cuando se señala la posibilidad de una fundamentación deductiva, también en el ámbito de los derechos fundamentales⁷. Sin embargo, este tipo de caracterizaciones se mantienen, por lo general, a nivel de insinuaciones. Lo que falta es una distinción precisa entre reglas y principios y su utilización sistemática. De esto es de lo que se tratará en lo que sigue.

1. Criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios

La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión

¹ Cfr., por ejemplo, E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín 1965, págs. 15 ss.; D. C. Göldner, *Versassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlín 1969, págs. 23 ss.; U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", pág. 507; E. W. Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation", pág. 2091.

² Cfr. supra, en Capítulo 1. III. los ejemplos presentados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

³ Cfr., por ejemplo, P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 135.

⁴ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 32, 54 (72); H. Huber, "Über die Konkretisierung der Grundrechte", pág. 197.

⁵ B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín 1976, pág. 195; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín 1971, pág. 90.

⁶ E. Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961, pág. 34.

⁷ H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 97 ss.

para Alexy

de
se propone:

y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante.

A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima⁸. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deonticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado⁹. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos^{10, 11} tiene un grado relati-

⁸ Cfr., por ejemplo, J. Esser, *Grundsatz und Norm*, 3a edición. Tübinga 1974. El Tribunal Constitucional Federal habla a veces de las "normas y principios de la Ley Fundamental" (BVerfGE 51, 324 (350)).

⁹ Cfr., por ejemplo, J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law" en *The Yale Law Journal* 81 (1972), pág. 838; G. C. Christie, "The Model of Principles" en *Duke Law Journal* 1968, pág. 669; G. Hughes, "Rules, Policy and Decision Making" en *The Yale Law Journal* 77 (1968), pág. 419; A. Simonius, "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts" en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F. 71 (1952), pág. 239. En contra de la generalidad como criterio de distinción están J. Esser, *Grundsatz und Norm*, pág. 51; K. Larenz, *Richtiges Recht*, Munich 1979, pág. 26: "No es el grado de generalidad lo decisivo para el principio sino su aptitud como razón de justificación".

¹⁰ Cfr. al respecto BVerfGE 12, 1 (4).

¹¹ El concepto de generalidad de una norma tiene que ser distinguido estrictamente del de universalidad de una norma. A pesar de su diferente grado de generalidad, tanto "Cada cual goza de la libertad de religión" como "Todo presidiario tiene el derecho a convertir a su propia religión a otros presidiarios" expresan normas universales. Ello es así porque estas normas se refieren a todos los individuos de una clase abierta (personas, presidiarios: con respecto al concepto de clase abierta, cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 109 s.). Lo opuesto a la norma universal es la norma individual. Las proposiciones "El Sr. L. goza de libertad de religión" y "El presidiario L. tiene el derecho a convertir a su propia religión a otros presidiarios", expresan, en la misma medida normas individuales de las cuales la una tiene

vamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla. Como otros criterios de distinción se discuten la "determinabilidad de los casos de aplicación"¹², la forma de su génesis —por ejemplo, la distinción entre normas "creadas" y "desarrolladas"¹³— el carácter explícito del contenido valorativo¹⁴, la referencia a la idea del derecho¹⁵ o a una ley jurídica suprema¹⁶ y la importancia para el ordenamiento jurídico¹⁷. Además, las reglas y los principios son diferenciados según que sean fundamentos de reglas o

un grado relativamente alto de generalidad y la otra uno relativamente bajo. El concepto opuesto al de generalidad es el de especialidad. Por ello, la primera de las normas mencionadas puede ser llamada "relativamente general" y la segunda "relativamente especial". Una norma es siempre o bien universal o individual. En cambio, la generalidad y su opuesto, la especialidad, es un asunto de grado. Con respecto a los pares conceptuales universalidad/individualidad y generalidad/especialidad, cfr. R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford 1963, págs. 39 ss.; del mismo autor, "Principles" en *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972-73), págs. 2 ss. A más de los significados aquí indicados, las expresiones "individual", "universal", "especial" y "general" son utilizadas de muchas otras maneras. A ellos se agregan otros términos tales como "abstracto" y "concreto". Muy difundida es la caracterización como "abstracta-general" de la norma dividida en supuesto de hecho y consecuencia jurídica y aplicable, con variada frecuencia, a un número no determinado de personas (cfr., por ejemplo, D. Volkmar, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, Berlin 1962, págs. 74 ss.). Cuando no sean relevantes las diferenciaciones, en lo que sigue se hará uso de esta forma de hablar relativamente afianzada. Para más diferenciaciones, cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 106 ss.; G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 70 ss.

¹² J. Esser, *Grundsatz und Norm*, pág. 51; K. Larenz, *Richtiges Recht*, pág. 23. Cfr. también H. T. Klami, *Legal Heuristics*, Vammala 1982, págs. 31 ss.

¹³ S. I. Shuman, "Justification of Judicial Decisions" en *Essays in Honour of Hans Kelsen*, The California Law Review 59 (1971), págs. 723, 729; T. Eckhoff, "Guiding Standards in Legal Reasoning" en *Current Legal Problems* 29 (1976), págs. 209 s.

¹⁴ C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2a edición, Berlin 1983, pág. 50.

¹⁵ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5a edición, Berlin/Heidelberg/Nueva York/Tokio 1983, págs. 218, 404.

¹⁶ H. J. Wolff, "Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen" en O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein/E. Walz (eds.), *Fschr. f. W. Jellinek*, Munich 1955, págs. 37 ss.

¹⁷ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pág. 461; A. Peczenik, "Principles of Law" en *Rechtstheorie* 2 (1971), pág. 30; cfr., además, S. Wronowska/M. Zieliński/Z. Ziembinski, "Rechtsprinzipien. Grundlegende Probleme" en los mismos autores, *Zasady prawa*, Varsavia 1974, pág. 226.

reglas ellos mismos¹⁸ o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento¹⁹.

Sobre la base de este tipo de criterios son posibles tres tesis totalmente diferentes sobre la distinción entre reglas y principios. La primera reza: todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente. Esto se mostraría, por ejemplo, en el hecho de que los criterios propuestos, de los cuales algunos sólo permiten distinciones de grado, son combinables entre sí de la manera que se deseé. Así, no habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera un alto grado de generalidad pero que no fuera aplicable sin más, que no hubiera sido establecida expresamente, que lleve en la frente su contenido valorativo, presente una estrecha relación con la idea del derecho, tenga gran importancia para el ordenamiento jurídico y encuentre aplicación como fundamento de reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquello que estos criterios, tomados en sí mismos, separan es, a su vez, de un tipo muy heterogéneo²⁰. Por ello, habría que dirigir la atención a las numerosas similitudes y diferencias, analogías y desemejanzas que se encuentran dentro de la clase de las normas, algo que podría ser captado mejor con el concepto wittgensteiniano de *parecido de familia*²¹ que con la división en dos clases. La segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios pero, señala que esta distinción es sólo de grado. Partidarios de esta tesis son, sobre todo, los numerosos autores que piensan que el grado

¹⁸ J. Esser, *Grundsatz und Norm*, pág. 51: "El principio... no es él mismo 'directiva', sino razón, criterio y justificación de la directiva"; K. Larenz, *Richtiges Recht*, pág. 24 s.; J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", pág. 839; N. MacCormick, "'Principles' of Law" en *Juridical Review* 19 (1974), pág. 222; del mismo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, págs. 152 ss.

¹⁹ H. Gross, "Standards as Law" en *Annual Survey of American Law* 1968/69, pág. 578.

²⁰ Así, por ejemplo, Esser distingue entre principios jurídicos axiomáticos, retóricos y dogmáticos, inmanentes e informativos y principios del derecho como así también principios estructurales y axiológicos (J. Esser, *Grundsatz und Norm*, págs. 47 s., 73 ss., 90, 156). Peczenik divide los principios en "principles or 'laws' of logic", "principles of justice", "semi-logical" e "instrumentally formulated legal principles", principios "similar to the instrumentally formulated" y "all the other principles" (A Peczenik, "Principles of Law", págs. 17 ss.).

²¹ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* en del mismo autor, *Schriften*, tomo 1, Francfort del Meno 1969, 66, 67.

de generalidad es el criterio decisivo. La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta tesis es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios. Este criterio no se encuentra en la lista presentada pero, explica la mayoría de los criterios en ella contenidos como típicos de los principios, aun cuando no sean los decisivos. Cabe presentarlo ahora.

Escolha de Alexy

2. Los principios como mandato de optimización

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes²². Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*²³, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos²⁴.

OS possib. jurídicos están
na jasopria "teoria do Ordenamento"

²² Cfr. al respecto R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips" en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 79 ss.; del mismo autor, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", conferencia pronunciada en el 11 Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki 1983 (se publicará en las actas del congreso).

²³ El concepto de mandato es utilizado aquí en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones.

²⁴ En la limitación de la realización o cumplimiento de principios a través de reglas, hay que distinguir dos casos: (1) La regla *R* que restringe el principio *P* vale estrictamente. Esto significa que vale una *regla de validez R'* que dice que *R* precede a *P*, sin que importe cuán importante sea el cumplimiento de *P* y cuán poco importante sea el cumplimiento de *R*. Puede suponerse que en los ordenamientos jurídicos modernos, en todo caso, no todas las reglas se encuentran bajo una regla de validez de este tipo. (2) *R* no vale estrictamente. Esto significa que vale un *principio de validez P'* que, bajo determinadas circunstancias, permite que *P* desplace o restrinja a *R*. Estas condiciones no pueden ya estar satisfechas cuando en el caso concreto la satisfacción de *P* es más importante que la del principio *P_R*, que, *concretamente* apoya a *R*, pues entonces *P'* no jugaría ningún papel. Se trataría sólo de saber cuál es la relación entre *P* y *P_R*. *P'* juega un papel cuando para la precedencia de *P* se exige no sólo que *P* preceda al principio *P_R* que apoya *materialmente* a *R* sino que *P* es más fuerte que *P_R* *conjuntamente* con el principio *P'*, que exige el cumplimiento de las reglas y, en este sentido, apoya *formalmente* a *R*.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no²⁵. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es *cualitativa* y no de grado²⁶. Toda norma es o bien una regla o un principio²⁷.

3. Colisiones de principios y conflictos de reglas

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas²⁸. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.

²⁵ El § 5 párrafo 1 StVO es una regla en la que esto se ve con especial claridad. Se puede sólo rebasar o bien por la izquierda o bien por la derecha. Pero, la propiedad de poder o no poder ser cumplida no se limita a reglas de este tipo simple. No depende de que la acción ordenada (prohibida, permitida) sólo pueda o no ser realizada. También reglas que prescriben acciones que pueden ser realizadas en diferente grado pueden tener esta propiedad. La tienen cuando está ordenado (prohibido, permitido) un determinado grado de la acción o del comportamiento. Un ejemplo al respecto lo constituyen las prescripciones que se refieren al comportamiento negligente. Lo que se exige no es un grado máximo de cuidado y atención sino, con diferencias según los ámbitos jurídicos, un determinado grado de atención. Ciertamente, pueden surgir dudas con respecto a la medida del cuidado ordenado en un caso particular pero, ellas pueden surgir en la aplicación de toda norma y no fundamenta ninguna especialidad. En la aclaración de estas cuestiones dudosas de lo que se trata es justamente de saber si se ha satisfecho o no la medida del cuidado ordenado por la prescripción. Este cuestionamiento es característico de una regla.

²⁶ Tal es también el resultado en J. Esser, *Grundsatz und Norm*, pág. 95.

²⁷ La distinción presentada se parece a la de Dworkin (cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2a edición, Londres 1978, págs. 22 ss., 71 ss.). Pero, se diferencia de ella en un punto esencial, es decir, en la caracterización de los principios como mandatos de optimización. Para una discusión con Dworkin, cfr. R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", págs. 59 ss.

²⁸ La terminología es oscilante. Así Paulson, sin distinguir entre reglas y principios, utiliza en general la expresión "conflicto de normas" (S. Paulson, "Zum Problem der Normenkonflikte" en *ARSP* 66 (1980), págs. 497, ss.) y el Tribunal Constitucional Federal habla a veces, sin diferenciación alguna, de "colisiones de normas" (BVerfGE 26, 116 (135); 36, 342 (363)). La terminología aquí propuesta pretende expresar que, no obstante importantes aspectos comunes, las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes.

3.1. El conflicto de reglas (TEORÍA DO ORDENAMENTO) Muito simples

Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio.

Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser reciprocamente contradictorios²⁹. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias reciprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.

Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como "lex posterior derogat legi priori" y "lex specialis derogat legi generali", pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez. Un ejemplo de un conflicto de reglas que el Tribunal Constitucional Federal resolvió de acuerdo con la norma de conflictos del artículo 31 LF ("El derecho federal tiene prioridad sobre el dere-

cto de los Estados federados? Branc nos citan?
→ Práctica? Fichta/ Kelsen.

→ 2000 defensiva

²⁹ Cfr., por ejemplo, G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 135, 141 ss.; A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 169 ss.; C.O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 133 ss.

cho de los Estados federados"), justamente en este sentido es el del derecho federal entonces todavía válido del 22 párrafo 1 de la Ordenanza de horas laborables de los años 1934 y 1938 que, según la interpretación del Tribunal, permitía que los comercios permanecieran abiertos durante los días de semana entre las 7 y las 19 horas y el 2 de la Ley de Baden sobre cierre de los negocios del año 1951 que prohibía que los miércoles los negocios permanecieran abiertos después de las 13 horas³⁰. Ambas reglas no podían valer simultáneamente, pues, entonces la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La introducción de la regulación del Estado federado de Baden como excepción al derecho federal estaba excluida en virtud del artículo 31 LF. Por lo tanto, quedaba tan sólo la alternativa de la invalidez de la norma del Estado federado.

3.2. La colisión de principios

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso³¹.

Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal³². Aquí, a guisa de ejemplo, puede recurrirse a dos

³⁰ BVerfGE 1, 283 (292 ss.).

³¹ Con respecto al concepto de la dimensión del peso, cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 26 s.

³² Las ponderaciones de bienes muestran con máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derecho fundamental (en todo caso

3.1. El conflicto de reglas (TEORÍA DO ORDENAMIENTO) Muyo simples

Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio.

Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamenta, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios²⁹. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.

Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez. Un ejemplo de un conflicto de reglas que el Tribunal Constitucional Federal resolvió de acuerdo con la norma de conflictos del artículo 31 LF ("El derecho federal tiene prioridad sobre el dere-

chirarguia? Bregue nos citan?
→ Pramode? Fuchta/Keber?

→ no caso definitiva

cho de los Estados federados"), justamente en este sentido es el del derecho federal entonces todavía válido del 22 párrafo 1 de la Ordenanza de horas laborables de los años 1934 y 1938 que, según la interpretación del Tribunal, permitía que los comercios permanecieran abiertos durante los días de semana entre las 7 y las 19 horas y el 2 de la Ley de Baden sobre cierre de los negocios del año 1951 que prohibía que los miércoles los negocios permanecieran abiertos después de las 13 horas³⁰. Ambas reglas no podían valer simultáneamente, pues, entonces la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La introducción de la regulación del Estado federado de Baden como excepción al derecho federal estaba excluida en virtud del artículo 31 LF. Por lo tanto, quedaba tan sólo la alternativa de la invalidez de la norma del Estado federado.

3.2. La colisión de principios

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que

en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso³¹.

Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal³². Aquí, a guisa de ejemplo, puede recurrirse a dos

³⁰ BVerfGE 1, 283 (292 ss.).

³¹ Con respecto al concepto de la dimensión del peso, cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 26 ss.

³² Las ponderaciones de bienes muestran con máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derecho fundamental (en todo caso

²⁹ Cfr., por ejemplo, G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 135, 141 ss.; A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 169 ss.; C./O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 133 ss.

decisiones, a la del fallo sobre incapacidad procesal y la del fallo Lebach. El análisis de la primera decisión conduce a intelecciones acerca de la estructura de las soluciones de colisiones que pueden ser resumidas en una ley de colisión; la segunda profundiza estas intelecciones y conduce a la concepción del resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscripta.

3.2.1. La ley de colisión

En el fallo sobre la incapacidad procesal, se trata de la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto³³. El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental"³⁴. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad sin más"³⁵. Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee *mayor peso en el caso concreto*: "Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2

también) como principios. De una manera todavía más fácil puede reconocerse esto cuando el Tribunal formula expresamente mandatos de optimización, como por ejemplo en el fallo sobre el Partido Comunista Alemán (BVerfGE 5, 85 (204)): "el desarrollo *lo más amplio posible* de su personalidad", en el fallo sobre las farmacias (BVerfGE 7, 377 (403)): "La elección de la profesión (...) tiene que ser afectada *lo menos posible* por el poder público" y en la resolución sobre la regulación de los artes y oficios (BVerfGE 13, 97 (105)): "en la elección de la profesión (se realiza) la *mayor libertad posible*" (subrayados de R. A.).

³³ BVerfGE 51, 324.

³⁴ BVerfGE 51, 324 (345).

³⁵ *Ibidem*.

párrafo 2 frase 1 LF³⁶. Esta situación de decisión responde exactamente a la colisión de principios. Las diferencias son sólo de tipo terminológico. No se habla de una "colisión" sino de un "campo de tensión" y de un "conflicto" y aquello que entra en colisión y entre lo que hay que ponderar no es designado como "principio" sino como "deber", "derecho fundamental", "pretensión" e "interés". Es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios. Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible la vida y la integridad física del acusado. Estos mandatos valen relativamente con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas de su cumplimiento. Si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del derecho penal, la audiencia oral estaría ordenada o, al menos, permitida³⁷. Si existiera tan sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibida la realización de la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como

³⁶ BVerfGE 51, 324 (346).

³⁷ Aquí se considera solo la constelación que consiste en el caso que hay que solucionar y en los dos principios. Si en esta constelación se deja caer uno de los dos principios contrapuestos, pierde entonces su importancia la referencia a las posibilidades jurídicas. El principio deja de ser un mandato de optimización para convertirse en un mandato de maximización referido tan sólo a las posibilidades fácticas. Esto conduce a la idea de que los principios, por sí mismos o aisladamente, tienen el carácter de mandatos de maximización. Por ello, podría pensarse en definir a los principios como mandatos de maximización y no de optimización. Sin embargo, una definición tal no abarcaría la relación con otros principios, que es constitutiva para los principios. Habría entonces o bien que añadir una regla de optimización referida a mandatos de maximización o completar la definición como mandato de maximización, referida a principios aislados, con una definición como mandato de optimización que abarcara la cohesión de los principios. Frente a ello, la definición general aquí elegida como mandato de optimización tiene la ventaja de la simplicidad. Además, no excluye —cuando ello es conveniente— la adopción de una perspectiva desde la cual los principios pueden ser considerados en si mismos o aisladamente, como, en lo que sigue, se hará a menudo.

una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

El concepto de relación de precedencia condicionada que se acaba de utilizar tiene importancia fundamental para la compresión de la colisión de principios y, con ello, para la teoría de los principios. Para poder explicarlo con mayor detalle, serán designados los dos principios *opuestos de la resolución de la incapacidad procesal* como " P_1 " (derecho a la vida y a la integridad física) y " P_2 " (aplicación del derecho penal). Tomados en sí mismos, P_1 y P_2 conducen a juicios concretos de deber ser jurídico reciprocamente contradictorios: P_1 a "Está prohibido realizar la audiencia oral" y P_2 a "Está ordenado realizar la audiencia oral". Esta colisión puede ser solucionada mediante el establecimiento de una relación de precedencia incondicionada o condicionada. Como símbolo para la relación de precedencia se utilizará el signo " \mathbf{P} ".³⁸ Para las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, se utilizará " C ". Hay cuatro posibilidades de decidir el caso mediante una disolución de una colisión de principios:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

(1) y (2) son relaciones de precedencia incondicionadas. Se puede hablar también de relaciones "abstractas" o "absolutas" de precedencia. El Tribunal excluye la aceptación de una tal relación de precedencia incondicionada con la frase: "ninguno de estos intereses merece sin más la precedencia frente al otro".³⁹ Esta frase vale, en general, para las colisiones de principios del derecho constitucional. Sólo a primera vista, el principio de la dignidad humana, sobre el que se volverá más adelante, constituye una excepción. Por lo tanto, quedan sólo las posibilidades designadas con (3) y (4) de una relación de

³⁸ Cfr. al respecto, G. H. v. Wright, *The Logic of Preference*, Edimburgo 1963, pág. 19.

³⁹ BVerfGE 51, 324 (345).

precedencia condicionada o, como podría también decirse, concreta o relativa. La cuestión decisiva reza, pues, bajo cuáles condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder. En este contexto, el Tribunal se sirve de la muy difundida metáfora del peso. Según sus palabras, lo que importa es si "los intereses del acusado en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal".⁴⁰ Este tipo de intereses no puede tener peso en un sentido cuantificable. Por ello, cabe preguntar qué se quiere decir con el discurso de los pesos. El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P_1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2 , bajo las condiciones C dadas en el caso concreto. Más abajo se llevará a cabo una precisión al respecto.

La ponderación del Tribunal consiste, totalmente en el sentido de lo aquí presentado, en la mención de las condiciones de precedencia (C) y la fundamentación de la tesis de que bajo estas condiciones P_1 precede a P_2 . La condición de precedencia de P_1 (es decir, del principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF) obtiene su formulación más general en la frase: "Si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesionará en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF".⁴¹ Este enunciado conduce a un punto importante para la teoría de las relaciones de precedencia condicionadas. Llama la atención que en ella no se hable de la precedencia de un principio, interés, pretensión, derecho o de algún otro objeto similar; más bien se mencionan *condiciones*, bajo las cuales se produce una *lesión de un derecho fundamental*. Pero que una acción lesiona un derecho fundamental significa que está prohibida desde el punto de vista iusfundamental. El citado enunciado puede, por lo tanto, ser entendido como la formulación de una regla de la forma: "Si una acción satisface las condiciones C , entonces pesa sobre ella una prohibición iusfundamental".

Lo que aquí fuera caracterizado como "condición de precedencia" y designado por la letra " C " juega, pues, un papel doble. En el enunciado de preferencia:

⁴⁰ BVerfGE 51, 324 (346).

⁴¹ Ibídem.

(3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$

C es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla:

(5) Si la acción a cumple C , entonces pesa sobre a una prohibición iusfundamental.

C es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. El que C tenga este carácter doble resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia. Pues el que P_1 , es decir, el principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, tenga preferencia bajo las circunstancias C significa que la consecuencia jurídica que resulta de P_1 vale cuando se dan las circunstancias C ⁴². Así pues, de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia. Por lo tanto, puede formularse la siguiente ley sobre la conexión de relaciones de precedencia condicionadas y reglas:

(K) Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 ; $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.

Una formulación algo menos técnica reza:

(K') Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.

Esta ley, que será llamada "ley de colisión", es uno de los funda-

⁴² En el caso analizado, de lo que se trata es de saber si la consecuencia jurídica que resulta de P_1 se presenta en toda su amplitud o no. Pueden haber casos en los cuales sea necesario recortar las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia. En estos casos, P_1 precede a P_2 bajo las condiciones del caso (C) sólo con respecto a una limitada consecuencia jurídica (R'), cuya notación es " $(P_1 \mathbf{P} P_2) C, R'$ ". La cuestión de la precedencia con respecto a una consecuencia jurídica limitada debe ser distinguida del problema de la adecuación y de la necesidad, que se refiere a las posibilidades de la realización fáctica del principio y que será analizado más adelante.

mentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores^{43, 44}.

3.2.2. Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscriptas

Sobre la base del fallo Lebach⁴⁵, puede aclararse aún más lo aquí dicho. En este fallo se trata de la siguiente situación: El Segundo Programa de Televisión (ZDF) proyectaba la emisión de una película documental: "El asesinato de soldados en Lebach". En esta película debía informarse acerca de un crimen en el cual cuatro soldados del grupo de la guardia de un depósito de municiones del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían y se sustrajeron armas con las que se pensaba realizar otros actos delictivos. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen y que estaba a punto de abandonar la prisión consideró que la emisión de esta película televisiva en la que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho fundamental del artículo 1, párrafo 1 y del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización. El Tribunal Provincial rechazó su pedido de un auto provisional para prohibir la emisión de la película y el Tribunal Provincial Superior rechazó la apelación de esta medida. En contra de esta decisión, presentó un recurso de inconstitucionalidad.

Aquí habrá de interesar sólo la parte de la decisión que se refiere a la solución de una colisión de principios. Otros problemas tales como el efecto en terceros, no serán tratados. La argumentación del Tribunal

⁴³ Cfr. Capítulo 3. II. 1.

⁴⁴ Aquí baste señalar que la ley de colisión conduce —a través del establecimiento de condiciones concretas de precedencia— a una dogmática diferenciada de los distintos derechos fundamentales, es decir, evita una preferencia y un desplazamiento en términos generales. Así, la delimitación según esta ley no es una cuestión de todo-o-nada, sino un problema de "desplazamiento del derecho fundamental en cuestiones singulares" (BVerfGE 28, 243 (263)).

⁴⁵ BVerfGE 35, 202.

se lleva a cabo a través de tres gradas, algo que tiene especial interés para la teoría de las condiciones de preferencia. En la primera grada se constata "una situación de tensión entre la protección de la personalidad, garantizada en el artículo 2 párrafo 2 en conexión con el artículo 1 párrafo 1 LF, y la libertad de información de acuerdo con el artículo 5 párrafo 1 frase 2 LF"⁴⁶. Una vez más, el primer principio será designado con P_1 y el segundo con P_2 . P_1 por sí solo conduciría a la prohibición; a su vez, P_2 , tomado en sí mismo, a la permisión de la emisión. Este "conflicto", como el Tribunal llama a veces a la colisión, no es solucionado declarando inválida una de ambas normas, sino a través de una "ponderación" en la que ninguno de los dos principios —el Tribunal Constitucional Federal habla en este contexto de "valores constitucionales"— "puede pretender una precedencia básica". Más bien, habría que "decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la conformación típica del caso y las circunstancias especiales del caso particular"⁴⁷. No es posible una descripción más precisa de una colisión de principios. Dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Qué sea lo que aquí vale depende de cómo haya que decidir en vista de las circunstancias del caso⁴⁸. Cabe

⁴⁶ BVerfGE 35, 202 (219).

⁴⁷ BVerfGE 35, 202 (225).

⁴⁸ No puede haber duda de que el Tribunal soluciona el caso a través de una ponderación de principios. Pero, cabe preguntarse si estaba abierta sólo esta vía. Motivo para esta pregunta lo ofrecen los análisis del Tribunal en los cuales examina si una emisión de televisión que identifica al recurrente es *adecuada y necesaria* para los *fines* perseguidos por la ZDF. A estos fines pertenecen, entre otros, la información de la población sobre la eficacia de la imposición de la pena, un efecto de intimidación en los actores potenciales y un "fortalecimiento de la moral pública y de la responsabilidad social" (BVerfGE 35, 204 (243)). Por ello, podría pensarse que el caso no debería haber sido decidido a nivel de la ponderación entre valores constitucionales o principios, es decir, en la tercera grada de la máxima de proporcionalidad (cfr. al respecto L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttinga 1982, págs. 2 ss., como así también 100 ss.), sino en las gradas anteriores de la adecuación y de la necesidad (así, por ejemplo, B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pág. 34). Pero, de esta manera sólo podría haberse excluido la mención del nombre y la presentación de su imagen en la pantalla. Como el Tribunal parte del hecho de que el recurrente sería lesionado en sus derechos también en el caso de que no se mencionara su nombre y no se presentara su imagen en la pantalla (BVerfGE 35, 202 (243)), era indispensable una decisión en la tercera grada de la máxima de proporcionalidad. Sólo si el Tribunal no hubiera partido de estas premisas, habría existido la posibilidad de solucionar el caso con la ayuda de las máximas de la adecuación y de la necesidad.

señalar aquí que a la ya constatada variedad de las caracterizaciones del objeto de la ponderación, se añade otra más: la caracterización como "valores constitucionales".

Tras haber constatado la colisión de principios que abstractamente tienen la misma jerarquía, en la segunda grada, el Tribunal llega a una precedencia general de la libertad de información de la emisora (P_2) en el caso de "una información actual sobre hechos delictivos" (C_1)⁴⁹, es decir, a $(P_2 \rightarrow P_1) C_1$. Esta relación de precedencia es interesante porque sólo se establece una precedencia general o básica. Esto significa que no toda información actual está permitida. La condición de precedencia y, con ello, el tipo de la regla correspondiente a la ley de colisión según la proposición de preferencia incluye, pues, una cláusula *ceteris paribus* que permite establecer excepciones.

La decisión es tomada en la tercera grada. Aquí, el Tribunal constata que en caso de la "repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información" que "pone en peligro la resocialización del autor" (C_2), tiene precedencia la protección de la personalidad (P_1) frente a la libertad de información (P_2), lo que en el caso que hay que decidir significa que esta última está prohibida⁵⁰. Por lo tanto, vale el enunciado de precedencia $(P_1 \rightarrow P_2) C_2$. C_2 se divide en cuatro condiciones (repetición/ningún interés actual en la información/hecho delictivo grave/peligro para la resocialización). Por ello, la regla $C_2 \rightarrow R$ que corresponde al enunciado de precedencia es una regla con cuatro características de supuesto de hecho, con la siguiente estructura:

$$(6) \quad S_1 \text{ y } S_2 \text{ y } S_3 \text{ y } S_4 \rightarrow R.$$

El **ella reza**: una información televisiva repetida (S_1) que no responde a un interés actual de información (S_2) sobre un hecho delictivo grave (S_3) y que pone en peligro la resocialización del actor (S_4) está iusfundamentalmente prohibida (R).

Más arriba, se designaron como normas de derecho fundamental tanto las dictadas directamente como las normas adscriptas⁵¹. Una norma jurídica adscripta es una norma para cuya adscripción es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Si para la norma que se acaba de presentar es posible una fundamentación iusfundamental

⁴⁹ BVerfGE 35, 202 (231).

⁵⁰ BVerfGE 35, 202 (237).

⁵¹ Supra, Capítulo 2. II. 2.

mental correcta —algo que aquí se presupondrá— entonces es una norma de derecho fundamental. Al mismo tiempo, es una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido al igual que si fuera una norma legislada, cosa que en efecto sucede en el fallo Lebach⁵². Por lo tanto, vale lo siguiente: como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso. Por lo tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente carácter de principios —algo que, como se mostrará, no es así— existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios y otras que son reglas.

Estas últimas observaciones conducen ya a la aplicación de la teoría de los principios a la teoría de la norma iusfundamental. Antes de seguir esta vía, la teoría de los principios deberá ser profundizada todavía un poco más. Hasta ahora, los principios han sido definidos como mandatos de optimización y las reglas, como normas que sólo pueden ser cumplidas o no. De esta diferencia surgió el diferente comportamiento de conflicto y colisión. Ahora deberán ser consideradas algunas otras propiedades, que resultan de aquellas características básicas, y analizadas algunas objeciones que podrían presentarse en contra de la teoría del conflicto y la colisión aquí presentada. Las objeciones de tipo general que se apoyan en la vecindad de la teoría de los principios con las teorías de los valores y de la ponderación serán tratadas después de la aplicación de la teoría de los principios a la teoría de la norma de derecho fundamental.

4. El diferente carácter *prima facie* de reglas y principios

Una primera propiedad importante que resulta de lo hasta aquí dicho es el diferente carácter *prima facie* de las reglas y principios⁵³.

⁵² Con respecto a la estructura de esta subsunción, cfr. R. Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", págs. 195 ss.

⁵³ Con respecto al concepto del carácter *prima facie*, cfr. básicamente, aunque en muchos puntos poco claro, W. D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford 1930, págs. 19 ss., 28 ss., como así también K. Baier, *The Moral Point of View*, Ithaca N. Y. Londres 1958, págs. 102 ss., y R. M. Hare, *Moral Thinking*, Oxford 1981, págs. 27 ss., 38 ss., que se remiten a Ross. J. Searle, "Prima Facie Obligations" en J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford 1978, págs. 84 ss., propone renunciar al término "*prima facie*" y a sus opuestos y en su lugar distinguir entre aquello "*what one has an*

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.

Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión⁵⁴. Sin embargo, este modelo es demasiado simple. Se requiere un modelo más diferenciado. Pero, también dentro del marco de un modelo diferenciado, hay que mantener el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios.

Del lado de las reglas, la necesidad de un modelo diferenciado resulta del hecho de que es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo

obligation to do" y aquello "*what one ought to do all things considered*" (loc. cit., págs. 88 s.). Aquí tiene sólo interés señalar que, según Searle, existen dos usos de "*ought*", uno "*all things considered*" y otro *no "all things considered"*. Hay que concederle a Searle que con este último uso están vinculados algunos problemas. Pero, una renuncia al término "*prima facie*" sería recomendable sólo si se quisiera renunciar a toda distinción terminológica. Con respecto a un interesante intento de reconstrucción del carácter *prima facie* con los medios de la lógica deontica, cfr. J. Hintikka, "Some Main Problems of Deontic Logic" en R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1970, págs. 67 ss.

⁵⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 24, 26.

sobre la base de un principio. En contra de lo que piensa Dworkin⁵⁵, las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables⁵⁶. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción. Desde luego, es concebible un sistema jurídico que prohíba la limitación de las reglas a través de la introducción de cláusulas de excepción. Como lo muestran los múltiples casos de la llamada reducción teleológica, el sistema jurídico de la República Federal de Alemania no contiene tal prohibición para todos los campos del derecho⁵⁷. Las reglas para las cuales no vale esta prohibición pierden su carácter estrictamente definitivo. El carácter *prima facie* que adquieren a raíz de la pérdida de su carácter estrictamente definitivo es, sin embargo, básicamente distinto del de los principios. Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Estos principios serán llamados "principios formales". Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas⁵⁸. Sólo si a tales principios no se les diera ya ningún peso, lo que tendría como consecuencia el fin de la validez de las reglas en tanto tales, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*.

El que las reglas, a través del debilitamiento de su carácter definitivo, no obtengan el mismo carácter *prima facie* que los principios, es sólo una cara de la medalla. La otra es que tampoco los principios,

⁵⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pág. 25.

⁵⁶ R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", págs. 68 ss.

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, BGHZ 24, 153; 59, 236. Para una visión general, cfr. H. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, Gotinga 1983.

⁵⁸ En este contexto, se pueden introducir los conceptos de ordenamiento jurídico *duro* y *blando*. Un sistema jurídico es tanto más duro cuanto más fuerte sea el carácter *prima facie* de sus reglas y cuanto más normado esté por reglas. Con respecto al hecho de que la polémica acerca de la dureza necesaria de un ordenamiento jurídico no es ningún tema nuevo, cfr. O. Behrends, "Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht" en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung 25 (1978), págs. 187 ss.

a través del reforzamiento de su carácter *prima facie*, obtienen el mismo carácter *prima facie* que las reglas. El carácter *prima facie* de los principios puede reforzarse introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios. La decisión de incapacidad procesal ha mostrado que tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios. Es posible introducir una carga de argumentación en beneficio de los principios del primer tipo y en contra de los del segundo, es decir, una carga de argumentación en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos. Algo parecido tiene en mira Schlink cuando dice que los "derechos fundamentales son reglas de la carga de la argumentación"⁵⁹. Aquí no se tratará ahora la cuestión de si la suposición de tales reglas de carga de la argumentación está justificada o no. Lo que aquí interesa es tan sólo que tampoco con la suposición de una carga de argumentación en beneficio de determinados principios se equipara su carácter *prima facie* con el de las reglas. Tampoco una regla de carga de la argumentación libera de la necesidad de establecer, en el caso concreto, las respectivas condiciones de precedencia. Tiene sólo como consecuencia que cuando se dan razones igualmente buenas o en caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el otro. Esto refuerza, por cierto, el carácter *prima facie* del principio afirmado por una regla de carga de la argumentación. Pero, el carácter *prima facie* de las reglas, que se apoya en el hecho de una disposición ya tomada autoritativamente o transmitida es algo básicamente diferente y esencialmente más fuerte.

Con esto, cabe constatar que, por lo que respecta a su carácter *prima facie*, reglas y principios son claramente distintos también a la luz de las diferenciaciones necesarias.

5. Reglas y principios como razones

Las reflexiones hasta aquí presentadas muestran que las reglas y los principios son razones de tipo diferente. Los principios son siempre razones *prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas. Con la caracterización como razo-

⁵⁹ B. Schlink, *Abwidigung im Verfassungsrecht*, pág. 195.

nes *prima facie* y definitivas, todavía no se ha dicho nada acerca de para qué son razones las reglas y los principios. Pueden ser considerados como razones para acciones o razones para normas y, en tanto razones para normas, como razones para normas universales (abstracto-generales) y/o normas individuales (juicios de deber ser jurídico-concretos)⁶⁰. Raz ha sostenido la opinión según la cual las normas serían razones para acciones⁶¹. En cambio, aquí, las reglas y los principios serán considerados como razones para normas. Sin embargo, el abismo entre ambas concepciones es menos profundo que lo que puede parecer ya que si las reglas y los principios son razones para normas, también son, mediáticamente, razones para acciones. La opinión aquí sostenida responde a la concepción de la jurisprudencia. En la ciencia del derecho, se formulan aseveraciones acerca de lo que está ordenado, prohibido y permitido, y el juez decide justamente sobre esto. El concepto semántico de norma corresponde a ello. Al ser vistas las reglas y los principios como razones para normas, la relación de fundamentación queda limitada a cosas de una sola categoría, lo que facilita su manejo, sobre todo su análisis lógico.

Uno de los criterios presentados para la distinción entre reglas y principios cualifica a los principios de razones para reglas y sólo para ellas. Si este criterio fuera correcto, los principios no podrían ser razones inmediatas para juicios concretos de deber ser. A primera vista, parece algo plausible la concepción según la cual los principios son razones para las reglas y las reglas razones para juicios concretos de deber ser (normas individuales). Sin embargo, si se observan las cosas más de cerca, resulta ser incorrecta. También las reglas pueden ser razones para reglas y los principios pueden ser razones para juicios concretos de deber ser. Quien acepta como incombustible la norma según la cual no se puede lesionar la autoestima de cada cual, ha aceptado una regla. Esta regla puede ser la razón para otra regla según la cual a nadie debe hablársele de sus fracasos. Por otra parte, los principios pueden ser razones para decisiones, es decir, para juicios concretos de deber ser. Así, en la decisión sobre la incapacidad procesal, el principio de la protección de la vida fue una razón para la no admisibilidad de la realización de la audiencia oral. Sin embargo, la caracterización de los principios como razones para reglas indica un punto correcto. Refleja el carácter diferente de reglas y principios

⁶⁰ Con respecto a estas distinciones, cfr. supra Capítulo 2, nota 11.

⁶¹ J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres 1975, págs. 15, 58.

como razones para juicios concretos de deber ser. Cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que promulgar, como es el caso cuando es aplicable y no permite ninguna excepción, entonces es una *razón definitiva*. Si este juicio concreto de deber ser tiene como contenido el que a alguien le corresponde un derecho, entonces este derecho es un *derecho definitivo*. Por el contrario, los principios son siempre sólo *razones prima facie*. Tomados en sí mismos, establecen sólo derechos *prima facie*. Así, en el caso Lebach, la ZDF tenía sólo un derecho *prima facie* a la emisión del programa. Las decisiones sobre derechos presuponen la determinación de derechos definitivos. La vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas. Posiblemente son estas conexiones a las que apunta Esser cuando dice que el "principio [...] no es él mismo 'directriz' sino razón, criterio y justificación de la directriz"⁶² y a las que se refiere Kant cuando afirma que "dos razones de la obligación (*rationes obligandi*) de las cuales la una o la otra no es suficiente para la obligación (*rationes obligandi non obligantes*), (pueden) estar vinculadas en un sujeto y en una regla que se prescribe pues entonces la una no es deber"⁶³.

6. Generalidad y principios

Es bastante fácil fundamentar el derecho relativo del criterio de generalidad. Los principios suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo. Cuando son referidas a los límites del mundo real y normativo, se llega a un *sistema de reglas diferenciado*. El concepto de sistema de reglas diferenciado, dependiente de principios, tendrá importancia para el análisis de las objeciones en contra del carácter supuestamente

⁶² J. Esser, *Grundgesetz und Norm*, pág. 51.

⁶³ I. Kant, *Metaphysik der Sinnen*, pág. 224.

general de las ponderaciones. La existencia de normas de alto grado de generalidad que no son principios muestra que al criterio de la generalidad le corresponde sólo un derecho relativo. El enunciado normativo "Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto" (art. 103 párrafo 2 LF; § 1 Código Penal) puede presentar una serie de problemas de interpretación y detrás de él se encuentra un principio al que puede recurrirse para su interpretación, pero formula una regla, pues lo que exige es algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido. Como, a menudo, esta norma es designada como "principio", es un ejemplo de aquellos casos en los cuales la aquí sostenida teoría de los principios se aparta del uso habitual del lenguaje.

Las razones de las otras múltiples propiedades de los principios son obvias. En tanto razones para reglas, a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquéllas; en tanto razones básicas para numerosas reglas, los principios tienen una importancia fundamental, por lo que respecta a su contenido, para el ordenamiento jurídico; su referencia a la idea del derecho resulta de un modelo de fundamentación que avanza de lo general a lo cada vez más especial; y el hecho de que como normas "surgidas naturalmente" puedan ser contrapuestas a las normas "creadas" se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho.

7. Tres objeciones en contra del concepto de principio

Independientemente de la cuestión de si su utilización es recomendable justamente en el marco de una teoría del derecho fundamental, pueden aducirse tres objeciones en contra del concepto de principio aquí presentado. La primera dice que habría colisiones de principios solucionables mediante la declaración de invalidez de uno de los principios; la segunda, que existirían principios absolutos que no pueden nunca ser colocados en una relación de preferencia con otros principios; y la tercera, que el concepto de principio es demasiado amplio y, por lo tanto, inútil porque abarcaría todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta en las ponderaciones.

7.1. La invalidez de los principios

Es indudable que existen principios que, si aparecieran en un determinado ordenamiento jurídico, tendrían que ser declarados inválidos desde su primer choque con otros principios. Un ejemplo es el principio de discriminación racial. El derecho constitucional de la República Federal de Alemania excluye este principio. No es el caso que haya algunos casos en los cuales tenga preferencia y otros en los que pase a segundo plano; mientras valgan los principios del actual derecho constitucional, ellos desplazan siempre a este principio; ello significa que no tiene validez. Si se produjese un choque, éste tendría que ser solucionado como un conflicto de reglas. Por ello, podría pensarse que no vale la teoría de la colisión presentada más arriba. Pero, esto no tendría en cuenta el punto decisivo. Para decir por qué tal es el caso, los conceptos de conflicto de reglas y de colisión de principios serán resumidos bajo el concepto de contradicción de normas en el sentido más amplio de la palabra. El punto decisivo es que existen dos tipos categorialmente diferentes de contradicciones de normas en sentido amplio. En uno de ellos, de lo que se trata es de la pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, de la validez. El conflicto de reglas es el ejemplo principal al respecto. El principio de la discriminación racial muestra que también en el caso de los principios puede presentarse la cuestión de la validez, aun cuando este problema surja raras veces. En el marco de la cuestión de la validez, se trata siempre de saber qué debe ser colocado dentro o fuera del ordenamiento jurídico.

El otro tipo de contradicción de normas en sentido amplio se da dentro del ordenamiento jurídico. Las contradicciones de normas en sentido amplio que tienen lugar dentro del ordenamiento jurídico son siempre colisiones de principios y las colisiones de principios se dan siempre dentro del ordenamiento jurídico. Esto pone claramente de manifiesto que el concepto de colisión de principios presupone la validez de los principios que entran en colisión. Por ello, la referencia a la posibilidad de catalogar a los principios como inválidos no afecta el teorema de la colisión sino que simplemente revela uno de sus presupuestos.

7.2. Principios absolutos

En el problema de la invalidez de principios, se trataba de prin-

cipios sumamente débiles, es decir, de principios que, en ningún caso, preceden a otros. En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable.

Es fácil argumentar en contra de la validez de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tienen que ceder frente al derecho de cada individuo fundamentado por el principio, lo que es contradictorio. Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico.

Sin embargo, podría pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF: "La dignidad de la persona es intangible". Efectivamente el artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF provoca la impresión de absolutidad. Pero, la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio, y también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos. Un ámbito definido por tales condiciones, es decir, protegido por las reglas que corresponden a estas condiciones, es lo que el Tribunal

Constitucional Federal designa como el "ámbito esencial absolutamente protegido de la configuración de la vida privada"⁶⁴.

El carácter de regla de la norma de la dignidad de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no. Sin embargo, en vista de la vaguedad de la norma de la dignidad de la persona, existe un amplio espectro de respuestas posibles a esta pregunta. Al respecto, son instructivas las consideraciones del Tribunal Constitucional Federal en el fallo sobre escuchas: "Por lo que respecta al principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona mencionado en el artículo 1 LF [...]. todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ser violada la dignidad humana. Manifiestamente, no puede darse una respuesta general sino que siempre hay que tener en cuenta el caso concreto"⁶⁵ Con la fórmula utilizada en este fallo de "tratamiento despectivo"⁶⁶, el Tribunal se abre un amplio campo para una tal constatación en los casos concretos. En ella existe la posibilidad de ponderación. Que el Tribunal hace uso de esta posibilidad lo muestran manifestaciones tales como las que afirman que la dignidad de la persona no es lesionada cuando "la exclusión de la protección judicial no es motivada por una desconsideración o subestimación de la persona humana, sino por la necesidad de mantener en secreto medidas para la protección del orden democrático y la existencia del Estado"⁶⁷. Esto puede ser entendido en el sentido de que, cuando el mantenimiento en secreto es necesario y se cumplen otras condiciones, tales como las del control

⁶⁴ BVerfGE 34, 238 (245). Es interesante cómo el Tribunal define en esta decisión la relación del concepto del ámbito absolutamente protegido con el concepto de ponderación: "Tampoco intereses prioritarios de la colectividad pueden justificar una intervención en el ámbito absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo con las pautas de la máxima de proporcionalidad." Esta frase plantea problemas de interpretación. Ha de ser entendida en el sentido de que el principio de la dignidad de la persona precede también en casos en los cuales, *desde el punto de vista del derecho constitucional*, un principio contrapuesto tiene un peso mayor? Esto sería contradictorio. Para evitar la contradicción, la cláusula "intereses prioritarios de la colectividad" tiene que ser entendida de forma tal de que en ellos se trate de intereses que tengan más peso desde algún punto de vista, que no sea el del derecho constitucional. Pero, entonces, *desde el punto de vista del derecho constitucional*, podría ser ponderado sin mayor problema y encontrarse que el principio de la dignidad de la persona tiene más peso.

⁶⁵ BVerfGE 30, 1 (25).

⁶⁶ BVerfGE 30, 1 (26).

⁶⁷ BVerfGE 30, 1 (27).

jurídico a través de los órganos y los órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo, tiene precedencia el principio de la protección del Estado frente al de la dignidad de la persona, por lo que respecta a la exclusión de la vía judicial en medidas de escuchas. El que los argumentos y contraargumentos son así relacionados puede reconocerse en el hecho de que, en caso de que desaparezcan las mencionadas condiciones, la medida sobre la que hay que juzgar seguiría siendo la misma pero, no estaría permitida. El principio de la dignidad de la persona tendría entonces precedencia frente al principio de la protección del Estado. Esto puede ser generalizado: si a nivel de los principios precede la dignidad de la persona, entonces, a nivel de las reglas, la dignidad de la persona es *lesionada*.

Que el principio de la dignidad de la persona, a los fines de la constatación del contenido de la regla de la dignidad de la persona, es ponderado frente a otros principios se muestra de manera especialmente clara en el fallo sobre la prisión perpetua en donde se dice que la "dignidad de la persona [...] tampoco es lesionada cuando la ejecución de la pena es necesaria debido a la permanente peligrosidad del detenido y, por esta razón, no está permitido el indulto"⁶⁸. Con esta formulación se constata que la protección de la "comunidad estatal", bajo las condiciones indicadas, precede al principio de la dignidad de la persona. Si se dan otras condiciones, la preferencia puede ser fijada de otra manera.

Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante⁶⁹. El principio de la dignidad de la persona puede ser

⁶⁸ BVerfGE 45, 187 (242).

⁶⁹ La ventaja de esta construcción consiste en que, por una parte, no hay que introducir ninguna cláusula restrictiva en la norma de derecho fundamental de la dignidad de la persona pero, sin embargo, por otra, puede llevarse a cabo una ponderación entre el principio de la dignidad de la persona y otros principios constitucionales. Por lo tanto, puede evitarse el peligro señalado por Kloepfer en el sentido de que "una dignidad de la persona que se imponga en todas las circunstancias frente a todos los demás principios constitucionales" reduciría "en última instancia a la garantía de la dignidad de la persona [...] a la defensa contra envejecimientos apocalípticos" (M. Kloepfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechts-

realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, precede a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovilables para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios.

7.3. La amplitud del concepto de principio

Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos. Así, en el fallo Lebach, se enfrentan dos principios de los cuales el uno garantiza un derecho *prima facie* a la protección de la personalidad y el otro un derecho *prima facie* a la libertad de información⁷⁰. En cambio, en la resolución sobre la incapacidad procesal, entran en colisión el derecho a la vida y a la integridad física con el principio de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal⁷¹, es decir, con un principio se refiere a un bien colectivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios. La escala se extiende desde la salud pública⁷², el abaste-

schenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde" en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festschrift aus Anlass des 25 - jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, editado por C. Starck, tomo 2, Tübinga 1976, pág. 411), sin que se incluya en el supuesto de hecho de la norma de la dignidad de la persona una cláusula tácita de limitación, como parece proponerlo Kloepfer. La posibilidad de esta construcción se debe a la apertura semántica del concepto de dignidad de la persona.

⁷⁰ BVerfGE 35, 202 (219). Cfr., además, BVerfGE 30, 173 (195).

⁷¹ BVerfGE 51, 324 (345).

⁷² BVerfGE 7, 377 (414 s.).

cimiento energético⁷³ y el aseguramiento alimenticio⁷⁴, pasando por la lucha contra la desocupación⁷⁵ hasta el afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas⁷⁶, la seguridad de la República Federal de Alemania⁷⁷ y la protección del orden democrático en libertad⁷⁸. El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales⁷⁹.

⁷³ BVerfGE 30, 292 (317).

⁷⁴ BVerfGE 39, 210 (227).

⁷⁵ BVerfGE 21, 245 (251).

⁷⁶ BVerfGE 28, 243 (261).

⁷⁷ BVerfGE 28, 175 (186).

⁷⁸ BVerfGE 30, 1 (26 s.). Con respecto a otras numerosas referencias, cfr. H. Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts*, págs. 133 ss.

⁷⁹ Esta definición pone claramente de manifiesto que la distinción entre derechos individuales y bienes colectivos no es tan fácil como puede parecer a primera vista. Es posible distinguir cuatro relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos, que pueden ser reciprocamente combinadas de múltiple manera: (1) Un derecho individual es exclusivamente un medio para un bien colectivo. Una tal relación supone, por ejemplo, quien considera que el derecho a la propiedad es simplemente un medio para la obtención de la productividad económica. Una colisión entre el derecho y el bien colectivo queda excluida, pues, cuando el derecho pierde su carácter de medio o hasta impide la productividad, ya no existe ninguna razón para mantenerlo. Si todos los derechos individuales fueran sólo medios para bienes colectivos, ya no podrían existir colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos. En este sentido, los derechos en tanto medios para bienes colectivos, no tendrían fuerza propia. (2) Un bien colectivo es exclusivamente un medio para derechos. De una relación tal parte quien dice que la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal vale tan sólo para asegurar derechos individuales. Desde esta perspectiva, la colisión entre un derecho individual con el principio de la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal es, en verdad, una colisión entre derechos individuales (es decir, de los principios que los garantizan). Si todos los bienes colectivos fueran exclusivamente medios para los derechos, habría tan sólo colisiones entre derechos. (3) Un bien colectivo es una situación en la que valen o deben ser cumplidas las normas que otorgan derechos individuales. Si esto valiera para todos los bienes colectivos, no haría falta hablar de bienes colectivos. (4) Entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni las relaciones medio/fin (1) o (2) ni la relación de identidad (3). Si los derechos individuales no tienen ningún carácter absoluto, entonces, bajo el presupuesto (4), las colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos son colisiones entre objetos categorialmente diferentes. Las relaciones del cuarto tipo pueden coexistir con relaciones del primero al tercer tipo. Cuáles sean las relaciones que existan depende de la tesis sobre el contenido y el carácter de los derechos individuales y los bienes colectivos.

Dworkin concibe el concepto de principio de una manera más estrecha. Según él, principios son sólo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos individuales las llama "policies"⁸⁰. Sin duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual. Las propiedades lógicas comunes de ambos tipos de principios, a las que alude Dworkin con su concepto de "principle in the generic sense"⁸¹ y que aparecen claramente en las colisiones de principios, sugieren la conveniencia de un concepto amplio de principio. La diferencia subrayada por Dworkin puede ser tomada en cuenta en el marco de un tal concepto amplio. Lo mismo vale para otras diferencias posibles.

8. La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales⁸² de la adecuación,

Tanto la tesis según la cual, en todo caso, los derechos individuales no son sólo medios para bienes colectivos como la tesis según la cual, independientemente de los derechos individuales, existen bienes colectivos, pueden ser bien fundamentadas. La primera tesis puede apoyarse en la dignidad y en la autonomía de la persona, es decir, puede ser fundamentada en sentido kantiano; la segunda puede ser fundamentada haciendo referencia al hecho de que no en todas las actividades estatales tiene que tratarse de derechos. Puede tratarse simplemente de algo útil, agradable o deseable. Esto basta para justificar el discurso, por una parte, de derechos individuales y, por otra, de bienes colectivos.

⁸⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 82, 90.

⁸¹ Ibidem, pag. 23.

⁸² Con respecto a las tres máximas parciales de la máxima de proporcionalidad, cfr., con amplia bibliografía, L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Gotinga 1981, págs. 2, 50 ss., 75 ss.; cfr., además, R. Wendt, "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot" en *AoR* 104 (1979), págs. 415 ss.; E. Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" en *AoR* (1973), págs. 571 ss.; M. Gentz, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen" en *AJW* 1968, págs. 1601 ss.; P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia/Berlin/Bonn 1961, págs. 19 ss.; K.

necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho, en una formulación algo oscura, que la máxima de la proporcionalidad resulta "en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales"⁸³. En lo que sigue, habrá de mostrarse que esto vale en un sentido estricto cuando las normas iusfundamentales tienen carácter de principio⁸⁴.

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión⁸⁵. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la

Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo 1. Múnich 1977, pág. 674; Fr. E. Schnapp, "Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs" en *JuS* 1983, pág. 581.

⁸³ BVerfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44).

⁸⁴ La máxima de proporcionalidad suele ser llamada "principio de proporcionalidad". Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas. Cfr. al respecto G. Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübinga 1983, pág. 11, quien habla de un "enunciado jurídico subsumible".

⁸⁵ Cfr. Capítulo 3. I. 3.2.1.

adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.

Para mostrar cómo la máxima de la *necesidad* se infiere del carácter de principio, habrá de considerarse aquí la constelación más simple de un examen de necesidad. El hecho de que la máxima de la necesidad presente dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio; tan sólo pone de manifiesto sus límites⁸⁶. La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego sólo dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano). Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin *F* con el principio *P*₁ o *F* es idéntico a *P*₁. Existen, por lo menos, dos medios, *M*₁ y *M*₂, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M*₂ afecta menos intensamente que *M*₁, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P*₂. Bajo estos presupuestos, para *P*₁ es igual que se elija *M*₁ o *M*₂. *P*₁ no

⁸⁶ La constelación más simple se da cuando están en juego sólo dos sujetos jurídicos, es decir, el Estado y un ciudadano, y sólo dos principios. Cuando están en juego más de dos principios, puede surgir la siguiente situación: *M*₁ y *M*₂ son dos medios igualmente adecuados para el fin *F* cuya consecución es exigida por el principio *P*₁ o es idéntico a *P*₁. *M*₂ afecta la realización de *P*₂ menos que *M*₁, pero *M*₁ afecta la realización de *P*₁ menos que *M*₂. En este caso, la máxima de necesidad no permite ninguna decisión entre las tres posibilidades que entonces surgen: (1) se elige *M*₁ y, con esto, se prefiere *P*₁ frente a *P*₂ y se realiza *P*₁; (2) se elige *M*₂ y, con esto, se prefiere *P*₂ frente a *P*₁ y se realiza *P*₂; (3) no se elige ni *M*₁ ni *M*₂ y, por lo tanto, se prefiere *P*₂ y *P*₃ conjuntamente frente a *P*₁. Para fundamentar la elección de una de estas tres posibilidades —por ejemplo, la primera— hay que exponer que está justificado preferir el no afectar *P*₁ a través de *M*₂ conjuntamente con la realización de *P*₁ al afectar *P*₂ a través de *M*₁. Pero, de lo que se trata aquí es justamente de la justificación de una relación de preferencia condicionada entre *P*₂ por un lado, y *P*₁ y *P*₃, por el otro. Totalmente similares son los problemas que pueden surgir cuando están en juego varias personas. Sean nuevamente *M*₁ y *M*₂ dos medios igualmente adecuados para el principio *P*₁ perseguido por el Estado. *M*₁ afecta menos que *M*₂ el derecho *prima facie de a* otorgado por *P*₂. *M*₂ afecta menos que *M*₁ el derecho *prima facie de b* conferido por *P*₂ o por algún otro principio *P*₃. Tampoco aquí la máxima de la necesidad permite ninguna decisión. De los problemas de las constelaciones complejas hay que distinguir los problemas de la aplicación de la máxima de la necesidad también en la constelación más simple. Entre estos problemas se cuenta, sobre todo, el de saber en qué medida el legislador y la administración disponen de un margen de pronóstico para juzgar acerca de la necesidad y, con ello, para la determinación de los medios alternativos (con respecto a estos problemas, cfr. con abundantes referencias, L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, págs. 50 ss.).

exige que se elija M_1 en lugar de M_2 o M_2 en lugar de M_1 . Para P_2 , no es igual el que se elija M_1 o M_2 . En tanto principio, P_2 impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, P_2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M_2 y no M_1 . Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de P_1 como de P_2 , sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y medios. Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que "el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo"⁸⁷ se infiere del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Es posible aclarar hasta la conexión entre la posibilidad jurídica y la posibilidad fáctica sobre la base de la constelación más simple aquí presentada. Si tanto M_1 como M_2 impiden la realización de P_2 —algo que, por lo general, es el caso cuando existe motivo para un examen de necesidad— y M_2 lo hace en menor medida que M_1 , entonces M_1 y M_2 no agotan el ámbito de las posibilidades fácticas para la realización de P_2 ni siquiera si se parte del hecho de que M_1 y M_2 son los únicos medios adecuados para el fin F exigido por P_1 . Desde el punto de vista de las posibilidades fácticas, es posible una mayor medida de satisfacción de P_2 si no se realizan ni M_1 ni M_2 . La máxima de necesidad permite sólo privilegiar a M_2 frente a M_1 . El que, en efecto, una de las dos alternativas puede ser elegida, no es una cuestión de posibilidades fácticas, es decir, no es una cuestión de necesidad, sino una cuestión de posibilidades jurídicas, es decir, una cuestión de la ponderación entre P_1 y P_2 (proporcionalidad en sentido estricto). Por ello, cuando también el medio más benigno afecta la realización de P_2 , a la máxima de la necesidad, hay que agregarle siempre la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación.

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, ya no constituye problema alguno la deducción de la máxima de la *adecuación*. Si M_1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P_1 o idéntico con P_1 , entonces M_1 no es exigido por P_1 , es decir, para P_1 es igual si se utiliza M_1 o no. Si, bajo estas circunstancias, M_1 afecta la realización de P_2 , entonces, por lo que respecta al aspecto de la

optimización con relación a las posibilidades fácticas, M_1 está prohibido por P_2 . Esto vale para todos los principios, fines y medios. Por lo tanto, también la máxima de la adecuación se sigue del carácter de principio de las normas de derecho fundamental⁸⁸.

La deducción presentada es una fundamentación de la máxima de proporcionalidad a partir de las normas iusfundamentales, en la medida en que poseen carácter de principios. Puede ser llamada "fundamentación iusfundamental". Otras fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio del Estado de derecho⁸⁹, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia⁹⁰, no quedan por ello excluidas⁹¹. En la medida en que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación iusfundamental.

II. TRES MODELOS

1. El modelo puro de principios

Los análisis hasta ahora presentados han mostrado que el Tribunal Constitucional Federal, al menos en determinadas situaciones de decisión, concibe a las normas iusfundamentales como principios. Con la ayuda de la ley de colisión, se precisó la conexión entre las normas

⁸⁸ A la deducción de la máxima de la proporcionalidad aquí presentada se aproxima E. Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", pág. 586: "Si se concibe positivamente al principio subyacente a los derechos de libertad como la *mayor oportunidad posible* de despliegue de la personalidad otorgada al individuo por la Constitución, entonces toda regulación 'exagerada' anula la posibilidad de maximización de oportunidades y es por ello constitucionalmente ilegítima".

⁸⁹ Con respecto a esta línea de fundamentación, cfr., por ejemplo, BVerfGE 23, 127 (133); 38, 348 (368).

⁹⁰ Cfr. al respecto H. Schneider, "Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen" en C. Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, tomo 2, Tübingen 1976, págs. 393 s.; R. Wendt, "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", pág. 416. R. v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburgo 1955, pág. 41, habla del "derecho natural, en un sentido atemporal, del individuo a estar libre de cargas en la medida en que ellas superan la medida requerida".

⁹¹ Con respecto a una exposición de los diferentes intentos de fundamentación de la máxima de proporcionalidad, cfr. P. Wittig, "Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes" en *DÖV* 1968, págs. 818 ss.

⁸⁷ BVerfGe 38, 281 (302).

iusfundamentales como principios y las reglas iusfundamentales referidas a decisiones: las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.

Estas observaciones sugieren un modelo simple de las normas iusfundamentales. Existirían dos tipos de normas iusfundamentales, principios y reglas. En tanto principios, tienen que ser concebidas las garantías directamente estatuidas por las disposiciones iusfundamentales. Las reglas surgen de la de determinación de condiciones de precedencia, como resultados de ponderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios, puede ser llamado "modelo puro de principios".

E. von Hippel ha propuesto un modelo puro de principios. Según von Hippel, las normas de derecho fundamental son "(meras) normas de principios" que "indican que a determinados intereses de libertad (libertad de religión, de opinión, de profesión, de propiedad, etc.). dicho brevemente, a la idea de la autodeterminación individual, hay que otorgarle una importancia especial en la ordenación de las relaciones vitales y en la solución de los casos de conflicto. Pero, con ello, no ha de excluirse la consideración de otros puntos de vista"⁹². "Sólo sobre la base de un cuidadoso análisis de la respectiva situación y de una ponderación justa de los todos intereses que están en juego, es posible decidir, en el caso particular, a cuáles resultados conduce esta referencia general que, sin embargo, muchas veces, permite, sin más, una decisión inequívoca"⁹³. Sería una "ilusión"⁹⁴ pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la Ley Fundamental. Más bien, habría que partir de la fórmula general: "Toda norma de derecho fundamental vale sólo cuando y en la medida en que al interés de libertad protegido no se le opone ningún interés (bien jurídico) de valor superior"⁹⁵. La aplicación de esta fórmula presupondría una "ponderación de los respectivos intereses"⁹⁶. Para la "ponderación de intereses" tendrían gran relevancia las "circunstancias del caso particular"⁹⁷.

⁹² E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, págs. 15 ss.

⁹³ Ibídem, pág. 18.

⁹⁴ Ibídem, pág. 22.

⁹⁵ Ibídem, págs. 25 ss., 30.

⁹⁶ Ibídem, pág. 32.

⁹⁷ Ibídem, pág. 34.

Las objeciones a un tal modelo puro de principios son obvias. La más plausible de ellas sostiene que este modelo no toma en serio la Constitución escrita. Esta objeción puede apoyarse, sobre todo, en el hecho de que el modelo puro de principios deja de lado las regulaciones diferenciadas de las restricciones de la Ley Fundamental. Los autores de la Ley Fundamental renunciaron expresamente a cláusulas restrictivas generales y dotaron a las diferentes garantías de derechos fundamentales con regulaciones restrictivas muy variadas⁹⁸. El Tribunal Constitucional Federal que, por una parte, trata a las normas de derechos fundamentales como principios, subraya, por otra, la importancia de estas regulaciones cuando habla de "una regulación cuidadosamente adecuada a la esencia de cada uno de los diferentes derechos fundamentales"⁹⁹. Puede objetarse que el modelo puro de principios, al no tomar en serio estas regulaciones, viola el texto de la Constitución¹⁰⁰. Sustituye vinculación por ponderación y, de esta manera, deja de lado el carácter de la Ley Fundamental como una "Constitución 'rígida'" que aspira a la "claridad y univocidad normativas"¹⁰¹.

No hay duda que esta objeción toca un punto importante del modelo puro de los principios. Puede, desde luego, discutirse qué es lo que significa la vinculación a la Constitución y si, en determinados casos, está permitido apartarse del texto constitucional. Pero, en cambio, es indiscutible que, por lo pronto, hay que partir del texto de la

⁹⁸ El art. 21, párrafos 3 y 4 del Proyecto de Herrenchimsee (1948) contenía todavía las disposiciones: "(3) En la medida en que de su contenido no resulte otra cosa, los derechos fundamentales deben ser entendidos dentro del marco del orden jurídico general. (4) Una restricción de los derechos fundamentales está permitida sólo en virtud de la ley y bajo el presupuesto de que lo exija necesariamente la seguridad pública, la moralidad o la salud". Con respecto a la supresión de estas cláusulas generales, en la 8a sesión de la Comisión de principios del Consejo Parlamentario, del 7 de octubre de 1948, H. v. Mangoldt manifestó que la Comisión de principios había "considerado desde el comienzo que este enunciado de la validez de los derechos fundamentales en el marco del orden jurídico general era peligroso y, por ello, (se había) preocupado por concretizarlo en la formulación de los distintos derechos fundamentales, de forma tal que pudiera desaparecer como cláusula general. Igualmente, el art. 21, párrafo 4 frase 1 Ch. E. [...] ha sido anticipado por la concretización de los distintos derechos fundamentales y, con ello, se ha logrado una mayor seguridad de los derechos fundamentales" (JÖR N. F. (1951), pág. 177).

⁹⁹ BVerfGE 32, 54 (75).

¹⁰⁰ Cf. Th. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechts-schranken*, Berlin 1981, pág. 21.

¹⁰¹ Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, págs. 17 ss.

Constitución y que, si está permitido apartarse del texto constitucional, ello puede ser el caso sólo por razones especiales. Aun cuando los padres de la Constitución hubieran establecido un "caos de restricciones" y no un "sistema de restricciones"¹⁰², sus regulaciones no carecerían de fuerza vinculante.

La cuestión es saber cuáles consecuencias han de sacarse de la justificación de esta objeción en contra de un modelo puro de principios. Existen dos posibilidades. Se puede confrontar el modelo puro de principios con un modelo puro de reglas pero, se puede también intentar construir un modelo combinado.

2. El modelo puro de reglas

Desde el punto de vista de la vinculación al texto constitucional, de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, el modelo puro de reglas es, sin duda, la alternativa más atractiva. El modelo puro de reglas es sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son *libres de ponderación*. En el modelo puro de reglas queda abierta la cuestión nada simple de interpretar las disposiciones de derecho fundamental - por ejemplo, con la ayuda de las "viejas buenas reglas de la hermenéutica jurídica"¹⁰³ — pero, puede renunciarse en él al procedimiento de la ponderación, sobre el que pesan tantas inseguridades. Ya esto sugiere cuestionar, por lo pronto, la aceptabilidad de un modelo puro de reglas. Esta cuestión habrá de ser planteada con respecto a tres tipos de normación iusfundamental: la de los derechos fundamentales sin reserva alguna, la de los derechos fundamentales con reserva simple y la de los derechos fundamentales con reserva cualificada. Con esto, no se abarcan todos los tipos de normación iusfundamental pero sí tres tan importantes que si fracasa en ellos, el modelo puro de reglas tiene que ser considerado como insostenible en su conjunto.

¹⁰² Con respecto a la tesis de la confusión de límites, cfr. K. A. Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Berlín 1968, pág. 3.

¹⁰³ E. Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, pág. 34.

2.1. Derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna

Si uno se orienta exclusivamente por el texto de la normación sin reserva, entonces no es posible ningún tipo de restricción, por ejemplo, de la libertad de religión, de la libertad del arte y del derecho a negarse a prestar servicio militar. Sin embargo, existe consenso en el sentido de que no todo aquello que, de alguna manera, puede ser colocado en el supuesto de hecho de las normas de otorgamiento de derechos sin reservas está, al final, protegido desde el punto de vista iusfundamental. Podría pensarse que ya esto hace caer el modelo puro de reglas. Sin embargo, esto vale sólo para una variante extrema de este modelo que se atiene nada más que al texto de las disposiciones constitucionales. Pero, un modelo puro de reglas no tiene por qué tener esta forma estricta. Puede intentar lograr una no-protección a través de cláusulas restrictivas *no escritas* o a través de restricciones del supuesto de hecho no escritas. Aquí se dejarán de lado los detalles de la construcción de tales restricciones¹⁰⁴ que a menudo son llamadas "inmanentes"¹⁰⁵. Lo que interesa en este lugar es sólo si pueden formularse criterios, cualquiera que sea la forma de su construcción, que en un contexto de derechos fundamentales garantizados sin reserva posibilitan decisiones sobre el alcance de la protección iusfundamental *sin ninguna ponderación*.

Un ejemplo modélico de un criterio *referido a la ponderación* es la fórmula acuñada por el Tribunal Constitucional Federal en su resolución sobre la negativa a prestar servicio militar, del año 1970¹⁰⁶ y que desde entonces, con diferentes formulaciones, subyace a sus fallos sobre la restricción de derechos fundamentales otorgados sin reserva¹⁰⁷. Esta fórmula, que es un claro ejemplo de que el Tribunal Constitucional Federal concibe, en todo caso, a las normas iusfundamentales también como principios, reza: "Sólo derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional están —en vista de la unidad de la Constitución y de

¹⁰⁴ Para una exposición amplia y crítica de las teorías de los llamados límites inmanentes de los derechos fundamentales, cfr. H. van Nieuwland, *Dastellung und Kritik der Theorien der immanenter Grundrechtsschranken*, tesis doctoral, Gotinga 1981.

¹⁰⁵ Cfr. al respecto infra Capítulo 6, I, 2.

¹⁰⁶ BVerfGE 28, 243.

¹⁰⁷ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 30, 173 (193 ss.); 32, 98 (108); 33, 23 (29); 41, 29 (50); 44, 37 (50); 49, 24 (56).

todo el orden de valores protegido por ella— excepcionalmente en condiciones de restringir en algunas relaciones hasta los derechos fundamentales ilimitables. Los conflictos que aquí surjan pueden ser solucionados sólo si se averigua cuál disposición constitucional tiene un peso mayor para la cuestión que concretamente hay que decidir [...] La norma más débil puede ser desplazada sólo en la medida en que ello parezca necesario desde el punto de vista lógico y sistemático; en todo caso, hay que respetar su contenido de valor fundamental concreto”¹⁰⁵. Cabe preguntar si son posibles alternativas aceptables y fibres de ponderación, a tales fórmulas.

Un paradigma de una teoría que, a primera vista, parece prescindir de ponderaciones y, por lo tanto, respondería al modelo de las reglas, es la teoría de las restricciones de no perturbación inmanentes de Dürig. La construcción de estas restricciones que Dürig lleva a cabo —las obtiene, siguiendo a Maunz¹⁰⁹, de la tríada de restricciones del artículo 2 párrafo 1 LF¹¹⁰, interpretado no sólo como derecho de defensa sino también como regla de interpretación para todos los derechos fundamentales— no habrá de interesar aquí¹¹¹. Lo único que importa es si las restricciones así construidas de las “tres restricciones de no perturbación primitivas”¹¹², es decir, la restricción “lógico-jurídicamente inmanente” adscripta a los “derechos de terceros”, la “restricción socialmente inmanente”¹¹³ adscripta al “orden constitucional” y la “restricción éticamente inmanente” adscripta a la “ley ética”, son cláusulas libres de ponderación.

La restricción lógico-jurídica inmanente se refiere a los derechos de terceros y, por cierto, también a derechos privados. Es fácil reconocer que éstos no pueden ser un criterio libre de ponderación. Si lo fueran, las normas iusfundamentales podrían ser restringidas por cualesquiera normas de derecho privado que confieran derechos privados. Es sintomático que Dürig, invocando el fallo Lüth, un caso clásico de ponderación, observe que para los jueces civiles “que no (deben) adoptar una posición neutra con respecto a las decisiones valorativas tomadas en los derechos fundamentales” podrían producirse “auténti-

cos problemas de ponderación valorativa”. Las ponderaciones son inevitables cuando todos son “igualmente titulares de derechos fundamentales”¹¹⁴.

Más complicadas son las cosas en las “restricciones socialmente inmanentes”. Entre ellas, incluye Dürig una “restricción iusfundamental de las normas de prohibición jurídico-penales”¹¹⁵. A fin de que el legislador no pueda establecer, a través de normas de prohibición jurídico-penales, restricciones arbitrarias de los derechos fundamentales, tiene, sin embargo, que restringir de inmediato el criterio de la norma de prohibición jurídico-penal. Este debe abarcar sólo aquellas normas de prohibición en las que se trata de “un delito criminal desde el punto de vista del derecho material” y, que por ello, se refieren a una “perturbación evidente”¹¹⁶. Pero, a través de tales cualificaciones, la “restricción iusfundamental de las normas de prohibición jurídico-penal” pierde su determinación, que es decisiva para el modelo de las reglas. Se puede discutir acerca de qué es un delito criminal desde el punto de vista del derecho material y diferentes personas tienen diferentes opiniones acerca de qué es evidente en el ámbito de los derechos fundamentales. Por cierto, existen numerosos supuestos de hecho penales en los que se puede estar seguro que su realización —si se prescinde del derecho de resistencia del artículo 20 párrafo 4 LF— en ninguna circunstancia está permitida desde el punto de vista iusfundamental. El caso de la muerte es un ejemplo al respecto. Pero, en otros, especialmente en aquellos del derecho penal subsidiario que, según Dürig, “por lo general” formula “restricciones evidentes de no perturbación”, puede perfectamente presentarse la cuestión de si, a través de ellas, se restringen con razón derechos fundamentales¹¹⁷. Responder esta cuestión haciendo referencia a lo evidente significaría dar una respuesta racionalmente no controlable y conduciría a un intuicionismo iusfundamental.

En casos claros, uno podría darse por satisfecho con la constatación de que se trata de delitos criminales de derecho material. Pero, también en ellos podría seguirse preguntando por qué esto excluye una protección iusfundamental. La respuesta reza que lo que protegen determinadas normas del derecho penal —por ejemplo, la vida de las personas— en todo caso, desde el punto de vista del derecho constitucional, es más

¹⁰⁵ BVerfGE 28, 243 (261).

¹⁰⁹ Th. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, pág. 123.

¹¹⁰ G. Dürig en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 2, párrafo 1, observación al margen 72.

¹¹¹ Cfr. para una posición divergente BVerfGE 30, 173 (192 s.).

¹¹² G. Dürig, loc. cit., observación al margen 70.

¹¹³ Ibídem, observación al margen 73 ss.

¹¹⁴ Ibídem, observación al margen 13, nota 1.

¹¹⁵ Ibídem, observación al margen 75 s.

¹¹⁶ Ibídem, observación al margen 76.

¹¹⁷ Ibídem, observación al margen 79.

importante que aquello que protege la norma de derecho fundamental que hay que restringir. Por ello, el criterio del delito criminal de derecho material puede ser considerado como una *generalización* sobre una serie de casos en los cuales determinadas normas de derecho penal prohíben, con razón, algo que las normas iusfundamentales formuladas incondicionadamente *prima facie* permiten. Las debilidades de tales generalizaciones se muestran en casos en los que se cuestiona si la norma de prohibición dotada de sanción elimina con razón una *permisión iusfundamental*. En esta dirección apunta la observación de Dürig en el sentido de que son "perfectamente concebibles casos en los que justamente está en tela de juicio si está justificada una penalización de un estado de cosas vital, desde el punto de vista iusfundamental" ¹¹⁸. En tales casos de duda, el criterio del delito criminal de derecho material o bien pierde su carácter definitivo o bien se convierte en un concepto de resultado que requiere ponderación. Pierde su carácter definitivo si se admite la posibilidad de que algo puede ser delito criminal de derecho material en un *grado* tan reducido que ya no está justificada una restricción de los derechos fundamentales. Se convierte en un *concepto de resultado que requiere ponderación* si se sigue sosteniendo la *permisibilidad* de la norma restrictiva con respecto a un delito criminal de derecho material pero, se hace depender la decisión acerca de si se trata de un delito tal si la norma de restricción protege algo tan importante que está justificada la restricción del derecho fundamental. En ambos casos se llega a ponderaciones, y tiene que llegar-se a ellas, pues, en caso de duda, no hay otra manera de decidir racionalmente como no sea a través de la ponderación entre la razón de la restricción y el derecho fundamental que se quiere limitar. Un análisis aislado de la razón de restricción puede proporcionar algunas informaciones acerca de ella pero, no puede conducir a una respuesta bien fundamentada acerca de si es lo suficientemente importante como para limitar algo también importante, como es un derecho fundamental.

Lo que se ha dicho acerca del criterio del delito criminal de derecho material de Dürig puede generalizarse. Ciertamente pueden formularse criterios libres de ponderación que abarquen correctamente una serie de casos pero, estos criterios son sólo expresión de relacio-

nes de precedencia subyacentes y seguras entre una norma de derecho fundamental y una razón de restricción. Si la relación de precedencia es cierta, el criterio parece evidente. Si el criterio es evidente, sobran entonces amplias reflexiones de precedencia por lo que respecta a la fundamentación de la decisión del caso. Pueden hasta provocar confusión. A diferencia de lo que sucede cuando se dan condiciones concretas de precedencia, en las cláusulas restrictivas abstractas —debido a la apertura y pluralidad de las relaciones jurídicas iusfundamentales— se producen, a menudo, casos de duda. En ellos, la ponderación vuelve por sus fueros. Por ello, cláusulas libres de ponderación pueden servir, en cierta medida, como reglas de oro, pero su justificación sigue dependiendo de ponderaciones subyacentes. Si surgen dudas, es inevitable llevar a cabo una ponderación. Por ello, los criterios libres de ponderación son siempre conceptos de resultado que se basan en ponderaciones y que, en el mejor de los casos, pueden, hasta cierto punto, resumir los resultados de aquéllas. Un acceso directo a los mismos, que podría ser llamado "intuitivo", no satisface las exigencias de una fundamentación racional y fracasa en los casos de duda. La impresión intuitiva de su corrección o evidencia, que se da en numerosos casos, se debe al carácter manifiesto de la distribución del peso de los principios opuestos.

Con respecto a la "restricción moralmente inmanente" de la ley moral habrá de formularse tan sólo la tesis de que la ley moral como restricción de los derechos fundamentales, sin que importe lo que se entienda por ellos, no puede ser nunca una cláusula totalmente libre de ponderación. No puede serlo porque, por una parte, los propios derechos fundamentales que hay que restringir presentan un contenido ético y, por otra, la ley moral, si ha de ser jurídicamente relevante, tiene que referirse tanto a relaciones entre personas particulares como a relaciones entre éstas y la totalidad; ello significa que, en su aplicación a los casos concretos, es indispensable llevar a cabo ponderaciones.

Lo que se ha dicho con respecto a las cláusulas restrictivas de Dürig puede extenderse a los intentos de solucionar el problema de los derechos fundamentales garantizados sin reserva no a través de la formulación de restricciones sino a través de restricciones de los supuestos de hechos. Un ejemplo de un intento tal es la teoría de Müller de la modalidad de acción concretamente específica. Como esta teoría, al igual que, en general, la relación entre restricción de los supuestos de hecho y la cláusula restrictiva será analizada en profundidad

¹¹⁸ Ibídem, observación al margen 76.

más adelante¹¹⁹, bastará aquí echar una mirada a uno de los casos utilizados como ejemplo por Müller. Se trata del caso del artista pintor que pinta en un cruce de calles. Según Müller, la prohibición de hacerlo no afecta el derecho fundamental de la libertad artística porque no restringe ninguna "forma de acción específicamente protegida por un derecho fundamental"¹²⁰. Lo decisivo sería que quede "abierta [...] una posibilidad específica [...] equivalente, intercambiable"¹²¹. Puede suponerse que tanto subjetivamente para el artista como objetivamente para la obra de arte, no constituye una gran diferencia el que se pinte en un cruce de calles o al lado de un cruce en una zona verde. El criterio de Müller interviene entonces con alguna agudeza. Sin embargo, es fácil reconocer que no es aplicable sin ponderación. Supongamos que el cruce esté cerrado al tráfico¹²² de manera tal que a nadie perjudica que alguien pinte en el cruce y no resulta afectado ningún interés público. Bajo estas circunstancias, la expulsión del pintor a la franja verde, tampoco en las condiciones indicadas, está justificada porque no existe ninguna razón suficiente para ello. La intercambiabilidad sigue siendo la misma. Sin embargo, si hay que hacer alguna diferencia entre quien pinta en un cruce frecuentado y en uno que ha sido cerrado al tráfico, el criterio decisivo no puede ser la intercambiabilidad. El criterio decisivo es la perturbación y la puesta en peligro del tráfico. Hay que poner en relación esto con el derecho fundamental. En la ponderación que aquí se requiere la intercambiabilidad puede jugar un papel importante porque cuando ella existe se da una intervención menos intensa que cuando no hay intercambiabilidad. Sin embargo, el criterio de la intercambiabilidad no puede sustituir la ponderación.

2.2. Derechos fundamentales con reserva simple

Las normas de derechos fundamentales establecidas sin reserva, si se las toma literalmente, garantizan demasiado. En cambio, el problema de las normas de derecho fundamental con reserva simple es que, si se las toma literalmente, garantizan muy poco. Así, de acuerdo con el texto de disposiciones de derecho fundamental, por ejemplo, la

¹¹⁹ Cfr. infra, Capítulo 6. II. 2.1.1.

¹²⁰ Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 64.

¹²¹ Ibídem, pág. 101.

¹²² Cfr. al respecto J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 160.

libertad de la persona garantizada por el artículo 2 párrafo 2 LF, es decir, la libertad de desplazamiento físico¹²³, en virtud de la regla de reserva del artículo 2 párrafo 2 frase 3 LF, es puesta —hasta el límite de su contenido esencial— a disposición del legislador, quien simplemente tiene que atenerse a las exigencias formales del artículo 19 párrafo 1 LF. Si uno se orienta exclusivamente por el texto literal, los derechos fundamentales con reserva simple quedan vacíos más allá de la garantía de contenido esencial¹²⁴. Que esto no puede ser correcto resulta ya de la sujeción del legislador a las normas iusfundamentales dispuesta en el artículo 1 párrafo 3 LF. Si un legislador puede restringir arbitrariamente un derecho fundamental, no está entonces sujeto a ellas.

El vaciamiento puede impedirse o bien extendiendo la garantía de contenido esencial a toda intervención en el derecho fundamental o bien introduciendo, más allá de la garantía de contenido esencial, un criterio adicional no escrito que restrinja la competencia del legislador para imponer restricciones. La garantía de contenido esencial es extendida a toda intervención en los derechos fundamentales por las llamadas teorías relativas. Según ellas, una restricción afecta el contenido esencial cuando es desproporcionada¹²⁵, es decir, cuando no es adecuada, no es necesaria o es desproporcionada en sentido estricto, es decir, no se encuentra "en una relación adecuada con el peso y la importancia del derecho fundamental"¹²⁶. Pero, con ello, la restricción de la competencia del legislador para imponer restricciones se convierte esencialmente en una cuestión de ponderación¹²⁷. Si se sostiene alguna de las llamadas teorías absolutas¹²⁸ del contenido esencial y, por consiguiente, no se extiende tanto la garantía de contenido esencial, entonces, para el ámbito no abarcado por la garantía de contenido

¹²³ BVerfGE 35, 185 (190).

¹²⁴ Con respecto al concepto de marcha en el vacío de los derechos fundamentales, cfr. R. Thoma, "Grundrechte und Polizeigewalt" en *Festgabe f. d. Preussische Oberverwaltungsgericht*, editado por H. Triepel, Berlín 1925, pág. 195.

¹²⁵ K. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, observación al margen 332 ss.

¹²⁶ Ibídem, observación al margen 318.

¹²⁷ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 8. Con respecto a la relación entre ponderación y contenido esencial en la teoría relativa del contenido esencial, cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, págs. 58 ss.; E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, pág. 47.

¹²⁸ Hasta qué punto las llamadas teorías absolutas del contenido esencial realmente son absolutas, es decir, pueden prescindir de la ponderación, será investigado más adelante en el Capítulo 6. I. 4.

esencial se plantea la cuestión de un criterio adicional. Pero, a su vez, éste puede ser sólo el de la proporcionalidad. Tal como se muestra con respecto a los derechos fundamentales sin reservas, los criterios libres de ponderación pueden abarcar correctamente, hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios. La jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal —que para toda restricción de derechos fundamentales exige que se respeten las máximas de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹²⁹— corresponde a las intelecciones teóricas, con respecto a las normas y la fundamentación de la teoría de los principios. La imposibilidad de una solución sin ponderación del problema de la reserva simple confirma la corrección de estas intelecciones y de aquella praxis. Por lo tanto, el modelo puro de reglas fracasa también ante los derechos fundamentales provistos de reservas simples.

2.3. Derechos fundamentales con reserva calificada

Por último, el modelo puro de reglas resulta ser insuficiente también allí donde tendría las mayores perspectivas de éxito, es decir, en los derechos fundamentales con reservas calificadas. No toda intervención en el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio está ya justificada si puede ser calificada como un medio para uno de los fines mencionados en el artículo 13 párrafo 3 LF y se cumplen los otros requisitos formales. La intervención tiene, además, que ser necesaria y proporcionada en sentido estricto. Graves déficits en el mercado de la vivienda pueden fácilmente ser catalogados como escasez de vivienda en el sentido del artículo 13 párrafo 3 LF. Cuando una medida que no afecta muy intensamente la inviolabilidad del domicilio es adecuada y necesaria para superar esta escasez, no necesita ya ponderarse extensamente entre el peso que tiene su superación y la violación del domicilio. Para estos casos claros, el legislador constitucional ha tomado, con el criterio de escasez de vivienda, una decisión de preferencia de aplicación inmediata. Otra es la situación

¹²⁹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 19, 330 (337); 21, 150 (155); 26, 215 (228); 27, 211 (219); 30, 292 (316).

cuando existe escasez de vivienda pero ella no es tan grave, de manera tal que surge la cuestión de si su superación justifica una intervención quizás muy intensa en el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Tiene entonces que fracasar el intento de solucionar racionalmente este caso únicamente a través de una subsunción, libre de ponderación, bajo el concepto de escasez de vivienda. En esta subsunción no se trata de saber si la situación deficitaria debe o no ser calificada como escasez de vivienda sino si esta escasez justifica la restricción de un derecho fundamental. Es perfectamente posible concebir la situación deficitaria como una escasez de vivienda que debería ser superada urgentemente, a través de medidas estatales, pero no como una escasez de vivienda que justifique la restricción de un derecho fundamental. En vista de esta posibilidad, el concepto de escasez de vivienda sólo puede ser utilizado, en todos los casos, como criterio definitivo si por ella se entiende una "escasez de vivienda en el sentido del artículo 13 párrafo 3 LF" que se da exactamente cuando una escasez de vivienda justifica una intervención en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pero esto significa que el concepto de escasez de vivienda se convierte en un concepto de resultado referido a una ponderación. Con esto se ve claramente la referencia a la ponderación, también de los conceptos en las cláusulas de reserva calificadas. El Tribunal Constitucional Federal lo expresa cuando, en el marco de una interpretación del artículo 13 párrafo 3 LF dice que hay que "fijar las restricciones del ejercicio de derechos fundamentales conciliables con el Estado de derecho respetando la suposición básica de libertad y las máximas constitucionales de la proporcionalidad y exigibilidad"¹³⁰.

El caso del negocio de limpieza rápida¹³¹ —en el que el Tribunal Constitucional Federal tenía que decidir si los derechos de ingreso e inspección, con fines de control económico, de la legislación sobre artes y oficios violan el artículo 13 LF— muestra las dificultades que puede traer consigo el modelo puro de reglas con reservas calificadas y cómo ellas pueden ser evitadas tomando en cuenta el carácter de principio.

El Tribunal elige una construcción que responde a la subsunción bajo reglas. En un primer paso, abarca los salones de limpieza rápida bajo el concepto de vivienda con lo que, como él mismo observa, no

¹³⁰ BVerfGE 32, 54 (72).

¹³¹ BVerfGE 32, 54.

deja que el texto del artículo 13 párrafo 1 LF "sea decisivo"¹³². La extensión del tipo de garantía más allá del texto conduce a dificultades en el costado de las restricciones. El objetivo del control económico no se encuentra entre las razones de restricción del artículo 13 párrafo 3 LF. Sin embargo, para llegar a la admisibilidad de ingreso e inspección, cuando ello es funcionalmente permisible con respecto a su resultado, les niega el carácter de "intervenciones y restricciones"¹³³. Que el Tribunal tiene ciertas dudas con esta construcción, que contradice los conceptos básicos de la dogmática del derecho fundamental —una intervención sigue siendo una intervención, sin que importe cuán bien fundamentada pueda estar— se ve en el hecho de que la caracteriza como "forma de consideración 'no comprometida'" de la que habría partido también el Consejo Parlamentario y que sugiere "una reformulación del texto constitucional"¹³⁴.

Desde el punto de vista de la teoría de los principios, es posible una construcción en la que la extensión de la protección a salas de negocio o talleres no conduce a este tipo de problemas por el costado de las restricciones. Su punto de partida es que la disposición del artículo 13 párrafo 1 LF: "El domicilio es inviolable" es, entre otras cosas, expresión del principio de protección del ámbito espacial del desarrollo individual de la personalidad. En este contexto, el Tribunal habla de la "finalidad de protección" del derecho fundamental¹³⁵. Si, siguiendo al Tribunal, se incluye al "trabajo profesional no perturbado" en el desarrollo individual de la personalidad, entonces es "coherente extender al ámbito espacial en el cual se realiza primordialmente este trabajo una protección jurídica correspondientemente eficaz"¹³⁶. De acuerdo con la construcción que hay que preferir aquí, esto debe ser interpretado en el sentido de que los negocios de limpieza rápida no gozan de la protección del artículo 13 LF porque ellos caigan bajo su texto literal sino porque son abarcados por el principio adscripto al artículo 13 párrafo 1 LF. Este principio conduce a que en el costado del supuesto de hecho se vaya más allá del texto literal. Para ello no ha sido pensado el costado de la restricción. Sus razones de restricción están concebidas para intervenciones y restricciones que se refieren a

¹³² BVerfGE 32, 54 (72).

¹³³ BVerfGE 32, 54 (76): "derechos de ingreso e inspección que ya no pueden ser cualificados como 'intervenciones y restricciones'".

¹³⁴ BVerfGE 32, 54 (76).

¹³⁵ BVerfGE 32, 54 (70).

¹³⁶ BVerfGE 32, 54 (71).

la vivienda en sentido estricto. En la medida en que se trata de esto, el texto literal y el peso de los principios que están en juego coinciden en lo esencial. En el caso de los espacios destinados al negocio y talleres, la cuestión es diferente. El Tribunal subraya, con razón, que en ellos los "intereses de terceros y de la comunidad" tienen mayor importancia que el principio de la protección de los espacios dedicados a la vida privada¹³⁷. A la luz de esta ponderación, formula una serie de condiciones para la permisibilidad de inspecciones y visitas a negocios y talleres. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la restricción a los horarios habituales de trabajo de negocios y talleres¹³⁸. Estas condiciones pueden ser formuladas como una regla que, de acuerdo con la ley de colisión¹³⁹, expresa la relevancia de los principios que están en juego. Esta regla no es ninguna precisión del texto del artículo 13 LF pero, puede ser adscripta a esta disposición porque se apoya en el principio por ella estatuido. De esta manera, primero, no se viola el texto literal del artículo 13 párrafo 1 LF. Los negocios de limpieza rápida no son calificados, violentando el uso ordinario del lenguaje, como "viviendas". Segundo, no puede hablarse de una violación del texto literal de las cláusulas restrictivas del artículo 13 párrafo 3 LF. Su texto debe ser referido sólo a aquello que cae bajo el texto del supuesto de hecho de la garantía constitucional. Si éste es ampliado más allá de su texto literal, colocando, al lado de su texto —en virtud del contenido de principio del artículo 13 LF— una regla que amplía la protección de derecho fundamental, el alcance de la misma no está restringido al texto literal de las cláusulas de restricción del artículo 13 párrafo 3 LF. Estas últimas se refieren sólo a aquello que cae bajo el texto literal del supuesto de hecho. De esta manera, con el auxilio de la teoría de los principios, es posible lograr sin problemas constructivos justamente la protección iusfundamental que el Tribunal otorga en su decisión.

3. El modelo regla/principios

El modelo puro de reglas fracasa en los tres tipos de normación de derecho fundamental considerados. Se puede suponer que también

¹³⁷ BVerfGE 32, 54 (75 s.).

¹³⁸ BVerfGE 32, 54 (77).

¹³⁹ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 3.2.1.

es insuficiente para otros tipos de normación que se encuentran en la Ley Fundamental. El modelo puro de principios fue rechazado porque no toma en serio las regulaciones adoptadas en la Ley Fundamental. Cuando dos formas puras contrapuestas no son aceptables, hay que preguntarse por una forma mixta o combinada, es decir, un modelo combinado. Un tal modelo combinado es el modelo regla/principios, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas.

3.1. *El nivel de los principios*

Al nivel de los principios pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental. Un principio es relevante para una decisión iusfundamental bajo la Ley Fundamental si puede *correctamente* ser presentado a favor o en contra de una decisión iusfundamental. Si tal es el caso, entonces es válido. Se puede discutir acerca de cuáles son los principios que valen en este sentido. Por razones obvias, de la posibilidad de una tal discusión sobre la validez se hace mucho menos uso que de la posibilidad de una polémica acerca de la relevancia abstracta o concreta de los principios. De la relevancia abstracta se trata en las discusiones acerca de la frase "*in dubio pro libertate*", que expresa una precedencia básica de aquellos principios que apuntan a la libertad jurídica individual.¹⁴⁰ En cambio, se trata primariamente de relevancia o precedencia concretas en la discusión acerca de la solución correcta de casos individuales de derechos fundamentales.

Entre los principios relevantes para la decisión iusfundamental se cuentan no sólo los principios que están referidos a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales *prima facie*, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones en contra, pero también como razones en favor de los derechos fundamentales *prima facie*. El acervo básico de los principios que otorgan derechos fundamentales *prima facie* es relativamente fácil de determinar. Cada vez que una disposición de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, un principio de este tipo. Más difícil de responder es la cuestión acerca de los principios referidos a

¹⁴⁰ Cfr. infra, Capítulo 10, III, 3.2.3.

bienes colectivos. Algunos de ellos son adscribibles, sin más, a cláusulas restrictivas cualificadas y algunas, en una interpretación institucional de las disposiciones de derechos fundamentales, hasta al supuesto de hecho de la garantía.¹⁴¹ Otros, como el principio del Estado social¹⁴² y el de democracia¹⁴³, pueden ser adscriptos, sin que esto cause problemas, a disposiciones de la Ley Fundamental que no son iusfundamentales. En cambio, no deja de ser problemática la adscripción de principios como el de la defensa militar a normas de competencia de la Ley Fundamental¹⁴⁴ pues, el que algo pertenezca a la competencia de la Federación dice poco acerca de su importancia con relación a los derechos fundamentales. Lo que cae dentro de la competencia de los Estados federados —cabe pensar en el derecho escolar o policial— puede tener igual o mayor importancia.

La adscripción de principios a disposiciones de la Ley Fundamental es importante, sobre todo, para la cuestión de su jerarquía constitucional. Pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, son también relevantes principios que, por su contenido, no pueden ser adscriptos a ninguna disposición constitucional. Numerosas cláusulas de restricción incluyen la autorización del legislador para decidir por sí mismo los principios según los cuales quiere orientarse, es decir, la autorización para limitar derechos fundamentales sobre la base de principios que, desde el punto de vista de la Constitución, no tienen que ser seguidos. Un ejemplo al respecto es el principio de la "conservación y promoción de los oficios manuales".¹⁴⁵ Principios como éste, que se refieren a los llamados intereses comunitarios relativos¹⁴⁶, deben su relevancia iusfundamental, en

¹⁴¹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 20, 162 (176): "prensa libre"; BVerfGE 35, 79 (120): "capacidad de funcionamiento de la institución 'ciencia libre' en tanto tal".

¹⁴² Con respecto al principio del Estado social como razón de restricción, cfr. BVerfGE 8, 274 (329): "El principio del Estado social, que también determina y restringe concretamente la libertad contractual", como así también BVerfGE 21, 87 (91).

¹⁴³ Un caso en el cual el principio de la democracia es aplicado como un principio referido a un bien colectivo para el fortalecimiento de un derecho fundamental —desde luego, a costa de un derecho fundamental opuesto— es el del fallo Lüth: BVerfGE 7, 198 (208), 212.

¹⁴⁴ BVerfGe 28, 243 (261).

¹⁴⁵ BVerfGE 13, 97 (110).

¹⁴⁶ Con respecto a la distinción entre "valores absolutos de la comunidad, es decir, generalmente reconocidos e independientes de la respectiva política de la comunidad (por ejemplo, la salud del pueblo)" y los intereses relativos de la comunidad, que resultan de las "concepciones y objetivos especiales de política económica, social y comunitaria" del legislador, cfr. BVerfGE 13, 97 (107 ss.).

parte, al hecho de que el legislador ha hecho uso de la competencia concedida en una reserva de derecho fundamental. En esta medida, puede decirse que están *formalmente* adscriptos a disposiciones iusfundamentales. Esto no significa que en tales principios lo único que interese sea la adscripción formal. Sigue siendo, además, indispensable la cuestión acerca de su relevancia *material* que hay que demostrar en la argumentación de derecho fundamental¹⁴⁷. Esto conduce al problema de saber si un principio de este tipo, que ha de ser demostrado, a través de la argumentación de derecho fundamental, como suficientemente importante como para desplazar un principio iusfundamental, no ha de tener jerarquía constitucional. Para la solución de este problema, puede distinguirse entre una jerarquía constitucional de primer y segundo grado. Un principio tiene jerarquía constitucional de primer grado cuando puede limitar un derecho fundamental garantizado sin reserva. Tiene jerarquía de segundo grado si sólo conjuntamente con una norma de competencia estatuida en una disposición de reserva puede limitar un derecho fundamental. Por lo tanto, en principios con jerarquía constitucional de segundo grado, el aspecto formal y el aspecto material o de competencia tienen que reforzarse recíprocamente, a fin de justificar una restricción. Por definición, el hecho de que el aspecto material justifique una jerarquía constitucional de segundo grado no puede ser mostrado mediante una adscripción material inmediata a una disposición constitucional sino que debe ser fundamentada a través de una argumentación iusfundamental. Por ello, la jerarquía constitucional de segundo grado es un asunto mucho más inseguro que la ya a menudo insegura jerarquía constitucional de primer grado. Cuando, en lo que sigue, se hable de "jerarquía constitucional" se hará siempre referencia sólo a la de primer grado.

La distinción entre adscripción material y formal no está, en tanto tal, vinculada con la distinción entre dos tipos de principios de diferente estructura. Principios materiales de igual estructura pueden ser adscriptos material y/o formalmente. Pero, indica una distinción entre dos tipos fundamentalmente diferentes de principios, que tiene consecuencias relevantes, es decir, la distinción entre *principios de conte-*

¹⁴⁷ Es sintomática la frase con la que el Tribunal Constitucional Federal resume su análisis del peso concreto del principio de la conservación y promoción de los oficios manuales: "Así, el legislador podía, con razón, percibir un bien colectivo especialmente importante en la conservación y cultivo de los oficios manuales [...]" (BVerfGE 13, 97 (113)).

nido o materiales y formales o procedimentales. Un principio formal o procedimental es el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve sólo intereses comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales. Además, aquel principio formal es la razón por la cual el Tribunal Constitucional Federal concede numerosos márgenes de acción al legislador. En la medida en que la concesión de márgenes de acción trae como consecuencia que exista menos protección iusfundamental que la que existiría si no hubiesen estos márgenes de acción, aquel principio puede ser calificado como una razón de restricción independiente.

Esta breve y, en modo alguno exhaustiva, visión del nivel de los principios muestra que allí están reunidas cosas muy diferentes. Más importante que la referencia a la diversidad es la constatación de la indeterminación. En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal¹⁴⁸. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias¹⁴⁹. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.

3.2. *El nivel de las reglas*

Las disposiciones de derecho fundamental pueden ser consideradas no sólo como positivizaciones de principios y, por lo tanto, como decisiones en favor de principios, sino también —y, con esto entramos en el segundo nivel— como expresión de un intento de establecer determinaciones frente a las exigencias de principios contrapuestos. Adquieren, de esta manera, un carácter doble. Mediante ellas, por una parte, se positivizan principios; pero, por otra, en la medida en que muestran tipos de garantías y cláusulas restrictivas diferenciadas, contienen determinaciones con respecto a las exigencias

¹⁴⁸ Con respecto a este concepto que, a causa de los malentendidos a los que puede dar lugar, será utilizado con cautela, cfr. R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", págs. 79 ss.

¹⁴⁹ Cfr., por ejemplo, B. N. Achterberg, "Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen" en *Der Staat* 8 (1969), págs. 159 ss.

cias de principios contrapuestos. Sin embargo, las determinaciones tomadas con ellas tienen un carácter incompleto. En modo alguno posibilitan, en todos los casos, una decisión libre de ponderación. Además, las diferentes normaciones iusfundamentales muestran un muy diferente contenido de determinación. Compárese la normación de la libertad del arte con la de la inviolabilidad del domicilio.

Cuando, a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no sólo un *principio* sino también una *regla*. Si la regla no es aplicable sin ponderación previa, entonces, en tanto regla, es incompleta. En la medida en que, en este sentido, es incompleta, la decisión iusfundamental presupone un recurso al nivel de los principios, con todas las inseguridades que ello implica. Pero, esto no cambia en nada el hecho de que, en la medida en que alcancen, las determinaciones tienen que ser tomadas en serio. La exigencia de tomar en serio las determinaciones establecidas por las disposiciones de derecho fundamental, es decir, el texto de la Constitución, es una parte del postulado de la sujeción a la Constitución. Es sólo una parte de este postulado, entre otras cosas, porque tanto las reglas estatuidas por las disposiciones constitucionales como los principios estatuidos por ellas son normas constitucionales. Esto conduce a la cuestión de la relación de jerarquía entre ambos niveles. La respuesta puede sólo rezar que, desde el punto de vista de la sujeción a la Constitución, existe una prioridad del nivel de la regla. Ciertamente, también el nivel de los principios es el resultado de un acto de positivización, es decir, de una decisión. Pero, una decisión a nivel de principios que pueden entrar en colisión deja muchas cosas sin decidir, pues, un haz de principios tolera determinaciones muy diferentes de relaciones concretas de preferencia; es conciliable con reglas totalmente diferentes. Así, pues, en la medida en que se adoptan determinaciones a nivel de las reglas, se decide más que a través de la decisión por principios. Pero, la sujeción a la Constitución significa la sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional. Por lo tanto, las determinaciones adoptadas a nivel de las reglas preceden a las determinaciones alternativas que, tomando sólo en cuenta los principios, son igualmente posibles. Pero, la cuestión es saber cuán estricta es esta precedencia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal muestra que, en todo caso, el Tribunal no supone ninguna precedencia incombustible de las determinaciones tomadas con el texto literal. Un ejemplo al respecto lo ofrece el fallo de la farmacia. De

acuerdo con el texto del artículo 12 párrafo 1 LF, a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio de una profesión, la libertad de elección de una profesión no está sujeta a ninguna reserva. El argumento correcto del Tribunal —en el sentido de que “no respondería a la realidad de la vida y, por ello, tampoco conduciría a resultados que no pueden ser dilucidados jurídicamente” si se “quisiera impedir al legislador *toda* intervención en la libertad de elección de la profesión”¹⁵⁰— puede ser entendido en el sentido de que existen condiciones bajo las cuales principios opuestos tienen un peso tanto mayor que la libertad de la elección de una profesión, que está justificado un apartamiento del texto literal de la Constitución. Se trata, pues, de un caso que no responde a la precedencia del nivel de las reglas, definido por el texto de las disposiciones constitucionales, frente al nivel de los principios. Por lo tanto, entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedencia. Más bien, vale la regla de precedencia según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución. La cuestión de la fuerza de las razones es objeto de la argumentación iusfundamental¹⁵¹.

3.3. *El carácter doble de las normas de derecho fundamental*

El hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las *disposiciones iusfundamentales*. El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las *normas iusfundamentales*. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación. Por lo pronto, recurriendo al caso de la libertad del arte, habrá de mostrarse cuál puede ser el aspecto de tales cláusulas sujetas

¹⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (401).

¹⁵¹ Cfr. al respecto *infra*, Capítulo 10. III. 3.

a ponderación. La disposición de derecho fundamental a la que aquí se hace referencia puede tener la forma:

(1) **El arte es libre.**

Puede suponerse, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal, que el "artículo 5 párrafo 3 LF... (garantiza) ampliamente la libertad de las actividades en el campo del arte" ¹⁵². Esto significa, entre otras cosas ¹⁵³, que, *prima facie*, está prohibida toda intervención en actividades que pertenecen al campo del arte. Vale, por lo tanto:

(2) Están prohibidas las intervenciones del Estado en actividades que pertenecen al campo del arte.

Si se entendiera esto como una regla completa, se obtendría un derecho ilimitado, algo que no puede ser correcto si se toma en cuenta el hecho de que hay casos en los cuales principios opuestos tienen precedencia frente a la libertad del arte. Por lo tanto, hay que añadir una cláusula restrictiva que tome en cuenta este hecho. Si, siguiendo la fórmula desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal en el tomo 28 ¹⁵⁴, se construye una cláusula restrictiva tal, la norma obtiene la siguiente forma:

(3) Están prohibidas las intervenciones del Estado en actividades que pertenecen al campo del arte cuando no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos de rango constitucional (que puedan referirse a derechos fundamentales de terceros o a bienes colectivos) y que, debido a las circunstancias del caso, tienen precedencia frente al principio de la libertad del arte ¹⁵⁵.

La cláusula introducida exige, primero, que los principios opuestos, que pueden ser designados con " P_1, \dots, P_n ", tengan *rango constitucional*; segundo, que la intervención sea necesaria para el cumplimiento de P_1, \dots, P_n , lo que incluye la *adecuación*; y, tercero, que P_1, \dots, P_n bajo las circunstancias del caso (*C*), tengan precedencia frente al principio de la libertad del arte, designado con " P_1' ", es decir, que valga ($P_1, \dots, P_n \rightarrow P_1'$) *C*. Es claro que esta cláusula, fuera de la exigencia del rango constitucional de los principios opuestos que resulta de la falta de reserva de la garantía de la libertad del arte, no formula otra cosa que las tres partes del principio de proporcionalidad. Si designamos con "*S*" el cumplimiento de toda la cláusula; con "*T*", el que algo es una actividad que pertenece a la intervención estatal en el campo artístico y, con "*R*", la consecuencia jurídica que consiste en una prohibición iusfundamental de la medida en cuestión, se obtiene la siguiente forma general de una norma de derecho fundamental provista de una cláusula restrictiva:

(4) $T \text{ y no } S \rightarrow R$.

En dos respectos, esta norma tiene totalmente el carácter de una regla. Es aplicable sin que tenga que ser sopesada frente a otra norma, y bajo ella puede subsumirse ¹⁵⁶. Aquello que cae bajo el supuesto de hecho, pero no bajo la cláusula restrictiva, está prohibido. Pero, no tiene en absoluto el carácter de una regla en la medida en que en la cláusula restrictiva se hace referencia expresa a principios y su ponderación. Las normas de esta forma pueden ser llamadas "normas iusfundamentales con carácter doble".

Este tipo de normas iusfundamentales con carácter doble surge siempre cuando aquello que es estatuido directamente por disposiciones iusfundamentales es completado con normas susceptibles de subsunción, con la ayuda de cláusulas que hacen referencia a ponderaciones. Así, lo que es estatuido por el artículo 2 párrafo 2 frase 2 y 3 LF puede ser completado, entre otras cosas, en la siguiente norma:

(5) Están prohibidas las intervenciones del Estado en la libertad de la persona cuando no se realizan sobre la base de una ley o no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos que, debido a las circunstancias del caso, tienen precedencia frente al principio de la libertad de la persona.

¹⁵² BVerfGE 30, 173 (191).

¹⁵³ Aquí no tiene que interesar qué otra cosa significa.

¹⁵⁴ BVerfGE 28, 243 (261).

¹⁵⁵ De acuerdo con la teoría absoluta del contenido esencial, sería todavía necesario una restricción/cláusula restrictiva referida al contenido esencial. Las teorías del contenido esencial habrán de ser analizadas más adelante. Por ello, aquí hay que dejar abierta la cuestión de si hay que introducir una cláusula referida a la garantía de contenido esencial.

¹⁵⁶ Con respecto a la forma lógica de la subsunción bajo una norma de este tipo, cfr. H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 101 ss.

El que los principios opuestos no tienen que pasar el filtro del rango constitucional resulta de la decisión del legislador constitucional en favor de una reserva no calificada, que se expresa en el artículo 2 párrafo 2 frase 3 LF.

También las normaciones provistas de reservas calificadas necesitan ser complementadas de forma tal que en ellas se incluya el principio de la proporcionalidad y, así, elementos del nivel de los principios. Su peculiaridad consiste en que el círculo de los principios opuestos es limitado a través de disposiciones en el nivel de las reglas. El artículo 13 párrafo 3 LF ofrece un ejemplo de una tal restricción.

En los detalles, mucho es lo que puede refinarse y precisarse¹⁵⁷. Aquí se renunciará a ello. Se ha mostrado lo que había que mostrar. No basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble.

Queda, sin embargo, una objeción básica. Puede sostenerse que la teoría de los principios, en tanto tal, no es correcta. Conduciría a ponderaciones y, por lo tanto, a inseguridades insoportables. Además, estaría vinculada con la teoría de los valores. Todo lo que puede aducirse en contra de esta última valdría también para aquélla. Veámos ahora esta objeción.

III. LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS Y LA TEORIA DE LOS VALORES

1. Principio y valor

Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enuncia-

¹⁵⁷ Cfr., por ejemplo, el intento de precisión de R. Rubel, *Planungsermessens*, Francfort del Meno 1982, págs. 91 ss.

dos sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido. En el fallo sobre el semanario *Der Spiegel*, en lugar de haber constatado que "la libertad de prensa [...] (encierra) en sí misma la posibilidad de entrar en conflicto con otros valores protegidos por la Ley Fundamental"¹⁵⁸, el Tribunal podría también haber dicho que la libertad de prensa encierra en sí misma la posibilidad de entrar en colisión con otros principios estatuidos en la Ley Fundamental¹⁵⁹, y en la resolución sobre la duración de la prisión preventiva, del año 1973, podría haber hablado, en vez de un conflicto entre principios¹⁶⁰, de una colisión de valores.

1.1. Conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos

A pesar de estas notorias similitudes, existe una diferencia importante. Ella puede aclararse óptimamente siguiendo la división de los conceptos prácticos de von Wright. Según von Wright, los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos¹⁶¹. Ejemplos de conceptos *deontológicos* son los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo. Común a todos estos conceptos es que, como habrá de mostrarse más adelante, pueden ser referidos a un concepto deónico fundamental, al concepto de mandato o de deber ser. En cambio, los conceptos *axiológicos* están caracterizados por el hecho de que su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de

¹⁵⁸ BVerfGE 20, 162 (176).

¹⁵⁹ Que ésta no es una alternativa remota se muestra en el hecho de que, en el curso de sus consideraciones ulteriores, el Tribunal habla, por una parte, de la "máxima de la libertad de prensa" y, por otra, de la "por cierto no menos importante máxima constitucional del deber incondicionado de todos los órganos del Estado, instituciones y ciudadanos, de conservar la existencia y la seguridad del Estado y su orden de derecho en libertad" (BVerfGE 20, 162 (218 s.)).

¹⁶⁰ BVerfGE 36, 264 (270).

¹⁶¹ G. H. v. Wright, *The Logic of Preference*, pág. 7; del mismo autor, *The Varieties of Goodness*, Londres 1963, págs. 6 s. La terminología de v. Wright es vacilante. A veces utiliza designaciones dobles. Así, en lugar de conceptos "antropológicos" habla también de "psicológicos" y, a más de "deontológicos", también de "normativos" y, a más de "axiológicos", de "conceptos de valor". Con respecto a la triple división, cfr., además, J. Raz, *Practical Reason and Norms*, págs. 11 ss.

acuerdo con las cuales algo puede ser calificado de bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho. Por último, ejemplos de conceptos *antropológicos* son los de voluntad, interés, necesidad, decisión y acción¹⁶². Estos tres grupos de conceptos delimitan el campo en el cual han tenido lugar y siguen teniendo lugar las polémicas básicas, tanto en la filosofía práctica como en la jurisprudencia. Aquí cabe mencionar tan sólo las controversias acerca del carácter deontológico o teleológico de la ética que, en buena parte, es una polémica sobre el primado del concepto de deber ser o del concepto de lo bueno¹⁶³, o el desarrollo desde la jurisprudencia de los conceptos, a través de la de los intereses, hasta la jurisprudencia de los valores, que puede ser presentado como una secuencia del primado de conceptos deontológicos, antropológicos y axiológicos.

Si se parte de la tripartición aquí esbozada, es posible constatar

¹⁶² La caracterización de los objetos de la ponderación con la ayuda de expresiones antropológicas parece ser más frecuente que la que se realiza con la ayuda de expresiones deontológicas y axiológicas. Así, en las dos decisiones mencionadas en el texto se encuentran, entre otras, las siguientes expresiones antropológicas: "concernimiento", "necesidades", "intereses" y "objetivos" (BVerfGE 36, 264 (269 s.); 20, 162 (176 ss.). Otro término es "preocupación" (BVerfGE 35, 79 (122)). Naturalmente, en tanto caracterizaciones de objetos de ponderaciones jurídicas, estas expresiones no se refieren, en modo alguno, a conceptos antropológicos puros. La expresión "interés" expresa un concepto antropológico puro cuando designa algo que alguien realmente desea. El que alguien realmente deseé algo no es una condición ni necesaria ni suficiente para integrarlo en una ponderación jurídica, por más que pueda ser una razón entre otras. Para que se lleve a cabo la ponderación tiene que tratarse de un interés que deba ser tomado en cuenta desde el punto de vista del derecho o que merezca ser tenido en cuenta. Por lo tanto, las expresiones antropológicas utilizadas para la caracterización de los objetos de ponderaciones jurídicas hacen referencia a conceptos que presentan una dimensión deontológica o axiológica. En ese sentido, son siempre reemplazables por expresiones deontológicas o axiológicas. Lo mismo vale para la caracterización como "bien jurídico", que se refiere a un concepto compuesto de elementos deontológicos y/o axiológicos y/o antropológicos. Con respecto a este concepto, cfr., por ejemplo, K. Amelung, *Rechts-güterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francfort del Meno 1972, como así también M. Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich 1972.

¹⁶³ Cfr. al respecto, por ejemplo, G. H. v. Wright, *The Varieties of Goodness*, págs. 156 s.; M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5a edición, Berlín/Múnich 1966, págs. 173 ss.; N. Hartmann, *Ethik*, Berlín/Leipzig 1926, págs. 39 s.; E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, 2a edición, Halle 1913, págs. 40 ss.

fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico. Naturalmente, con esto sólo se ha logrado una caracterización aproximada del concepto de valor. Para poder determinar más exactamente su relación con el concepto de principio, se requiere un análisis algo más profundo.

1.2. Acerca del concepto de valor

El concepto de valor es utilizado de maneras muy diferentes, tanto en el lenguaje ordinario, como en el filosófico especializado y en los lenguajes especializados de las diferentes ciencias particulares¹⁶⁴. Aquí puede renunciarse a la descripción de los diferentes usos o de los numerosos intentos de clasificación y teorías de los valores¹⁶⁵. La comparación entre valor y principio puede apoyarse en algunas características estructurales generales y, a la vez, elementales, de los valores. Ellas se ponen de manifiesto cuando se toma en cuenta una diferencia fundamental en el uso de la palabra "valor": la diferencia entre la determinación que algo *tiene* un valor y que algo *es* un valor¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Cfr. al respecto, por ejemplo, W. K. Frankena, "Value and Valuation" en *The Encyclopedia of Philosophy*, editado por P. Edwards, tomo 7, Nueva York/Londres 1967, págs. 229 ss.

¹⁶⁵ Además de los trabajos de Scheler, Hartmann y v. Wright ya mencionados, cfr. al respecto, por ejemplo, C. v. Ehrenfels, *System der Werttheorie*, 2 tomos, Leipzig 1897/98; R. B. Perry, *General Theory of Value*, Nueva York 1926; V. Kraft, *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, 2a edición, Viena 1951; R. Lautmann, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, 2a edición, Opladen 1971; M. Rokeach, *The Nature of Human Values*, Nueva York 1973; E. Laszlo/J. B. Wilbur (eds.), *Value Theory in Philosophy and Social Science*, Nueva York/Londres/París 1973.

¹⁶⁶ Con respecto a esta distinción, cfr. V. Kraft, *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, págs. 10 s.; R. B. Perry, *Realms of Value*, Cambridge (Mass.) 1954, págs. 1 s.

1.2.1. Juicios de valor clasificatorios, comparativos y métricos

Quien dice de algo que tiene un valor expresa un *juicio de valor*¹⁶⁷ y lleva a cabo una *valoración*¹⁶⁸. Los juicios de valor y los conceptos de valor en ellos utilizados pueden ser divididos en tres grupos: clasificatorios, comparativos y métricos¹⁶⁹. Se expresa un juicio de valor *clasificatorio* cuando, por ejemplo, una determinada Constitución es catalogada como buena o mala¹⁷⁰. El aporte de los conceptos de valor clasificatorios se limita a la catalogización de los objetos sobre los que hay que juzgar en aquellos que poseen un valor positivo y aquellos que tienen un valor negativo, como así también —en caso de que lo permitan los criterios de ponderación— aquellos que tienen un valor neutro¹⁷¹. Los conceptos de valor *comparativos* permiten valoraciones más diferenciadas. Son utilizados cuando de dos objetos se dice que el uno tiene un valor superior al otro o que ambos tienen el mismo valor. Enunciados valorativos comparativos como “La Constitución X es mejor que la Constitución Y” o “Ambas Constituciones son igual-

¹⁶⁷ Lo opuesto al juicio de valor (prototipo: “x es bueno”), que debe ser situado en el nivel axiológico, es el juicio de obligación (prototipo: “x es debido”), que debe ser ubicado en el nivel deontológico. Con respecto a los conceptos de juicio de valor y de obligación, cfr. P. Edwards, *The Logic of Moral Discourse*, Nueva York/Londres 1955, pág. 141; W. K. Frankena, *Analytische Ethik*, Munich 1972, págs. 27 ss.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 84 ss.

¹⁶⁸ La expresión “valoración” es ambigua. Supongamos que a expresa el juicio de valor “x es bueno”. Tres cosas pueden entonces ser llamadas “valoración”: (1) aquello que significa el enunciado expresado por a, es decir que x es bueno (concepto semántico de valoración); (2) el acto lingüístico que a realiza al expresar el mencionado enunciado (concepto pragmático de valoración); (3) el acto psíquico que, por lo general, precede o acompaña la expresión de un juicio de valor y cuyo contenido es expresado a través del juicio de valor (concepto psicológico de valoración). Aquí será utilizado el concepto semántico de valoración.

¹⁶⁹ Cfr. al respecto Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, págs. 85 ss.

¹⁷⁰ Con respecto a la graduación según criterios de valoración, cfr. J. O. Urmson, “Einstufen” en G. Grewendorf/G. Meggle (eds.), *Seminar: Sprache und Ethik*, Frankfurt del Meno 1974, págs. 140 ss.

¹⁷¹ El concepto de neutralidad debe ser distinguido del de indiferencia. Según el criterio del sabor, las comidas pueden ser clasificadas en aquellas que tienen un valor positivo, negativo o neutro. Un valor neutro tienen aquellas comidas que no saben ni bien ni mal. Pero no a todo lo que no sabe ni bien ni mal se le otorgará un valor neutro de acuerdo con el criterio del sabor. A una poesía, por ejemplo, a la que no es aplicable este criterio, no se le otorgará ningún valor. Es indiferente con respecto a ese criterio. Cfr. al respecto, con otra terminología, C./O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, págs. 151.

mente buenas” expresan juicios de preferencia o de equivalencia. Las valoraciones más exactas son las que posibilita un concepto de valor *métrico* que es utilizado cuando al objeto que hay que valorar se le atribuye un número que indica un valor. Un ejemplo modélico de una valoración métrica se da cuando se expresa el valor de un inmueble con una suma de dinero¹⁷². Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo tiene un valor. Pero, ¿qué significa que algo es un valor? A una respuesta de esta cuestión conduce la distinción entre objeto y criterio de una valoración.

1.2.2. Los valores como criterios de valoración

Muchas cosas diferentes pueden ser *objeto* de valoración. Pueden valorarse, por ejemplo, objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones. También los *criterios* de valoración son de múltiple tipo. Así, por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, economicidad y belleza. Los criterios de valoración pueden entrar en colisión, por ejemplo, en el caso de la velocidad y la economicidad. Cuando entran en colisión, a fin de lograr una *valoración total* de un determinado automóvil, hay que establecer entre ellos una relación. En el ya mencionado fallo sobre el semanario *Der Spiegel*, los objetos de la valoración son, entre otras cosas, situaciones de regulación jurídica. Son juzgadas, sobre todo, de acuerdo con dos criterios, el de la libertad de prensa y el de la seguridad externa. Una de las situaciones de regulación jurídica valoradas es aquella en la que existe “un derecho de la prensa a mantener en secreto el nombre de sus informantes, también en los casos [...] en los cuales [...] el objeto de la investigación es un delito doloso de traición a la patria y [...] los informantes pueden ser considerados como cómplices de este delito”¹⁷³. Si se parte exclusivamente del criterio de la libertad de prensa,

¹⁷² Con respecto al concepto métrico de valor, cfr. Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, págs. 87 ss.

¹⁷³ BVerfGE 20, 162 (219).

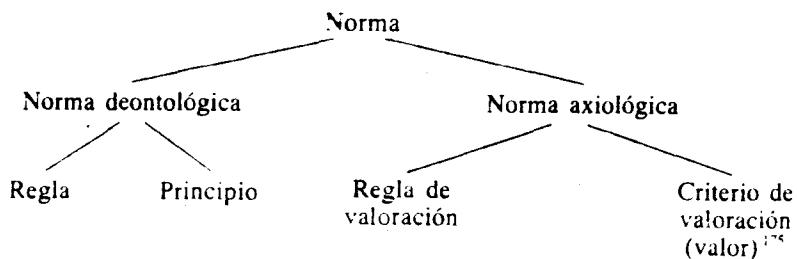
una situación tal puede ser catalogada como "buena": si se parte exclusivamente de la seguridad externa, como "mala". Ambos criterios entran en colisión. Para poder llegar a una valoración total, hay que establecer entre ellos una relación.

Ni del automóvil ni de la mencionada situación de regulación jurídica puede decirse que son un valor en sí. Como objetos de valoración tienen un valor y, por cierto, un valor diferente según con cuál de los criterios que entran en colisión sean valorados. No son los objetos sino los *criterios de valoración* los que tienen que ser designados como "valor". Esto responde no sólo a consideraciones sistemáticas sino también al uso general del lenguaje. Así, es algo exagerado, pero no falso, decir que uno de los automóviles responde en mayor medida al valor seguridad que el otro: en cambio, nadie dirá que uno de los automóviles es un valor superior al otro. En el contexto jurídico —por cierto algo alejado del contexto cotidiano— es normal decir que una determinada regulación responde en mayor medida que otra al valor de la libertad de prensa.

Las valoraciones pueden apoyarse en uno o en varios criterios de valoración. Quien clasifica a un automóvil como "bueno" y fundamenta esto exclusivamente diciendo que es seguro, lleva a cabo una valoración de acuerdo con un solo criterio. Los automóviles pueden satisfacer el criterio de la seguridad en diversos grados. Ello abre varias posibilidades para la catalogización clasificatoria según un único criterio. Se puede clasificar como "buenos", por ejemplo, a todos los automóviles que, en comparación con otros, presentan un grado relativamente alto de seguridad o a todos los automóviles a partir de un determinado grado de seguridad que no se orienta de acuerdo con lo hasta aquí alcanzado o, y ésta es la forma de juicio más estricta, sólo a los automóviles que ofrecen el máximo concebible de seguridad. Las valoraciones de acuerdo con un único criterio pueden presentar rasgos de fanatismo.

Por lo general, se valora según varios criterios entre los cuales hay que sopesar porque tienen un carácter contrapuesto. La clasificación de algo como "bueno" es, entonces, la expresión de una valoración total. La aplicación de criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar responde a la aplicación de *principios*. En lo que sigue, serán llamados "*criterios de valoración*" sólo aquellos criterios de valoración que pueden ser sopesados. Sus opuestos son los criterios de valoración que, como las *reglas*, son aplicables sin ser sopesadas. Serán llamados "*reglas de valoración*". En las catalogizaciones clasifi-

catorias según un único criterio que se acaban de mencionar, se presupone un tipo de reglas de valoración. Tiene la forma: Cada vez que un automóvil presenta el grado de seguridad *i*, es bueno. De acuerdo con esta regla de valoración, la satisfacción de un criterio de valoración en un *determinado grado* es razón suficiente para su clasificación definitiva como "bueno". La mayoría de las veces, las reglas de valoración contienen varios presupuestos. Tienen entonces la forma siguiente: Si *x* presenta las características *F₁*, ..., *F_n*, entonces *x* es bueno. Este tipo de reglas de valoración son aplicables como reglas en el sentido definido más arriba¹⁷⁴. Así, pues, la diferencia estructural entre reglas y principios se da también en el nivel axiológico. A los principios corresponden los criterios de valoración; a las reglas, las reglas de valoración. Si se agrega otra precisión terminológica en el sentido de que sólo los criterios de valoración habrán de ser llamados "valores", utilizando el término "norma" como concepto superior, puede hacerse la siguiente división:



Puede mostrarse fácilmente que también los juicios de valor métricos pueden tener como base criterios de valoración. El grado de seguridad de un automóvil puede ser expresado en una escala de 0-1. Quien dice que a un automóvil le corresponde un valor de seguri-

¹⁷⁴ De ellas, conjuntamente con otras premisas, puede ser deducido el juicio concreto de valor; cfr. R. M. Hare, *The Language of Morals*, págs. 145 s.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 93 s.

¹⁷⁵ Lo que es clasificado en este cuadro, es designado, unas veces, con otras expresiones: otras, las expresiones utilizadas son usadas diferentemente o aquello que aquí es distinguido no es distinguido o lo es de otra manera. En vista de la pluralidad de conceptos y distinciones, el cuadro no puede pretender exponer un uso dominante del lenguaje. La terminología elegida puede ser considerada sólo como un intento de dar nombres a cosas que, por razones sistemáticas, deben ser distinguidas; nombres que, en la medida de lo posible, responden al uso habitual del lenguaje.

dad de 0,7 puede, de esta manera, llevar a cabo, con medios métricos, una valoración según el criterio o el valor seguridad. En el derecho constitucional, las metrificaciones —sobre las que se volverá más adelante— tienen una utilidad reducida o nula. Para solucionar el problema de la ponderación entre la libertad de prensa y la seguridad externa a través de una metrificación, habría que atribuir valores numéricos comparables y, por lo tanto, calculables, a las alternativas de decisión. Desde ya, se sostendrá que este tipo de metrificaciones no es posible en el derecho constitucional.

De las tres formas de juicios de valor, los juicios de valor comparativos son los que mayor importancia tienen para el derecho constitucional. La relación entre ellos y los criterios de valoración conduce a la determinación de la relación entre principio y valor. De acuerdo con el criterio de valoración de la libertad de prensa, una situación S_1 , en la que se realiza una medida mayor de libertad de prensa que en S_2 , tiene que ser valorada como mejor que S_2 ¹⁷⁶. La medida mayor no tiene que ser expresable en *números*. S_1 puede realizar en mayor medida que S_2 la libertad de prensa porque S_1 está caracterizada por *circunstancias* que no se dan en S_2 . Así, por ejemplo, una situación S_1 en la que está protegido incondicionadamente el secreto de redacción, tiene que ser valorada, según el criterio de valoración de la libertad de prensa, como mejor que una situación S_2 en la que tal no es el caso. Según el criterio de valoración de la seguridad externa, puede valer lo opuesto. Como no es posible renunciar a ninguno de los dos criterios de valoración, y está excluido un cálculo sobre la base de una metrificación, queda sólo la ponderación. Pero, esto significa que una situación que, según el criterio de valoración de la libertad de prensa,

¹⁷⁶ Enunciados tales como "cuanta mayor libertad de prensa, tanto mejor" expresan el criterio de valoración o el valor de la libertad de prensa si se los entienden en el siguiente sentido: "Si en una situación S_1 impera más libertad de prensa que en una situación S_2 , entonces, desde el aspecto de la libertad de prensa, S_1 es mejor que S_2 ". En general, con respecto a este tipo de enunciados, cf. C. Otte, "Komparative Sätze im Recht" en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 301 ss. Se podría, pues, pensar en concebir a estos enunciados como formulaciones de *reglas* para valoraciones. Sin embargo, el concepto de regla será aquí utilizado sólo para normas que conducen a resultados definitivos. Pero, los enunciados presentados posibilitan sólo una valoración *prima-facie*. Por eso, lo que ellos expresan no será designado como "regla". Con respecto a la definición de valores como reglas, cf. con más referencias bibliográficas, A. Podlech, "Wertungen und Werte im Recht" en *AöR* 95 (1970), págs. 195 s. (reglas de preferencia), y W. Kirsch, *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, tomo 2, 2a edición, Wiesbaden 1977, pág. 121 ("una especie de regla de decisión").

es mejor o es la mejor sólo lo es *prima facie*. Cuál sea la situación definitivamente mejor o la mejor es algo que sólo puede decidirse como resultado de una valoración total en la que son tomados en cuenta todos los criterios vigentes de valoración.

1.3. La diferencia entre principios y valores

Esto último responde exactamente al modelo de los principios. La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.

En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios.

2. Objetiones en contra de las teorías de los principios y de los valores

El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia de que el uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito axiológico (el ámbito de lo bueno). Por ello, las objeciones en contra de la teoría de los valores de los derechos fundamentales pueden afectar también la teoría de los principios.

Ya en la época de la Constitución de Weimar fueron sostenidas teorías axiológicas de los derechos fundamentales. Uno de los autores más influyentes fue Rudolf Smend. De acuerdo con una famosa formulación de Smend, el "sentido concreto de un catálogo de derechos fundamentales" reside en que pretende "normar una serie concreta, de una cierta unidad cerrada, es decir, un sistema de valores o bienes, un sistema cultural"¹⁷⁷. Bajo la Ley Fundamental, las suposiciones y formas de hablar axiológicas han ingresado en un amplio frente en la jurisprudencia constitucional. Un punto culminante lo constituye el fallo Luth. Por cierto, también en este fallo, el Tribunal Constitucional Federal parte del hecho de que los "derechos fundamentales están en primera línea destinados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público" y que, por lo tanto, son "derechos de defensa del ciudadano frente al Estado"¹⁷⁸. Pero, luego agrega: "Igualmente correcto es que la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento valorativamente neutro [...], ha establecido en su sección de derechos fundamentales también un ordenamiento valorativo objetivo [...] Este sistema valorativo, centrado en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social, y en su dignidad, tiene que valer, en tanto decisión iusconstitucional básica, para todos los ámbitos del derecho"¹⁷⁹. En el transcurso de la fundamentación de la decisión, el ordenamiento valorativo es calificado de "jerarquía valorativa", dentro de la cual sería necesario llevar a cabo una "ponderación"¹⁸⁰. De esta manera, han sido mencionados los conceptos centrales de la teoría de los valores sostenida en numerosas decisiones del Tribunal: valor, orde-

¹⁷⁷ R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht" (1928) en, del mismo autor. *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2a edición, Berlin 1968, pág. 264. Cfr., además, A. Hensel, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübinga 1931, pág. 10: "Así resulta como contenido de todo orden jurídico, la realización de un sistema de valores políticos establecidos mediante derechos fundamentales". Cfr., además, H. Gerber, *Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates*, Stuttgart 1930, págs. 13 ss.; G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a edición, Berlin 1966, págs. 46 ss.; G. Holstein, "Von den Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft" en *AöR* NF 11 (1926), págs. 29 ss.; E. Kaufmann, "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung" en *VVDSiRL* 3 (1927), págs. 3 ss.

¹⁷⁸ BVerfGE 7, 198 (204).

¹⁷⁹ BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁸⁰ BVerfGE 7, 198 (215).

namiento valorativo, jerarquía valorativa, sistema de valores y ponderación¹⁸¹.

La apreciación de una tal teoría de los valores de los derechos fundamentales se extiende desde un rechazo radical hasta una aprobación enfática. La posición de rechazo es sostenida en su forma más notoria por Forsthoff. Según él, la teoría de los valores conduce a la "disolución de una clara conceptualización en una charlatanería"¹⁸², a una "pérdida no sólo de la racionalidad sino también del nivel científico"¹⁸³, a la "disolución de la ley constitucional" y a la eliminación del contenido de libertad de los derechos fundamentales¹⁸⁴. Directamente en contra de esta posición se ha expresado recientemente el constitucionalista americano Kommers quien propicia un "pensamiento iusconstitucional enraizado en un sistema de valores": según él, "la genialidad del pensamiento iusconstitucional alemán reside en que tal sistema ha sido expuesto en el ordenamiento valorativo jerárquico del Tribunal Constitucional Federal"¹⁸⁵.

Las objeciones en contra de la teoría de los valores pueden ser ordenadas en tres grupos: filosóficas, metodológicas y dogmáticas.

2.1. Objetiones filosóficas

Las objeciones filosóficas se dirigen, sobre todo, en contra del concepto de la *objetividad* del orden de los valores. Max Scheler fue

¹⁸¹ Con respecto a la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cfr. H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973, págs. 29 ss.; H. Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, págs. 43 ss.; W. Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik*, Friburgo/Munich 1978, págs. 191 ss. De los numerosos representantes de una teoría axiológica bajo la Ley Fundamental, baste citar aquí únicamente G. Dürig en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, art. 1 párrafo 1, observación al margen 1 ss.

¹⁸² E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2a edición, Munich 1971, pág. 69.

¹⁸³ Del mismo autor. "Zur heutigen Situation der Verfassungsinterpretation" en H. Barion/E. W. Böckenförde/E. Forsthoff/W. Weber (eds.), *Epirrhysis, Festg. f. C. Schmitt*, Berlin 1968, pág. 209.

¹⁸⁴ Del mismo autor. "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", pág. 47.

¹⁸⁵ D. P. Kommers, "Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland" en C. Link (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von G. Leibholz*, Baden-Baden 1982, pág. 50.

quién proporcionó el desarrollo más original y amplio del concepto de un orden objetivo de los valores.¹⁸⁶

Según Scheler, los valores no sólo *valen* sino que a ellos les corresponde un *ser* independiente, un "ser de los valores". Por ello, Scheler cree que es posible calificar a los valores como hechos ("hechos independientes de la vida ética")¹⁸⁷. A la frase valorativa "A es bueno" debe poder corresponder un hecho ético, de la misma manera que a la frase "A es verde" corresponde un hecho empírico. "La diferencia consiste únicamente en la *materia* del *predicado*".¹⁸⁸ Si hay coincidencia con los hechos, ambas frases son igualmente verdaderas.¹⁸⁹

El *conocimiento* de los valores ha de llevarse a cabo a través de una facultad cognoscitiva de tipo especial que Scheler describe con las siguientes palabras: "La sede propiamente dicha de todo valor *apriori* (y también del ético) se encuentra en el *conocimiento de los valores*, es decir, la *intuición de los valores*, que se basa en el sentir, preferir, en última instancia en el amar y el odiar, como así también en el de la conexión de los valores, su 'ser superior e inferior', es decir, en el '*conocimiento ético*'. Este conocimiento se lleva a cabo, pues, en funciones y actos *específicos* que son diferentes *toto coelo* de toda percepción y pensamiento y constituyen el único *acceso* posible al mundo de los valores".¹⁹⁰

Una teoría de este tipo que, primero, parte del hecho de que "existen cualidades valorativas que representan un ámbito propio de objetos"¹⁹¹, y, segundo, supone que estos objetos son accesibles a un conocimiento directo que no tiene carácter ni empírico ni analítico, sino que pueden ser más bien descrito como visión de los valores o vivencia de evidencia, puede ser calificada como "intuicionista".¹⁹² El argumento más fuerte en contra del intuicionismo afirma que, en vista del hecho de que diferentes personas, también bajo condiciones óptimas para las vivencias de evidencia (por ejemplo, falta de emoción y

¹⁸⁶ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, pág. 195.

¹⁸⁷ Ibídem, págs. 173, 192, 195.

¹⁸⁸ Ibídem, pág. 192.

¹⁸⁹ Ibídem, pág. 196.

¹⁹⁰ Ibídem, pág. 87.

¹⁹¹ Ibídem, pág. 37.

¹⁹² Con respecto al Intuicionismo, cfr., con más referencias bibliográficas, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 58 ss.

claridad intelectual), perciben como evidentes diferentes valoraciones, no es posible proporcionar ningún criterio definitivo para evidencias correctas y falsas, auténticas e inauténticas.¹⁹³ A falta de un criterio tal, el intuicionismo conduce a una posición subjetivista. Este argumento epistemológico tiene consecuencias para la tesis ontológica del ser de los valores. El que algo no pueda ser conocido con certeza intersubjetiva no es todavía ningún argumento en contra de su existencia. Pero, es un argumento en contra de la fundamentación de una teoría científica sobre su existencia.

Estas objeciones fundamentan el rechazo de la teoría intuicionista de los valores, pero no el rechazo de toda teoría de los valores. Las teorías intuicionistas de los valores, como la de Scheler, son sólo una variante en el espectro de las teorías concebibles de los valores. Suposiciones tan fuertes y tan fácilmente atacables como las del ser y la evidencia de los valores, en modo alguno están necesariamente vinculadas con el concepto de valor. Por ello, el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal hable de valores, de un orden de valores y de un sistema de valores no significa que haya que aceptar estas suposiciones.¹⁹⁴ Como no existe ninguna necesidad de una tal suposición, la interpretación de las tesis axiológicas del Tribunal puede llevarse a cabo a través de una teoría de los valores más débil y, por lo tanto, menos vulnerable. Una teoría tal se obtiene si se supone que los valores son criterios de valoración que, como las normas en general, valen o no valen. Su validez, al igual que las valoraciones que ellas posibilitan, no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentaciones. La fundamentación depende del tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética. En lo que sigue, se partirá de una teoría de los valores libre de dudosas suposiciones ontológicas y epistemológicas. Ella no es afectada por las objeciones filosóficas expuestas.

¹⁹³ Cfr. P. F. Strawson, "Ethical Intuitionism" en *Philosophy* 24 (1949), pág. 27; A. Podlech, "Werte und Wertungen im Recht", pág. 205; del mismo autor, "Recht und Moral" en *Rechtstheorie* 3 (1972), pág. 135.

¹⁹⁴ Esto sucede, por ejemplo, en H. Harnischfeger, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten*, Hamurgo 1966, págs. 233 ss. En contra de esto, E. Stein, "Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung des öffentlichen Rechts" en J. Esser E. Stein, *Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung*, Francfort del Meno 1966, págs. 40 ss.

2.2. Objetiones metodológicas

Más en serio deben ser tomadas las objeciones metodológicas. Al Tribunal Constitucional Federal se le reprocha que con su referencia a los valores y a un orden de valores ignora los postulados de una fundamentación racional¹⁹⁵. La invocación de un orden de valores permitiría justificar cualquier resultado, el discurso de los valores destrozaría la transparencia de la decisión judicial¹⁹⁶ y conduciría a un "arcano de la interpretación de la Constitución"¹⁹⁷. Las decisiones de colisión y ponderación tomadas de otra manera quedarían ocultas, revestidas de una "apariencia racional" y "privadas de fundamentación real". "Desde el punto de vista práctico", la invocación de un orden de los valores y de ponderaciones valorativas sería una "fórmula de ocultamiento de un decisionismo judicial, es decir, interpretativo"¹⁹⁸.

Los argumentos metodológicos en contra de la teoría de los valores se dirigen en contra de dos conceptos: en contra de un orden de valores en el sentido de un orden jerárquico de valores y en contra de la ponderación. Las objeciones en contra de la posibilidad de un orden jerárquico de los valores están, en gran medida, justificadas; las objeciones en contra de la ponderación pueden ser invalidadas en el marco del modelo de principios aquí sostenido.

2.2.1. El concepto de un orden jerárquico de los valores

Quien habla de un orden jerárquico de los valores tiene, por lo pronto, que decir cuáles valores deben ser ordenados de acuerdo con su jerarquía. Aquí se trata de los valores relevantes en una decisión iusfundamental. Por lo tanto, cuando se hable de un orden jerárquico de los valores, se tendrán en cuenta éstos y sólo estos valores. Con esto surge un primer problema. ¿Cómo debe ser delimitada la clase de estos valores? Se observó más arriba que, sobre todo en el costado de

¹⁹⁵ Cfr., por ejemplo, H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, pág. 64.

¹⁹⁶ Ibidem, págs. 133, 189.

¹⁹⁷ Ibidem, págs. 140, 134, 189.

¹⁹⁸ E. W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", pág. 1534; de manera similar, E. Forsthoff, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", págs. 190 ss.; E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, Reinbek 1979, pág. 184; U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Francfort del Meno 1979, págs. 151 ss.

las restricciones, una restricción tal no es fácil. Se puede discutir acerca de cuáles valores son relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales y cuáles no. La posibilidad de una tal polémica dificulta la creación de un orden de valores que contenga todos y sólo aquellos valores que puedan ser relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es decir, la creación de un orden completo y cerrado de los valores. En un nivel alto de generalidad, la completitud y la conclusividad pueden, por cierto, lograrse con una relativa facilidad. Así, con pocos conceptos, tales como los de dignidad, libertad, igualdad y protección y bienestar de la comunidad, es posible abarcar casi todo lo que hay que tener en cuenta en las ponderaciones iusfundamentales. Quien, en este nivel, intenta establecer un orden jerárquico tiene, por ello, pocos problemas con la identificación de los elementos que hay que ordenar. Pero, también tiene pocas perspectivas de lograr un sistema con fuerte poder de expresión. Esta perspectiva aumenta cuando se ingresa en niveles más concretos. Pero, entonces, aumentan también los problemas de la identificación de los elementos que hay que ordenar. Así, puede ya dudarse si una sola persona puede indicar todos los valores más concretos que pueden ser relevantes desde su punto de vista para el juicio y la decisión iusfundamental. En todo caso, no ha de ser posible formular un catálogo completo que cuente con la aprobación de todos. Ya esto plantea dificultades al concepto de un orden jerárquico de valores. Si no es posible formular un catálogo exhaustivo, entonces hay que ordenar algo que sólo es conocido de forma incompleta.

Más graves que los problemas de la identificación de lo que hay que ordenar son los problemas del orden en tanto tal. Son posibles dos tipos de órdenes: cardinal y ordinal. Existe un orden *cardinal* cuando a los valores se les atribuye números en una escala que expresan su jerarquía o importancia. Así, podría pensarse en expresar la jerarquía de los valores en una escala que se extiende de 0 a 1. Un orden *ordinal* es menos exigente. Exige simplemente que se establezcan relaciones de mayor valor (preferencia) o igualdad de valor (indiferencia) entre los valores que hay que ordenar¹⁹⁹. Es fácil comprender que es inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental, sea este orden cardinal u ordinal.

Supongamos una situación como la del fallo Lebach en la que son

¹⁹⁹ Con respecto a los conceptos de orden cardinal y ordinal, cfr. G. Gäfgen, *Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung*, 3a edición, Tübingen 1974, págs. 150 ss.

relevantes dos valores (principios), el de la protección de la personalidad y el de la libertad de información radial²⁰⁰. Consideremos, por lo pronto, el intento de llegar a un resultado a través de una ordenación de estos valores en una escala cardinal. Ambos valores pueden ser ordenados en una escala tal de dos maneras: atribuyéndoles el mismo número (igual jerarquía) o números diferentes (diferente jerarquía). Si a ambos se les atribuye el mismo número, entonces un orden cardinal no presta ninguna ayuda. Pero, si se les atribuye números diferentes, por ejemplo, a la protección de la personalidad 0,8 y a la libertad de información radial 0,4, el caso está ya decidido. La atribución de los números expresa que la protección de la personalidad tiene una jerarquía doble con respecto a la libertad de información radial²⁰¹. Si se parte tan sólo de un tal orden jerárquico *abstracto*, ello significa que, en caso de conflicto, la protección de la personalidad precede siempre a la libertad de información. Un tal orden jerárquico abstracto contradiría no sólo la correcta determinación del Tribunal Constitucional Federal en el sentido de que ninguno de los dos valores puede pretender una precedencia absoluta²⁰², sino que tendría también consecuencias fatales. El que la protección de la personalidad precede en *todos* los casos a la libertad de información significaría que la menor promoción de la protección de la personalidad justificaría la más intensa intervención en la libertad de información. Se produciría entonces lo que Carl Schmitt, siguiendo a Hartmann²⁰³, llamaba la "tiranía de los valores": "Desde el punto de vista de la lógica de los valores siempre tiene que valer que para el valor máximo el precio máximo no es demasiado alto y tiene que ser pagado"²⁰⁴.

Desde luego, puede dudarse que exista algo así como una "lógica de los valores". Aquella consecuencia no resulta del concepto de valor (o de principio) sino de una determinada y falsa concepción de la relación entre valores (principios) que entran en colisión, una concepción que, por lo demás, contradice la definición adoptada del concepto de principio que incluye una referencia a lo exigido por los principios

²⁰⁰ BVerfGE 35, 202 (219 ss.).

²⁰¹ La tesis de Steiner: "it is difficult to assign any meaning to such a statement" no deja de ser interesante (cfr. J. M. Steiner, "Judicial Discretion and the Concept of Law" en *Cambridge Law Journal* 35 (1976), pág. 153).

²⁰² BVerfGE 35, 202 (225).

²⁰³ N. Hartmann, *Ethik*, págs. 523 ss.

²⁰⁴ C. Schmitt, "Die Tyrannie der Werte" en *Säkularisation und Utopie*, *Fschr. f. E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia 1967, pág. 60.

opuestos. Al suponerse relaciones absolutas de precedencia entre los valores, éstos son colocados al mismo nivel que las reglas por lo que respecta a su comportamiento en caso de colisión.

Lo que vale para las escalas cardinales abstractas vale también para las escalas ordinales abstractas. En caso de igualdad de jerarquía no se produce ningún resultado; si hay diferencia de jerarquía, vale lo dicho con respecto al establecimiento de una jerarquía abstracta a través de escalas cardinales.

En las escalas cardinales este resultado puede ser evitado estableciendo no sólo una escala de la jerarquía de los valores (principios) sino también una escala de la intensidad de realización²⁰⁵. Supongamos una colisión entre la protección de la personalidad (P_1) y la libertad radial (P_2). Atribuyamos a P_1 la fuerza de jerarquía abstracta 0,8 y a P_2 la fuerza de jerarquía abstracta 0,4. La cuestión reza: ¿qué es lo que hay que preferir: una prohibición de la emisión radial (R_1) o su permisión (R_2)? Las intensidades de realización de ambas alternativas R_1 y R_2 son expresadas en la tabla siguiente:

	P_1 (Protección de la personalidad) = 0,8	P_2 (Libertad radial) = 0,4
R_1 (prohibición)	0,4	0,3
R_2 (permisión)	0,3	0,9

La prohibición de la emisión radial contribuye a la realización de la personalidad poco más que su permisión (0,4 frente a 0,3). En cambio, en el caso de la libertad radial, se da una diferencia muy considerable (0,3 frente a 0,9). Ahora, a través de una simple operación, puede calcularse cuál alternativa hay que elegir. Las intensidades de realización deben ser multiplicadas por las jerarquías valorativas abstractas de los principios. A continuación, deben sumarse los productos de ambas alternativas²⁰⁶. Para R_1 , esto significa: $0,32$ ($0,4 \times 0,8$) + $0,12$ ($0,3 \times 0,4$) = $0,44$; para R_2 : $0,24$ ($0,3 \times 0,8$) + $0,36$ ($0,9 \times 0,4$) = $0,6$. Con 0,6, R_2 tiene el valor total mayor y, por lo tanto, debe ser elegida, a pesar de que R_1 es exigida por el principio que abstrac-

²⁰⁵ Cfr. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 131 ss.

²⁰⁶ Con respecto a este procedimiento, cfr. K. Haag, *Rationale Strafzumessung*, Colonia/Berlín 1970, págs. 45 ss.; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 132 ss.

tamente posee mayor jerarquía. La "tiranía de los valores" queda superada. Sin embargo, tampoco ésta es una solución. Tras la atribución de valores numéricos, el resultado es, por cierto, fácilmente calculable. Pero, el problema reside en la atribución de los valores numéricos. Ya es dudoso que a los distintos valores o principios se les puedan atribuir valores jerárquicos abstractos. En todo caso, parece estar excluida la posibilidad de una atribución intersubjetivamente concluyente de números a las intensidades de realización. No puede inferirse el resultado a partir de una cuantificación firmemente dada sino que, en el mejor de los casos, las decisiones tomadas de alguna manera, cualquiera que ella sea, pueden ser *ilustradas* cuantificadamente. La concepción de un orden jerárquico de valores que trabaje con escalas cardinales fracasa ante el problema de la metrificación de la importancia e intensidades de realización de los valores o principios.²⁰⁷

No constituye ninguna solución el partir de la igualdad jerárquica de los valores o principios y, luego, trabajar con intensidades de realización cardinales. El problema sería simplemente desplazado a cuestiones no solucionables de la metrificación de intensidades de realización.

Por ello, puede decirse, en general, que no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria.²⁰⁸ Pero, la

²⁰⁷ Cfr. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 134 s.

²⁰⁸ Aquí habrá de ser mencionada sólo marginalmente la posibilidad, analizada a fondo por Schlink, de solucionar el problema del orden de los valores como en la economía de bienestar, a través de una función que permite inferir de la utilidad individual (es decir, de las preferencias individuales o de concepciones valorativas individuales), las utilidades colectivas (es decir, las preferencias colectivas o las concepciones valorativas colectivas) (cfr. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 154 s.). Una concepción tal presupone que lo que vale como derecho constitucional puede ser equiparado con las utilidades colectivas bajo la forma de una función de utilidades individuales. Como el propio Schlink subraya, una equiparación de este tipo presentaría rasgos tanto individualistas como democráticos pero, sometería totalmente el derecho constitucional a las concepciones valorativas respectivamente difundidas. Pero, el hecho de que concepciones valorativas estén difundidas no significa que valgan también desde el punto de vista del derecho constitucional. Prescindiendo de este problema, un enfoque tal fracasa en las cuestiones de la aglomeración de utilidades individuales en utilidades sociales. Si las utilidades individuales que se aglomeran son medidas en escalas cardinales, surgen —al menos cuando se trata de cuestiones jurídico-constitucionales— dificultades insuperables en la medición y comparación de utilidades (cfr. B. Schlink, op. cit.,

imposibilidad de un orden "duro" de este tipo no dice nada acerca de la posibilidad de órdenes más "blandos" y, desde luego, nada en contra de la concepción de la ponderación. Órdenes blandos pueden surgir de dos maneras: (1) a través de preferencias *prima facie* en favor de determinados valores o principios y (2) a través de una red de decisiones concretas de preferencias. Se obtiene un orden blando de los valores de derecho fundamental relevantes cuando, por ejemplo, se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual o de la igualdad o en beneficio de bienes colectivos. Un orden blando a través de una red de decisiones concretas de preferencia surgió como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Ambos están estrechamente vinculados con el concepto de la ponderación. Ahora habrá que considerarlo.

2.2.2. El concepto de ponderación

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.

Más arriba se ha expuesto que las colisiones de principios pueden ser solucionadas mediante el establecimiento de una relación condicionada de precedencia. Como ejemplo se presentó el fallo Lebach en el que el Tribunal Constitucional Federal solucionó la colisión entre

págs. 166 s.). Ciertamente, estos problemas pueden ser evitados utilizando escalas ordinales. Pero, en este caso, la aglomeración fracasa ante el teorema de imposibilidad de Arrow. Con respecto a esto último, cfr. K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2a edición. Nueva York/Londres Sidney 1963; R. D. Luce H. Raiffa, *Games and Decisions*, Nueva York/Londres Sidney 1957, págs. 327 ss.; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, págs. 274 ss.; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 180 ss.

la protección de la personalidad (P_1) y la protección de la libertad de información radial (P_2), suponiendo una precedencia de P_1 en el caso de una "repetición de un informe televisivo sobre un delito grave que no responde ya a intereses actuales de información" que "pone en peligro la resocialización del autor" (C_2).²⁰⁹ Por ello, formuló un enunciado de preferencia de la forma:

$$(1) (P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$$

De acuerdo con la ley de colisión²¹⁰, de aquí se sigue la regla:

$$(2) C_2 \rightarrow R,$$

que, bajo la condición C_2 , ordena la consecuencia jurídica de P_1 (R).

2.2.2.1. El modelo de decisión y el modelo de fundamentación

Efectivamente, si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente. Quien pondera tendría la posibilidad de seguir exclusivamente sus concepciones subjetivas. No podría hablarse de ponderaciones correctas o falsas.

Sin embargo, a un *modelo de decisión* de este tipo podría contraponerse un *modelo de fundamentación*. En ambos modelos, el resultado de la ponderación es un enunciado de preferencia condicionada. En el modelo de la decisión, el establecimiento del enunciado de preferencia es el resultado de un proceso psíquico racionalmente incontrolable. En cambio, el modelo de la fundamentación distingue entre el proceso psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación²¹¹. Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la funda-

²⁰⁹ BVerfGE 35, 202 (237).

²¹⁰ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 3.2.1.

²¹¹ Esto responde a la muchas veces citada distinción entre el proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y el proceso de justificación (*process of justification*); cfr., por ejemplo, E. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford 1961, pág. 27.

mentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente. De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos.

2.2.2.2. La fundamentación no referida específicamente a la ponderación de enunciados condicionados de preferencia

De acuerdo con la regla de colisión, de enunciados de preferencia condicionados se siguen reglas que, cuando se dan las condiciones, disponen la consecuencia jurídica del principio que goza de precedencia. En esta medida, la fundamentación de enunciados de preferencia tiene el carácter de la fundamentación de reglas relativamente concretas que deben ser adscriptas a las disposiciones iusfundamentales. Para su fundamentación, pueden utilizarse todos los argumentos posibles en la argumentación iusfundamental. Desde luego, quedan excluidos argumentos semánticos cuando, con la constatación de la colisión, se ha decidido ya, en virtud del texto literal, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones de derecho fundamental que están en cuestión. En cambio, son siempre utilizables los otros cánones de la interpretación, argumentos dogmáticos²¹², prejudiciales, prácticos y empíricos en general, como así también las formas de argumentos específicamente jurídicos. Así, para la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado y, por lo tanto, para la fundamentación de la regla correspondiente, puede, por ejemplo, hacerse referencia a la voluntad del legislador constitucional, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores. En la medida en que ello sucede, la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado no se diferencia de la fundamentación de reglas semánticas establecidas para dar mayor precisión a conceptos vagos. La diferencia desaparece aún más si se tiene en cuenta que, también dentro del marco de la interpretación habitual, se llevan a cabo regularmente

²¹² Cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 285 ss.

ponderaciones. Puede pensarse en el caso en el que una interpretación estrecha de un concepto conduce a una protección débil de un derecho fundamental y una interpretación amplia, a una protección más fuerte. En vista de la variedad de argumentos posibles para los enunciados de preferencia, puede afirmarse que la recomendación que suele formularse en el sentido de tener en cuenta sólo las consecuencias²¹³ constituye una reducción injustificable.

2.2.2.3. La fundamentación referida específicamente a la ponderación

Lo dicho sobre la utilización de argumentos jurídicos generales no dice todavía nada acerca de lo específico de la fundamentación de los enunciados de preferencia. Si sólo existieran estos argumentos, uno podría pensar en renunciar al enunciado de preferencia y referir la fundamentación exclusivamente a la regla que de él se sigue.

Pero, formulaciones del Tribunal Constitucional Federal como la siguiente indican que hay argumentos específicos de la ponderación: "El derecho de libertad del individuo se manifiesta [...] con tanta más fuerza, cuanto más se cuestiona su derecho a la libre elección de la profesión; la protección de la comunidad es tanto más urgente, cuanto mayores son los inconvenientes y peligros que pudieran resultar para la comunidad de una libertad total del ejercicio de la profesión"²¹⁴. "Cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementales de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su fundamentación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano"²¹⁵. "Además, resulta que [...] la ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es adecuada..."²¹⁶ Estas manifestaciones²¹⁷ hacen referencia a una

²¹³ Cfr., por ejemplo, B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 181, 192, 199; A. Podlech, "Wertungen und Werte im Recht", pág. 208.

²¹⁴ BVerfGE 7, 377 (404 s.).

²¹⁵ BVerfGE 20, 150 (159); cfr., además, BVerfGE 17, 306 (314).

²¹⁶ BVerfGE 35, 202 (226).

²¹⁷ Cfr., además, BVerfGE 41.251 (264) en donde el Tribunal habla de "una ponderación total entre la gravedad de la intervención y el peso y la urgencia de las razones que la justifican".

regla constitutiva para las ponderaciones del Tribunal Constitucional Federal, que puede ser formulada de la siguiente manera:

(A) Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro²¹⁸.

Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada "*ley de la ponderación*". De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula "relativo a las posibilidades jurídicas", aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos²¹⁹.

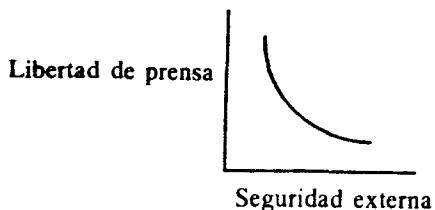
Con la ayuda de curvas de indiferencia, tales como las que se usan en las ciencias económicas, pueden ilustrarse las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación²²⁰. Una curva de indiferencia es un medio para la representación de la relación de sustitución de bienes. Supongamos que *a* está tanto a favor de la libertad de prensa como de la seguridad externa y que está dispuesto a aceptar, en aras de un cierto aumento de la libertad de prensa, una cierta reducción de la seguridad externa y, por un cierto aumento de la seguridad externa.

²¹⁸ Con respecto a una formulación algo diferente, cfr. R. Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", pág. 206. Aquí se renunciará a mayores especificaciones de esta regla. Se presupone que los principios de los que aquí se habla entran en colisión, es decir, que un principio puede ser satisfecho sólo a costa del otro. Se producen colisiones sólo con respecto a la solución de casos. Por lo tanto, lo que es relacionado por las reglas es la afección de un principio a través de una determinada solución de un determinado caso y la importancia del cumplimiento del otro principio en este caso.

²¹⁹ Cfr. B. Barry, *Political Argument*, Londres/Nueva York 1965, pág. 7.

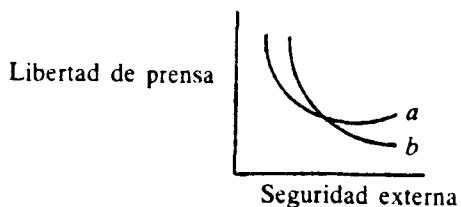
²²⁰ Con respecto al concepto de curva de indiferencia, cfr., por ejemplo, T. Scitovsky, *Welfare and Competition*, Londres 1952, págs. 30 ss. Con respecto al uso de curvas de indiferencia en la filosofía práctica, cfr. B. Barry, *Political Argument*, págs. 4 ss.; J. Rawls, *A Theory of Justice*, págs. 37 ss. Con respecto al derecho constitucional, Schlink ha procurado aplicar el principio de las curvas de indiferencia: cfr. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 168 ss., 179 ss.

una cierta reducción de la libertad de prensa. Las situaciones que a juzga como igualmente buenas o indiferentes pueden ser anotadas como puntos en una curva:



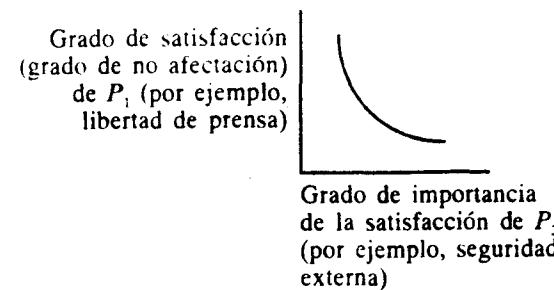
Este tipo de curvas de indiferencia responden a la ley de la decreciente tasa marginal de la sustitución²²¹. Si disminuye la libertad de prensa, se requieren aumentos cada vez mayores de la seguridad externa, a fin de compensar una disminución aún mayor de la libertad de prensa, y vice versa.

Las curvas de indiferencia de este tipo no responden directamente a la ley de la ponderación. La ley de la ponderación apunta, primero, a la *importancia* de la satisfacción del principio opuesto y formula, segundo, un mandato. En cambio, la curva presentada describe simplemente las sustituciones que para *a* son indiferentes. El curso de la curva expresa cuán importante es *para a* la seguridad externa en relación con la libertad de prensa. Otra persona *b* puede tener otra concepción de la importancia relativa. El que para *b* la seguridad externa es más importante que para *a* puede representarse de la siguiente manera:



²²¹ Cfr. al respecto B. Barry, *Political Argument*, págs. 6 ss.; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pág. 168.

En las ponderaciones jurídico-constitucionales, de lo que se trata no es de cuán grande es la importancia que alguien concede a la libertad de prensa y a la seguridad externa sino de cuán grande es la importancia que se debe conceder a ellas. Por cierto, puede intentarse representar con una curva de indiferencia la relación de sustitución que supone el Tribunal Constitucional Federal; pero, desde el punto de vista del método de la ponderación, de lo que se trata es de una regla que prescriba cómo ha de ponderarse. Por ello, la ley de la ponderación es formulada como una regla que prescribe el establecimiento de curvas de indiferencia correctas (importancias relativas correctas). Por lo tanto, frente a las curvas de indiferencia del tipo presentado hay que colocarla en un metanivel. En el metanivel, puede representarse a través de la siguiente *curva de indiferencia de segundo grado*:



Esta curva tiene la interesante propiedad de que también aquellas personas cuyas concepciones pueden ser representadas a través de diferentes curvas de indiferencia de primer nivel tienen que coincidir en ella. *a* y *b*, si aceptan ambos principios como abstractamente de la misma jerarquía, no pueden discutir que un muy reducido grado de satisfacción o una afectación muy intensa de la libertad de prensa en beneficio de la seguridad externa es sólo admisible si el grado de importancia relativa de la seguridad externa es muy alto. Pueden, sin embargo, tener opiniones diferentes acerca de cuándo el grado de importancia relativa de la seguridad externa es muy alto, lo que se muestra en sus diferentes curvas de indiferencia de primer nivel.

Las curvas de indiferencia aclaran las ideas que se encuentran

detrás de la ley de la ponderación. Pero, no ofrecen un procedimiento definitivo de decisión²²². Las curvas de primer nivel representan tan sólo diferentes relaciones de ponderación. Sobre su corrección hay que decidir, de acuerdo con la ley de la ponderación, a la que responde la curva de segundo nivel, según los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la satisfacción/no satisfacción (no-afectación/afectación) del otro principio. Pero, estos conceptos escapan a una metrificación que pudiera conducir a un cálculo intersubjetivamente obligatorio del resultado.

Sin embargo, la ley de la ponderación no es inútil. Dice qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice todavía nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto. Pero dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia. Los argumentos aducibles para la fundamentación de tales enunciados no tienen ningún carácter específico de ponderación. Es posible tomar en cuenta cualquier argumento de la argumentación jurídica. Un ejemplo de una fundamentación de enunciados sobre grados de afectación e importancia lo ofrece el fallo Lebach. La tesis de que la emisión sobre la que hay que juzgar afecta muy intensamen-

²²² Aquí se trata sólo de ponderaciones en el sentido de la ponderación de principios, es decir, de aquello que es exigido por la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto. Tal como se ha expuesto más arriba, del peso de los principios que se refiere a las posibilidades jurídicas de su realización, hay que distinguir la cuestión de la necesidad de afectaciones de su cumplimiento, que se refiere a las posibilidades reales de su realización. La estructura del examen de necesidad puede ser expuesta dentro del marco del enfoque indiferencialista con ayuda del criterio de la optimalidad de Pareto. Según este criterio, debe preferirse una constelación A a una constelación B "si en el paso de A a B ninguno de los participantes resulta peor situado que antes y al menos uno de los participantes experimenta una mejora" (W. Kirsch, *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, tomó 3, pág. 77). Es obvia la conexión entre este criterio y la máxima de necesidad. Para una reconstrucción del examen de necesidad mediante el criterio de optimalidad de Pareto, cfr. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, págs. 181 ss.

te²²³ la protección de la personalidad es fundamentada, por ejemplo, aduciendo el alcance²²⁴ de las emisiones de televisión, los efectos de la forma de la emisión como teatro documental²²⁵, el alto grado de credibilidad que tienen estas emisiones en el público²²⁶, los efectos de que de aquí y de otras características de la emisión resultan peligros de resocialización²²⁷ y el perjuicio adicional que un tal teatro documental significa cuando es emitido algún tiempo después de la información actual²²⁸. Por lo que respecta a la importancia de la satisfacción del principio de la libertad radial, se presentan, por lo pronto, numerosas razones de la importancia de una información actual sobre hechos delictivos graves. Sobre este trasfondo, luego es calificada la repetición de la información que ha de ser juzgada como no suficientemente importante como para justificar la intensidad de la afectación²²⁹.

Las razones presentadas por el Tribunal son razones atendibles. También sin un análisis más detallado, puede constatarse que, entre ellas se encuentran cosas muy diferentes, por ejemplo, la referencia entre hechos (alcance de las emisiones de televisión) y legalidades (causación de una puesta en peligro de la resocialización), que juicios normativos (clasificación de la resocialización como igualmente exigida por el artículo 1 párrafo 1 en conexión con el artículo 2 párrafo 1 LF). Este tipo de esquema de razones que incluye valoraciones es, en general, característico de las fundamentaciones jurídicas. Es necesario, por ejemplo, allí donde se trata de establecer

²²³ Como ejemplo de la fundamentación de un enunciado sobre un grado de intensidad de una afectación, puede introducirse el ejemplo del juicio menor cogenitión. Dentro del marco del examen del derecho fundamental de la libertad de profesión de las sociedades empresariales a las que se refiere la Ley de cogestión de las sociedades, dice: "La influencia de la coparticipación de los asalariados en el consejo de administración se basa en la conducción de la empresa no es, en principio, decisiva; más bien, control miembros del consejo de control elegidos por los accionistas de la sociedad, a los cuales corresponde el derecho de la decisión última. En la medida en que las decisiones del órgano de representación dependen de una decisión del consejo de control, éstas siguen siendo decisiones que, en principio, pueden ser referidas a los miembros de la sociedad. Por lo tanto, se trata de una restricción de menor intensidad" (BVerfGE 50, 290 (365), subrayado de R. A.).

²²⁴ BVerfGE 35, 202 (227).

²²⁵ BVerfGE 35, 202 (228).

²²⁶ BVerfGE 35, 202 (229).

²²⁷ BVerfGE 35, 202 (236 s.).

²²⁸ BVerfGE 35, 202 (234).

²²⁹ Ibídem.

determinaciones en el campo de acción de conceptos vagos, es decir, en el ámbito de la interpretación clásica. Por ello, el solo argumento de que en la ponderación juegan algún papel las valoraciones no fundamenta todavía ninguna objeción en contra de la posibilidad de la fundamentación racional de decisiones de ponderación, a menos que se diga que la argumentación racional siempre se vuelve no-racional o irracional tan pronto como se ingresa en el ámbito de valoraciones que no están dadas de antemano con autoridad vinculante. Pero, una concepción tal tendría como consecuencia no sólo que una gran parte de aquello que constituye desde siempre la tarea de la actividad judicial tendría que ser calificada como no-racional o irracional, sino que también en contra de la tesis que a ella subyace, de la no fundamentabilidad de los juicios de valor y de obligación, pueden hacerse valer buenos argumentos²³⁰. Como argumento en contra de la racionalidad de las ponderaciones no podría hacerse valer el *hecho* de que en las decisiones de ponderación juegan un papel valoraciones que no han sido dadas de antemano como obligatorias sino, a lo mejor, la medida en la que tales valoraciones intervienen. Al respecto, cabe decir, primero, que existen numerosas ponderaciones que, con respecto a su contenido valorativo provocan menos dificultades que las interpretaciones y, segundo, que este argumento es, en el mejor de los casos, adecuado para poner de manifiesto que las ponderaciones poseen un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones. Sin embargo, este argumento carece de la fuerza necesaria para demostrar la irracionalidad o la no-racionalidad de las ponderaciones.

El modelo de fundamentación de la ponderación aquí presentado evita una serie de dificultades que, a menudo, están vinculadas con el concepto de ponderación. Pone de manifiesto que la ponderación no es un procedimiento en el cual un bien es obtenido con "excesivo apresuramiento" a costa de otro²³¹. Según este modelo, la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización. En esta medida, el modelo de ponderación aquí sostenido responde al llamado

²³⁰ Cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 53 ss.

²³¹ Cfr. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 72.

principio de la concordancia práctica²³². Tampoco es correcta la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la base de la cual pudiera decidirse la ponderación²³³ y, por lo tanto, la máxima de la ponderación de bienes sería una "fórmula vacía"²³⁴. Ciertamente, la ley de la ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el *modelo de ponderación como un todo* proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente. Por lo tanto, no es que no diga nada y, por ello, no es una fórmula vacía. Ya se ha eliminado la objeción de irracionalidad que es reiteradamente aducida²³⁵. La tesis según la cual las ponderaciones conducen a "decisiones particulares"²³⁶ se presta, por lo menos, a malentendidos. Ciertamente, en la medida en que las decisiones de ponderación son decisiones judiciales, se realizan, por lo general, para la solución de un caso particular. Pero, de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables. Están vinculadas en el aquí sostenido modelo de la ponderación²³⁷. No es válida la objeción según la cual, cuando se trata de ponderación de bienes, en última instancia, sólo se aduce una palabra en contra de otra²³⁸. Se establece un principio en contra de otro principio, algo que tiene las consecuencias formuladas en la ley de colisión y de ponderación.

El modelo de la ponderación evita no sólo los problemas expuestos, sino que presenta también ventajas que se hacen valer para otros modelos alternativos, sin quedar afectado por sus dificultades. Esto puede mostrarse con el concepto de análisis de ámbito normativo que

²³² Ibídem.

²³³ C. v. Pestalozza, "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland" en *Der Staat* 2 (1963), pág. 447; Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 18; del mismo autor, *Juristische Methodik*, pág. 53.

²³⁴ C. v. Pestalozza, op. cit., pág. 448.

²³⁵ Cfr., por ejemplo, Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pág. 54.

²³⁶ Ibídem, pág. 54.

²³⁷ Con respecto a la universalidad como postulado básico de la racionalidad práctica, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 91 ss., 234 ss., 274; con respecto a la formación de reglas como postulado jurídico-constitucional, cfr. BVerfGE 66, 116 (138).

²³⁸ Fr. Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlín 1966, pág. 209.

Müller contrapone a la ponderación de bienes²³⁹. Con este concepto, Müller subraya la importancia de los argumentos empíricos (datos reales) dentro del marco de la fundamentación iusfundamental. Aboga, además, por una "dogmática de ámbitos" diferenciada de los distintos derechos fundamentales²⁴⁰. El modelo de ponderación aquí sostenido satisface ambos postulados. Dentro del marco de la fundamentación de los enunciados sobre las intensidades de afectación y sobre la importancia del cumplimiento de los principios opuestos, se hacen valer plenamente argumentos empíricos que se refieren a las peculiaridades del objeto de la decisión y a las consecuencias de las posibles decisiones. Con respecto a los argumentos empíricos, para la fundamentación de las decisiones de ponderación, vale lo mismo que para la argumentación jurídica en general²⁴¹. La ley de colisión muestra que las ponderaciones conducen a dogmáticas diferenciadas de los distintos derechos fundamentales: en caso de colisión, hay que establecer una relación de preferencia condicionada. A ella corresponde una regla de un relativamente alto grado de concreción. A través de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscriptas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.

El modelo de ponderación presentado puede, pues, por una parte, satisfacer las exigencias justificadas en el sentido de que se tomen en cuenta las situaciones reales, al igual que las legalidades empíricas, y se crea una dogmática detallada de los distintos derechos fundamentales; por otra, permite evitar las dificultades del concepto del análisis del ámbito normativo. Estas dificultades resultan del status ambivalente de los elementos del ámbito normativo de Müller. Como ya se señalara más arriba²⁴², aquí puede tratarse o bien sólo de argumentos empíricos o de argumentos empíricos en conexión con argumentos valorativos. Si sólo se trata de argumentos empíricos, entonces el análisis de los ámbitos normativos no basta para dar respuesta a las cuestiones de derecho fundamental. Las cuestiones de derecho funda-

²³⁹ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, págs. 49, 117 ss.

²⁴⁰ Cfr. del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 87.

²⁴¹ Cfr. al respecto, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 285 ss.

²⁴² Capítulo 2, II, 3.

mental son cuestiones normativas, y sólo de enunciados empíricos no se infieren enunciados normativos. Si en el caso de los elementos de ámbitos normativos, se trata de una mezcla de elementos empíricos y valorativos, se plantea entonces la cuestión de saber de dónde proceden los elementos valorativos y cómo pueden ser controlados. Esta cuestión se vuelve tanto más urgente cuanto que el propio Müller subraya que una "jurisprudencia sin decisión y valoración [...] (no sería) ni práctica ni real"²⁴³. Las formulaciones de Müller en las cuales se equipara la "estructura del ámbito normativo" con la "naturaleza del ámbito vital reglado"²⁴⁴ permiten, por cierto, constatar una cierta afinidad de su concepción del análisis de los ámbitos normativos con la teoría de la naturaleza de las cosas²⁴⁵, pero no constituyen una respuesta suficiente al problema de la valoración. El modelo de la ponderación, basado en la teoría de los principios, puede dar una respuesta tal al vincular la estructura formal de la ponderación con una teoría de la argumentación jurídica, que incluye una teoría de la argumentación práctica general²⁴⁶.

²⁴³ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pág. 134.

²⁴⁴ *Ibidem*, pág. 40.

²⁴⁵ Cfr., además, del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 28 (nota 59), en donde se habla de la "vinculación objetiva del ámbito normativo de derecho fundamental" como "un tipo especial de la 'naturaleza de la cosa'". La afinidad entre los conceptos de ámbito normativo y naturaleza de la cosa es subrayada por Larenz (K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4a. edición, pág. 323); cfr. al respecto también H. Ryssel, recensión de M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1976, y Fr. Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966, en DVBl 1971, pág. 84. El propio Müller rechaza la equiparación de su teoría con las concepciones tradicionales de la naturaleza de la cosa (cfr. *Juristische Methodik*, págs. 34 ss., 86; "Thesen zur Struktur von Rechtsnormen" en ARSP 61 (1970), pág. 498). A pesar de esta defensa, su intento de sustituir la "cosa" por el ámbito normativo y la "naturaleza" por "su estructura básica selectivamente requerida bajo los aspectos del programa normativo" (cfr. *Juristische Methodik*, pág. 88) está expuesto a las objeciones que valen en contra de la teoría de la naturaleza de la cosa, ya por el hecho de que solo de las normas de derecho fundamental (programa normativo) estatuido directamente y de enunciados empíricos sobre lo que debe ser regulado con normas de derecho fundamental no se infiere el juicio de deber ser concreto de derecho fundamental. Para el análisis y crítica de estas teorías, cfr. R. Dreier, *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlin 1965.

²⁴⁶ Cfr. infra, Capítulo 10, III, 3.

2.3. Objetiones dogmáticas

Las objeciones dogmáticas son más fáciles de refutar que las metodológicas. Según la primera de ellas, una teoría de los valores de los derechos fundamentales concedía a una destrucción del derecho fundamental de libertad en el sentido liberal. La "libertad vinculada con la subjetividad (es) sustituida por la objetividad del valor"²⁴⁷, se produciría una orientación concreta de la libertad de derecho fundamental²⁴⁸, una "obligación" orientada hacia los valores²⁴⁹. Esta concepción sería correcta si la libertad y el valor fueran dos cosas de tipo opuesto. Sin embargo, tal no es el caso. Más bien la libertad jurídica —y sólo de ésta se trata aquí— es un valor entre otros. Como habrá de exponerse detalladamente más adelante,²⁵⁰ la libertad jurídica consiste en la autorización jurídica para hacer u omitir lo que se quiera. Ella es limitada por toda norma de prohibición o de mandato. Cuanto más se prohíbe o se ordena, tanto más reducida es la libertad jurídica. El principio de la libertad jurídica exige una situación de regulación jurídica en la que se ordene y prohíba lo menos posible. Su realización máxima es una situación en la que nada está jurídicamente prohibido u ordenado, es decir, todo está permitido jurídicamente. Es fácil obtener consenso acerca de que una situación tal no es deseable. La polémica surge cuando se trata de determinar qué y cuánto debe ser ordenado y qué y cuánto prohibido. Esta polémica es una polémica acerca del grado óptimo de realización del principio de la libertad jurídica teniendo en cuenta los principios opuestos. Estos principios pueden ser sopesados de manera muy diferente. La escala se extiende desde teorías liberales radicales que sólo en muy pocas situaciones extremas confieren a los principios opuestos un peso mayor que al principio de la libertad jurídica, hasta las teorías radicales no-liberales que llegan a una ponderación inversa y casi para cada alternativa de acción tienen un mandato o una prohibición jurídicos. Esto pone de manifiesto que la teoría de los principios o de los valores de los derechos fundamentales en tanto tal se comporta neutralmente frente a la libertad jurídica. Ciertamente, el otorgamiento de un peso reducido al principio de libertad puede conducir a una reducción de la

²⁴⁷ E. Forsthoff, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, pág. 190.

²⁴⁸ E. W. Böckenförde, "Grundrechtslehre und Grundrechtsinterpretation", pág. 1533.

²⁴⁹ H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, pág. 37.

²⁵⁰ Capítulo 4 II 2.2.

libertad jurídica pero, una ponderación inversa puede tener también como consecuencia un exceso de libertad jurídica.

Desde luego, con esto no han sido eliminadas todavía las objeciones dogmáticas en contra de una teoría de los principios de los derechos fundamentales. También quien admite que la objeción liberal puede ser refutada puede insistir en una objeción de Estado de derecho. La interpretación de las normas de derecho fundamental como principios crea la posibilidad de presentar como mandatos jurídico-constitucionales resultados de ponderación muy diferentes. "De esta manera", podría pensarse con Forsthoff, "se dejan librados los derechos fundamentales a posibilidades manipulatorias de supra, sub o revaloración y, con ello, se transforma la decisión fundamental del legislador en una autorización global para los intérpretes de la Constitución. El resultado es que se vuelve insegura la Constitución [...]"²⁵¹ Esta objeción vincula dos aspectos. El primero apunta a que una teoría de los principios no toma en serio la sujeción a la Constitución: la segunda, a que conduce a la arbitrariedad interpretativa y, con ello, a la inseguridad constitucional.

La objeción que apunta a la sujeción podría afectar la teoría aquí sostenida sólo si el modelo puro de reglas pudiera garantizar una medida mayor de sujeción que el modelo regla/principios. Pero el modelo puro de reglas ha demostrado ser inadecuado. Así, por ejemplo, se vio claramente que en los derechos fundamentales con reserva simple, hasta un límite de contenido esencial difícilmente determinable, conduce a una marcha en el vacío y, por lo tanto, a una falta de sujeción. Justamente para asegurar la sujeción, es necesaria una complementación del nivel de las reglas con el de los principios. Por lo demás, la referencia de Forsthoff a la "decisión fundamental del legislador constitucional" sugiere la interpretación de que no se dirige tanto en contra de una teoría de los principios en tanto tal, sino más bien en contra de la posibilidad de teorías de los principios con determinados contenidos. Una decisión fundamental de un legislador constitucional no puede ser otra cosa que una decisión en favor de un determinado principio o de determinados principios. Pero, si tal es el caso, entonces la objeción que apunta a la sujeción pierde el carácter de una objeción en contra de una teoría de los principios como teoría estructural. Se convierte en una objeción en contra de determinadas evaluaciones de los principios y, con ello, en un alegato en favor de

²⁵¹ E. Forsthoff, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, pág. 190.

una determinada teoría material de los derechos fundamentales frente a la cual la teoría de los principios, en tanto teoría estructural, se comporta neutralmente.

Queda la objeción que apunta a la seguridad jurídica. Una vez más hay que hacer referencia a la falta de alternativas aceptables, que puedan garantizar una medida mayor de seguridad jurídica que el modelo regla/principios. Sin embargo, ésta es sólo una cara de la medalla. La otra es que el carácter de principio de los derechos fundamentales significa ciertamente la presencia permanente de contenidos exagerados pero, ésta es conciliable con una medida suficiente de seguridad jurídica. El modelo regla/principios conoce no sólo el nivel de los principios sino también el nivel de las reglas²⁵². Más adelante se mostrará²⁵³ que la seguridad obtenible en el nivel de las reglas no sólo se basa en un respeto básicamente impuesto del texto y de la voluntad del legislador constitucional, sino esencialmente también en la fuerza jurisprudencial de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal.

Capítulo cuarto

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

I. ACERCA DE LA DISCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

No obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados¹, la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso. Una razón importante de que ello sea así parece ser la “falta de un cuestionamiento correcto y preciso”, que ya Kelsen criticara: “No se ha dado cuenta en absoluto de lo que debe proporcionar al jurista el buscado concepto de un derecho subjetivo, de a cuál pregunta debe dar una respuesta”². También en la discusión actual, en conexión con el concepto de derecho subjetivo, se analizan cuestiones sumamente diferentes. Pueden distinguirse tres tipos de cuestiones: normativas, empíricas y analíticas.

¹ Desde luego, si se toma en cuenta la literatura contemporánea, ya no es válida la afirmación formulada por Kelsen en 1911: “No es, por cierto, exagerado sostener que, de todos los conceptos jurídicos fundamentales, justamente el de derecho subjetivo es el más analizado en la literatura teórica” (H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*, Tübinga 1911, pág. 568); pero, con todo, posiblemente este concepto no se ha alejado mucho de la posición de preeminencia que antes tenía. Como surge de lo que sigue, pertenece todavía al grupo de los conceptos más discutidos en la literatura jurídica.

² H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 618.

²⁵² Esto significa que en el modelo regla/principios, no se sustituye la deducción por la ponderación. Más bien, ambas son aquí vinculadas. Con respecto a dos formas de la vinculación, cfr., por una parte, R. Alexy, “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, págs. 195 ss.; y, por otra, H. J. Koch/ H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 97 ss.

²⁵³ Capítulo 10. III. 3.2.2.

1. Los derechos subjetivos y las cuestiones normativas

En el grupo de las cuestiones normativas pueden distinguirse cuestiones ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas, con las correspondientes respuestas.

Se trata de una cuestión ético-filosófica cuando, independientemente de la validez de un orden jurídico positivo, se pregunta por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen. Una respuesta clásica a esta cuestión es la kantiana según la cual “la libertad (independencia del arbitrio obligante de otro), en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con una ley universal”, es el derecho “único, originario, que pertenece a toda persona” “en virtud de su humanidad”³, es decir, según Kant, la propiedad de la persona como ser racional⁴. Otro ejemplo de una respuesta a esta pregunta lo proporciona Larenz: “Reconocemos la relación jurídica fundamental como el derecho de cada cual a ser respetado por todos los demás como persona y, al mismo tiempo, su deber frente a cada cual de respetarlo como persona [...] En ella, el ‘derecho’ de una persona es aquello que le corresponde o que merece como persona y a lo que los demás están, por ello, obligados o sujetos a otorgarle o dejarle”⁵.

Más arriba se ha expuesto que la dogmática de los derechos fundamentales, al igual que la dogmática jurídica en general, es una disciplina tridimensional y que, en una de sus tres dimensiones, trata cuestiones normativas⁶. Por ello, el objeto de las cuestiones ético-filosóficas puede jugar un papel también dentro del marco de la dogmática de los derechos fundamentales. La diferencia entre las cuestiones ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas consiste en que, en el caso de estas últimas, de lo que se trata es de saber qué es lo que vale en el sistema jurídico mientras que las primeras pueden ser planteadas independientemente del sistema.

Por lo tanto, cuando se pregunta si un sujeto jurídico posee un determinado derecho subjetivo en un sistema jurídico, se trata de una cuestión jurídico-dogmática. Aquí habrán de interesar sólo dos situa-

³ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 237.

⁴ Del mismo autor, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* en Kant, *Gesammelte Schriften*, edición de la Academia, tomo IV, Berlín 1903/11, págs. 446 ss.

⁵ K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1a edición, Múnich 1967, pág. 60.

⁶ Cfr. Capítulo 1.I.2.

ciones en las cuales puede plantearse esta cuestión. En la primera, no existe ninguna duda de que una norma *N* si es aplicable en el caso de *a*, le confiere a éste un derecho subjetivo pero, lo que es dudoso es si es aplicable en el caso de *a*, es decir, si, bajo las situaciones dadas, le confiere un derecho subjetivo. En la respuesta a esta cuestión se trata de un problema habitual de interpretación. No juegan ningún papel problemas que se refieren al concepto de derecho subjetivo. En cambio, la segunda situación está caracterizada por el hecho de que no existe ninguna duda acerca de que *N* es aplicable en el caso de *a* pero, se duda acerca de si *N* confiere algún derecho subjetivo. El caso clásico de esta cuestión es el de la protección aduanera de Jhering: “La ley que, en interés de ciertos ramos industriales, introduce protecciones aduaneras *beneficia* a los fabricantes, los *promueve, protege* en sus negocios y, sin embargo, no les confiere *ningún derecho* [...] Lo que existe aquí es sólo un *efecto reflejo*, una *relación* que, desde luego, tiene una gran similitud con el derecho *pero*, con tanto mayor cuidado tiene que ser separado de él”⁷.

La cuestión acerca de cuándo una norma jurídica confiere derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo, bajo aspectos procesales. Así, por ejemplo, según los §§ 42 párrafo 2 y 113 párrafo 1 VwGO, el hacer valer la violación de derechos subjetivos del demandante o su violación es presupuesto para la admisión o el éxito de la demanda⁸. Aquí, lo único que interesa es que el problema de si una norma confiere o no un derecho subjetivo es un problema normativo. Surge cuando el texto de una norma deja abierta esta cuestión, tal como es, por ejemplo, el caso cuando, de acuerdo con el texto, consta que la norma *N* obliga al Estado a realizar la acción *A* pero no si *A* tiene al respecto un derecho frente al Estado. Para exponer que

⁷ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte 3, 5a edición, Leipzig 1906, pág. 351. Con respecto a este caso, cfr. O. Bachof, “Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht” en O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein/E. Walz (eds.), *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, Múnich 1955, pág. 288; H. L. A. Hart, “Bentham on Legal Rights” en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford 1973, pág. 189.

⁸ Con respecto a la discusión sobre el derecho subjetivo en el derecho administrativo, cfr., por ejemplo, O. Bachof, “Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht”, págs. 287 ss.; H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen 1965, págs. 246 ss.; W. Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen 1968; M. Zuleeg, “Hat das subjektive Recht noch eine Daseinsberechtigung?” en *DVBl* 1976, págs. 510 ss.

a tiene un tal derecho, se requieren premisas adicionales. Estas pueden ser —por ejemplo, en el sentido de la teoría de la norma protectora del Tribunal Constitucional Federal⁹— las de la interpretación teleológica. Pero, con esto se entra en un terreno en el que ya no bastan deducciones a partir de lo dictado autoritativamente sino que hay que llevar a cabo valoraciones independientes¹⁰. Hay que fundamentar enunciados normativos que van más allá de lo establecido.

2. Los derechos subjetivos y las cuestiones empíricas

El concepto de cuestión empírica abarca cosas muy diferentes. Esto vale también para las cuestiones empíricas que se refieren al derecho subjetivo. Así, pueden distinguirse, por ejemplo, enunciados acerca del surgimiento de derechos subjetivos¹¹, sobre la historia del concepto de derecho subjetivo¹² y sobre la función social de los derechos subjetivos¹³, por ejemplo, sobre su “función específica para la organización y legitimación de las relaciones de dominación”¹⁴.

Después de lo ya dicho sobre la tridimensionalidad de la ciencia del derecho¹⁵, no es necesario perder muchas palabras acerca de la importancia de las cuestiones empíricas para una teoría jurídica de los derechos subjetivos. Ella es especialmente notoria en el marco de los argumentos históricos y teleológicos. Así, los hechos de que un determinado derecho subjetivo *D* ha sido creado en el tiempo *t*₁ a fin de evitar la situación *S* valorada negativamente y que *D* ha evitado con éxito esta situación, bajo los presupuestos de que *D* también en el momento actual *t*₂ es adecuado para evitar *S* y que *S* sigue

⁹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1. 83; 27, 29 (32); 28, 268 (270); 32, 173 (175); 41, 58 (63); 52, 122 (128); cfr., además, BVerfGE 27, 297 (307).

¹⁰ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 295 ss.

¹¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5a edición, Tübingen 1980, págs. 397 ss.

¹² H. Coing, “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’” en H. Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Francfort del Meno 1962, págs. 29 ss.

¹³ N. Luhmann, “Zur Funktion der ‘subjektiven Rechte’” en *Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo 1 (1970), págs. 321 ss.; J. Schapp, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlin 1977, pág. 14.

¹⁴ U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, pág. 30.

¹⁵ Cfr. Capítulo 1.I.2.

siendo valorada negativamente, un argumento fuerte para la conservación de *D*¹⁶. Así, además, el hecho de que un determinado derecho subjetivo *D* en la interpretación *I* conduce a la consecuencia fáctica *C* o tiene la función social *F*, bajo el presupuesto de que *C* o *F* debe ser valorado positivamente, es un argumento fuerte para interpretar *D* en el sentido de *I*. Podría continuarse la serie de estos ejemplos. Pero, en ellos se verá siempre que si se parte sólo de enunciados empíricos sobre la historia, las consecuencias sociales y las funciones de los derechos subjetivos, no es posible inferir nada con respecto al cuestionamiento jurídico-dogmático. Para ello, tienen que estar vinculadas con enunciados normativos.

3. Los derechos subjetivos y las cuestiones analíticas

3.1. Norma y posición

En una teoría estructural de los derechos fundamentales, lo que importa sobre todo son las cuestiones analíticas. Para la consideración analítica de los derechos subjetivos, tiene importancia fundamental la distinción entre norma y posición¹⁷. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo¹⁸. El enunciado:

(1) “Cada cual tiene derecho a expresar libremente [...] su opinión [...]” (artículo 5, párrafo 1 frase 1 LF)

expresa una norma universal¹⁹. Como no puede haber ninguna duda de que confiere un derecho frente al Estado, sobre su base puede formularse la siguiente norma individual:

(2) *a* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión.

Si este enunciado es correcto, es decir, si vale la norma individual expresada por (2), *a* se encuentra frente al Estado en una posición que

¹⁶ Con respecto a este tipo de argumentos históricos, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 294.

¹⁷ Con respecto al uso de la expresión “posición” por parte del Tribunal Constitucional Federal, cfr. BVerfGE 45, 63 (76), 53, 30 (58).

¹⁸ Cfr. supra Capítulo 2.I.2.

¹⁹ Con respecto a este concepto, cfr. supra Capítulo 3.I.1., nota 11.

consiste exactamente en que *a* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión. Esta posición puede ser expresada con el mismo enunciado mediante el cual se expresa aquella norma individual. Si vale la *norma* individual según la cual *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces *a* se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*; y si una *posición jurídica* de *a* consiste en que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces vale la norma individual de que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. Podría preguntarse qué sentido tiene, bajo estas circunstancias, hablar de posiciones. Parece ser superfluo.

La respuesta es que ello es necesario desde una determinada *perspectiva*, es decir, desde aquella que se interesa por las *propiedades normativas* de personas y acciones y por las *relaciones normativas* entre personas, al igual que entre personas y acciones. En general, las *normas* pueden ser consideradas como *cualificaciones* de personas o acciones. Así, puede decirse que una norma que le prohíbe a *a* hacer *h* le confiere a *a* la *propiedad* de ser alguien a quien le está prohibido hacer *h*. La propiedad de *a*, que puede ser expresada con el *predicado monádico* complejo "alguien a quien le está prohibido hacer *h*" es la *posición* en la que *a* es colocado a través de la norma. Si sólo existieran posiciones de este tipo, naturalmente no valdría la pena hablar de posiciones. Lo interesante es cuando no se trata de propiedades sino de *relaciones* que pueden ser expresadas por *predicados* diádicos tales como "... tiene un derecho a *G* frente a ..." o por *predicados* triádicos como "... tiene frente a ... un derecho a ..." En lo que sigue habrá de mostrarse que es aconsejable concebir a los *derechos subjetivos* como *posiciones y relaciones* de este tipo.

3.2. Un modelo de tres gradas de los derechos subjetivos

Si se entiende a los *derechos subjetivos* como *posiciones y relaciones jurídicas* en el sentido presentado más arriba, es posible distinguir entre (a) *razones para los derechos subjetivos*, (b) *derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas* y (c) la *imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos*. La distinción insuficiente entre estas tres cosas es una de las causas esenciales de la interminable polémica acerca del concepto del *derecho subjetivo* que, sobre todo,

se lleva a cabo entre las diferentes variantes de la teoría de los *intereses* y las de la *voluntad*²⁰.

Los polos alrededor de los cuales gira la polémica sobre los *derechos subjetivos* son formulados con insuperable precisión por Jhering: "Dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno *substancial*, en el que reside el *fin práctico* del mismo, es decir, la *utilidad*, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el *derecho*, y uno *formal* que se comporta con respecto a aquel *fin* meramente como medio, es decir, la *protección* del *derecho*, la *demand*a"²¹. Mientras que Jhering centra su interés en el *fin*, la teoría de la voluntad considera como central el control del titular del derecho

²⁰ Estas teorías encontraron su formulación clásica en Windscheid y Jhering. Segun Windscheid, el *derecho subjetivo* es "un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico" (cf. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, pág. 156); segun Jhering, los *derechos subjetivos* son "intereses jurídicamente protegidos" (R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, pág. 339). La discusión de estas teorías ha conducido a numerosas teorías llamadas "combinadas" (cf. al respecto, por ejemplo, I. Unnechtus II. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. edición, 1er medio tomo, Tübinga 1959, pág. 428 s.; "El *derecho subjetivo* es conceptualmente un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico, por su finalidad, es un medio para la satisfacción de los intereses humanos", y G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a edición, Tübinga 1905, pág. 41 "Por lo tanto, el *derecho subjetivo* es el poder de la voluntad humana dirigido a un bien o interés, reconocido y protegido por el orden jurídico"). Con respecto a la polémica entre estas posiciones, cf., por ejemplo, H. Kelsen, *Haupprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 572 ss.; O. Bachof, "Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", pág. 291 ss.; L. Raiser, "Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht" en *JZ* 1961, pág. 465; F. Kasper, *Das subjektive Recht-Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlruhe 1967, pág. 49 ss.; J. Aicher, *Das Eigentum als subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts*, Berlin 1975, pág. 24 ss. En el ámbito anglosajón, la controversia entre Jhering y Windscheid encuentra su *pendant* en las posiciones de Bentham (teoría de los intereses) y Austin (teoría de la voluntad); cf., por una parte, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, editada por J. H. Burns II. I. A. Hart, Londres 1970, pág. 206 (al respecto, H. L. A. Hart, "Bentham on Legal Rights", pág. 177) y, por otra parte, J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, tomo I, 4^a edición, Londres 1873, pág. 410. En época reciente, se ha vuelto a encender la polémica entre la teoría de la voluntad y la de los intereses. Del lado de la teoría de la voluntad, se encuentra Hart (H. L. A. Hart, "Bentham on Legal Rights", pág. 183 ss.); del lado de la teoría de los intereses, se encuentran MacCormick y Lyons (N. MacCormick, "Rights in Legislation" en P. M. S. Hacker/J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, pág. 189 ss.; D. Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries" en *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), pág. 173 ss.).

²¹ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, pág. 339.

sobre la posición que le es conferida por una norma y que se expresa, entre otras cosas, en la autorización para demandar. Puede, pero no está obligado a, demandar; lo que haga depende de su libre elección, de su voluntad.

Los enunciados sobre el fin de los derechos, al igual que los enunciados sobre fines de normas son enunciados sobre razones para los derechos, es decir, las normas. Dentro del marco de la tesis de Jhering pueden distinguirse, por ello, dos tipos de enunciados: enunciados sobre razones para derechos y enunciados sobre la protección o la imposición de derechos. Un típico enunciado sobre razones es el enunciado: "Los derechos están [...] al servicio de los intereses, necesidades, fines de la comunicación"²¹. A tales enunciados generales sobre razones corresponden enunciados concretos sobre razones tales como:

(1) *G* es "una necesidad que está inevitablemente impuesta por la naturaleza animal del hombre"²²,

que puede ser utilizado como argumento en favor de la tesis de que *a* tiene un derecho a *G*²³. Un enunciado sobre la protección es:

(2) *a* puede reclamar la violación de su derecho a *G* a través de la demanda.

Ni los enunciados sobre razones (1) ni los enunciados sobre la protección (2) son sin más equivalentes en su significado a enunciados sobre derechos tales como:

(3) *a* tiene derecho a *G*.

Con esto se plantea la cuestión de saber cómo se comportan reci-

tos al respecto. H. L. A. Hart, "Bentham on Legal Rights", págs. 196 ss. El aspecto de la libre elección puede ser referido no solo a la demanda, es decir, a la imposición del derecho, sino también a la disposición del derecho; cfr. al respecto, por ejemplo, B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tomo 1, pág. 156. Desde luego, cuando este aspecto es considerado como constitutivo de los derechos subjetivos, surgen considerables dificultades en el caso de los derechos inalienables; cfr. al respecto, N. MacCormick, "Rights in Legislation", págs. 195 ss.

²¹ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, pag. 338.

²² Ibidem, págs. 333 s.

²³ Queda abierta aquí la cuestión de si este argumento es correcto.

procamente estos enunciados. Esta cuestión formula uno de los problemas centrales de la teoría de los derechos subjetivos.

Es relativamente fácil precisar la relación entre enunciados sobre razones (1) y enunciados sobre derechos (3). Se trata de una relación de fundamentación. Una cosa es la razón de un derecho y otra el derecho que se acepta en virtud de esta razón. Ambas tienen que ser consideradas en un análisis amplio que, como lo expresa Jhering, pretende "referirse a lo interno del derecho, a su esencia"²⁴. Sin embargo, esto no impide que, en un primer paso, sea objeto de la investigación, por lo pronto, la estructura lógica del derecho; por el contrario, lo requiere, pues la cuestión acerca de la razón o fundamento de algo presupone el conocimiento de aquello que debe ser fundamentado.

No tan simple es la relación entre enunciados sobre derechos tales como "a tiene un derecho a *G*" (3) y enunciados sobre la protección tales como "a puede reclamar la violación de su derecho a *G* a través de una demanda" (2). También los enunciados sobre la protección expresan una posición jurídica, es decir, la capacidad jurídica (el poder jurídico, la competencia) para imponer un derecho. También esta posición puede ser llamada "derecho". Se trata, pues, de la relación entre dos posiciones o derechos. Los muy discutidos problemas de esta relación resultan del alto grado de plausibilidad de la tesis según la cual sólo se puede hablar de un derecho positivo cuando existe una capacidad jurídica para su imposición. Autores como Kelsen definen el derecho subjetivo en sentido técnico o específico, justamente a través de esta capacidad: "el derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente"²⁵. Para esta definición, basta con el concepto de poder jurídico (capacidad jurídica, competencia) conjuntamente con el concepto de deber, a cuyo cumplimiento o realización se refiere el poder jurídico. ¿Significa esto que es superfluo hablar de una posición que consiste en que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G* y, por consiguiente, es también superfluo el uso de enunciados tales como "a tiene frente a *b* un derecho a *G*"?

Esta pregunta debe ser respondida negativamente, por dos razones.

²¹ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, pág. 328.

²² Con respecto a este concepto, cfr. infra Capítulo 4.II.3.

²³ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 269; cfr. del mismo autor, op. cit., págs. 110 s.; del mismo autor, *Reine Rechtslehre*, págs. 139 ss.

La primera es una consideración de funcionalidad. El uso de enunciados sobre derechos es posible y funcional también si se supone que un derecho subjetivo existe sólo si está dada la correspondiente capacidad de su imposición. La posibilidad de usar enunciados tales como "a tiene frente a mí un derecho a G" no queda con ello eliminada; simplemente se limita la admisibilidad del uso de tales enunciados a los casos en los que existe la capacidad jurídica de imposición. La funcionalidad del uso de tales enunciados se muestra en el hecho de que, en caso contrario, estados de cosas simples tendrían que ser formulados con frases complicadas acerca de la capacidad jurídica para la imposición y violación de deberes. Por ello, aun cuando hubiera que definir el concepto de derecho subjetivo en el sentido de Kelsen, estaría justificado recurrir en partes esenciales de la ciencia del derecho a la ayuda de enunciados sobre derechos. A esta razón técnica se suma otra sistemática. No parece necesario hablar de derechos sólo cuando existe la capacidad jurídica de su imposición, por ejemplo, a través de una demanda. Ciertamente, es posible definir en este sentido el concepto de derecho subjetivo pero, una tal definición estipulativa no refleja el uso existente del lenguaje²⁹ ni es fecunda para el conocimiento de los sistemas jurídicos. Que no refleja el uso existente del lenguaje puede reconocerse en el hecho de que normas tales como la del artículo 19 frase 4 LF, que abre la vía judicial a todo aquel que sea lesionado en sus derechos por el poder público, serían superfluas si se presupone una definición que incluye ya en el concepto de derecho subjetivo la capacidad de demandar³⁰. Normas como éstas sugieren considerar a los derechos como razones para la capacidad jurídica de su imposición, algo que, de acuerdo con la relación de fundamentación entre enunciados sobre razones para derechos y enunciados sobre derechos, conduce a una segunda relación de fundamentación entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre su protección³¹. Aquí subyace un problema más profundo que afecta

²⁹ Cfr. al respecto, por ejemplo, E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, Gotha 1883, págs. 62 s.

³⁰ Un problema similar plantea la inclusión de la competencia para interponer una demanda en el concepto de derecho subjetivo con respecto al § 42 párrafo 2 VwGO, según el cual la violación de un derecho subjetivo es un presupuesto de la competencia para imponer una demanda (cfr. al respecto, W. Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübinga 1968, págs. 2 s.).

³¹ Con respecto a esta última, cfr. N. MacCormick, "Rights in Legislation", pág. 204.

la estructura del orden jurídico. ¿Pertenece a un orden jurídico sólo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imponibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida pero, puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico? Aquí no es posible entrar en esta cuestión³². Pero, también sin analizarla, puede decirse que una definición estipulativa no basta como respuesta³³.

Si se vincula la razón técnica con la sistemática, todo habla en favor de considerar el nivel de los enunciados sobre derechos como el nivel central para la dogmática jurídica.

3.3. La pluralidad de los derechos subjetivos

El fruto analítico más importante de la discusión acerca de los derechos subjetivos consiste en los análisis y clasificaciones de aquellas posiciones jurídicas que, tanto en el lenguaje ordinario como en el técnico, son llamadas "derechos". En este ámbito, caben distinciones tales como las de derechos de dominio absolutos y relativos, por una parte, y derechos de conformación, por otra³⁴, la distinción propuesta por Jellinek de derechos de status negativo, positivo y activo³⁵ y la división de Kelsen en derechos reflejos, derechos subjetivos en

³² La respuesta a esta cuestión depende de que el concepto de norma jurídica vigente incluya que aquello que ella ordena puede ser impuesto por un acto coactivo previsto en el sistema jurídico. El hecho de que esto valga para la gran mayoría de las normas jurídicas vigentes no justifica sin más la conclusión de que ello resulta del concepto de norma jurídica vigente. Tampoco del hecho de que en todo orden jurídico tiene que haber normas dotadas con sanciones estatales (cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, págs. 195, 212), no se infiere sin más que todas las normas jurídicas tengan que estar dotadas con sanciones.

³³ Con respecto al hecho de que de la falta de imponibilidad no puede inferirse sin más la no existencia de un derecho, cfr. G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2a. edición, Munich/Berlin 1959, pág. 236: "Incorrecto es sólo [...] querer inferir del hecho posible de que el derecho de algún Estado federado no confiera a un derecho subjetivo ninguna protección o una protección insuficiente, la no existencia de este derecho".

³⁴ H. Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 13. edición, Berlin 1962, págs. 75 ss.

³⁵ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, págs. 87, 95 ss.

sentido técnico, autorizaciones positivas de las autoridades, derechos políticos y derechos fundamentales y de libertad³⁶. Además, hay que situar en este ámbito, distinciones tales como la de Windscheid entre casos en los cuales la voluntad del titular del derecho es “decisiva para la imposición de la orden dictada por el orden jurídico” y casos en los cuales es “decisiva [...] para el surgimiento de derechos [...] o para la extinción y modificación de los ya surgidos”³⁷, al igual que definiciones como la de Bucher: “El derecho en sentido subjetivo es una autorización de imposición de norma otorgada al titular del derecho por él orden jurídico”³⁸.

Ya estos pocos ejemplos ponen claramente de manifiesto la variedad de aquello que es llamado “derecho subjetivo”. Además, sugieren que las posiciones resumidas bajo este concepto podrían ser más complejas que lo que permiten reconocer las respectivas clasificaciones, distinciones y definiciones; ello explicaría las dificultades que ha planteado y sigue planteando el análisis del concepto de derecho subjetivo.

En este contexto, son instructivas las investigaciones de Lindahl³⁹. Las teorías tradicionales están caracterizadas por el hecho de que en ellas se intenta, con los medios del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico técnico, aprehender a través de una captación más o menos directa, las posiciones jurídicas realmente creadas por el orden jurídico. La teoría de Lindahl se diferencia fundamentalmente de estos enfoques. En ella se intenta abarcar todas las posibles posiciones normativas no contradictorias⁴⁰. Para ello se forman las combinaciones posibles de dos operadores, el operador deontico (*Shall operator*) y un operador de acción (*Do operator*)⁴¹. Ambos operadores son introducidos en el marco de un sistema lógico elemental. De esta manera, Lindahl obtiene siete grupos básicos de posiciones normativas de un sujeto (*basic types of one-agent legal positions*)⁴², 35 tipos

³⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 130 ss.

³⁷ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tomo 1, pág. 156.

³⁸ E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübinga 1965, pág. 55.

³⁹ L. Lindahl, *Position and Change*, Dordrecht 1977.

⁴⁰ Lindahl se apoya aquí, sobre todo, en los trabajos de Kanger; cfr. S. Kanger, “New Foundations for Ethical Theory” en R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1970, págs. 36 ss.; S. Kanger/H. Kanger, “Rights and Parliamentarism” en *Theoria* 32 (1966), págs. 85 ss.

⁴¹ L. Lindahl, *Position and Change*, pág. 84.

⁴² Ibidem, pág. 92.

de relaciones normativas entre dos sujetos que se refieren a acciones que pueden ser realizadas separadamente por cada uno de ellos (*individualistic two-agent types*)⁴³ y 127 tipos de relaciones normativas entre dos sujetos que se refieren a acciones que presuponen una coordinación entre estos sujetos (*collectivistic two-agent types*)⁴⁴. Sobre esta base, Lindahl esboza una teoría de la modificación de las posiciones normativas que se refiere al ámbito designado con expresiones tales como “capacidad jurídica”, “poder jurídico”, “competencia” y “facultad jurídica”; resulta así un número tan grande de posibilidades⁴⁵ que Lindahl intenta distinguir, con la ayuda de reglas no-lógicas (*rules of feasibility*), aquéllas que merecen ser consideradas de las que no lo merecen⁴⁶.

Los análisis de Lindahl no fundamentan ninguna objeción en contra de las conceptuaciones de tipo tradicional. Por el contrario, la pluralidad de posibles constelaciones lógicas exige, por razones de funcionalidad, desarrollar conceptos que, sin entrar en la consideración de cada posibilidad de distinción concebible, permitan abarcar el ámbito de los derechos subjetivos económica y adecuadamente. En todo caso, estos análisis muestran que también un modelo simple, como el que aquí debe ser presentado, no puede prescindir de una mirada en las estructuras lógicas.

La variedad de aquello que es llamado “derecho (subjetivo)” crea un problema terminológico. ¿Debe reservarse la expresión “derecho (subjetivo)”, cuya ambigüedad y vaguedad es realmente extraordinaria, sólo para algunas posiciones o debe ser utilizada en un sentido lo más amplio posible? La primera vía encierra el peligro de provocar una estéril polémica acerca de qué debe ser llamado “derecho (subjetivo)”. Más importante que esta cuestión es la intelección de la estructura de las diferentes posiciones. Es aconsejable, por ello, utilizar la expresión “derecho (subjetivo)”, siguiendo el uso existente, como un concepto general para posiciones muy diferentes, y luego, dentro del marco de este concepto, trazar distinciones y llevar a cabo caracterizaciones terminológicas.

⁴³ Ibidem, págs. 128 s.

⁴⁴ Ibidem, págs. 162 ss.

⁴⁵ 2¹ *one-agent legal positions*, 2¹⁵ *individualistic two-agent types* y 2¹²⁷ *collectivistic two-agent types*; cfr. op. cit., pág. 218.

⁴⁶ Ibidem, págs. 225 ss.

II. UN SISTEMA DE POSICIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES

La base de la teoría analítica de los derechos es una triple división de las posiciones que han de ser designadas como "derechos" en (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias⁴⁷:

1. Derechos a algo

1.1. La estructura fundamental del derecho a algo

La forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo reza:

(1) *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Este enunciado pone claramente de manifiesto que el derecho a algo puede ser concebido como una relación triádica cuyo primer

⁴⁷ Esta clasificación sigue la distinción de Bentham entre "rights to services", "liberties" y "powers" (J. Bentham. *Of Laws in General*, edición a cargo de H. L. A. Hart, Londres 1970, págs. 57 s., 82 ss., 98, 119, 173 ss.) como así también la de Bierling entre "pretensión jurídica", "simple poder hacer jurídico" y "poder hacer jurídico" (E. R. Bierling. *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, págs. 49 ss.).

⁴⁸ La expresión "derecho a algo" puede parecer algo pesada. Como alternativas, podría pensarse en las expresiones "derecho (subjetivo)" y "pretensión". Pero, por derechos (subjetivos) se entienden también libertades y competencias. Por ello, esta expresión parece poco adecuada para la designación de posiciones, que tienen que ser distinguidas claramente de las libertades y competencias. Más adecuada es la expresión "pretensión". El concepto de derecho a algo comparte con el de pretensión el carácter relacional. Al igual que una pretensión, un derecho a algo se dirige siempre contra algún otro y, en ambos casos, el objeto es una acción o una omisión. Sin embargo, aquí habrá de renunciarse al uso técnico del concepto de pretensión. Sobre este concepto pesan numerosas controversias que no tienen por qué interesarnos en el presente contexto (cfr., por ejemplo, L. Enneccerus/H. C. Nipperdey. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15 edición, 2º medio tomo, Tübinga 1960, págs. 1163 ss.). Si se prescinde de las controversias acerca del concepto de pretensión, en las cuales de lo que se trata es, por ejemplo, de la actualidad, determinación del adversario y demandabilidad, naturalmente el derecho a algo puede, sin más, ser designado como "pretensión". Por lo demás, cabe señalar que el discurso de derecho a algo pierde un poco de su carácter insólito cuando se trata de la formulación de determinados derechos. "a tiene frente a b un derecho a G" no es inferior, desde el punto de vista lingüístico, a "a tiene frente a b una pretensión con respecto a G".

miembro es el *portador* o *titular* del derecho (*a*), su segundo miembro, el *destinatario* del derecho (*b*) y su tercer miembro, el *objeto* del derecho (*G*)⁴⁹. Esta relación triádica será expresada con "D". Por lo tanto, la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede expresarse de la siguiente manera:

(2) *DabG*.

De este esquema surgen cosas totalmente diferentes según lo que se coloque en lugar de *a*, *b* y *G*. Según que por *a*, el titular del derecho, se coloque una persona física o una persona jurídica de derecho público, o por *b*, el destinatario, el Estado o particulares, o por *G*, el objeto, acciones positivas u omisiones, se obtienen relaciones, entre las cuales existen diferencias muy importantes desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales. Aquí interesaría sólo la estructura del objeto del derecho a algo.

El objeto de un derecho a algo es siempre una *acción* del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en la relación.

La referencia a la acción, al igual que la estructura triádica, no es expresada directamente a través de las disposiciones singulares de derecho fundamental. Un ejemplo es el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF:

(3) Todos tienen derecho a la vida ...

Si se mira tan sólo el texto de esta disposición, podría pensarse que, a través de ella, se confiere un derecho que tiene la estructura de una relación diádica entre un titular y un objeto que, en este caso, consiste en una determinada situación del titular, es decir, estar vivo. Un derecho tal respondería a aquello que en la terminología clásica se llama "*jus in rem*" y que es contrapuesto al "*jus in personam*". No puede haber duda que, por razones de simplicidad, a menudo es funcional hablar de derechos en el sentido de relaciones entre un sujeto de derecho y un objeto. Sin embargo, como observaba correctamente Kant⁵⁰ —y como desde entonces se ha mostrado a menudo⁵¹— hablar

⁴⁹ Con respecto al carácter triádico de esta relación, cfr. A. R. Anderson, "Logic, Norms, and Roles" en *Ratio* 4 (1962), pag. 42.

⁵⁰ I. Kant. *Metaphysik der Sitten*, págs. 247, 260, 274.

⁵¹ Cfr., por ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 135 ss.

de tales relaciones no es otra cosa que una designación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias⁵². Así, según el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 2 párrafo 1 LF estatuye tanto, "negativamente un derecho a la vida", que excluye "especialmente el asesinato organizado estatalmente"⁵³, como también *positivamente* el derecho a que el Estado intervenga "protegiendo y promoviendo esta vida", lo que, sobre todo, significa "protección frente a las intervenciones arbitrarias de terceros"⁵⁴. Ambos derechos tienen la estructura representada por *DabG* y están referidos a acciones de los destinatarios:

(4) *a* tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate:

(5) *a* tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros.

Los derechos presentados se diferencian exclusivamente por lo que respecta a su objeto. Uno de estos derechos (4) tiene como objeto una acción negativa (omisión); el otro (5), una acción positiva (un hacer) del destinatario⁵⁵. La diferencia entre acciones negativas y positivas es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos. En el ámbito de los derechos frente al Estado, que habrán de ser tratados en lo que sigue, los derechos a acciones negativas corresponden a aquello que suele llamarse "derechos de defensa". Como habrá de mostrarse más abajo⁵⁶, los derechos frente al Estado a acciones positivas coinciden sólo parcialmente con aquello que es llamado "derechos a prestaciones".

⁵² En contra de la concepción según la cual en el *jus in rem* se trata de un complejo de derechos a algo, libertades y/o competencias, se han expresado recientemente A. M. Honore, "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting" en *Tulane Law Review* 34 (1960), págs. 453 ss., y J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford 1970, pág. 180. Con respecto a una crítica de estas concepciones, cfr., con argumentos convincentes, L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 34 ss.

⁵³ BVerGE 1, 97 (105).

⁵⁴ BVerfGE 46, 160 (164). En esta decisión no se habla de un derecho a la protección de la vida sino sólo de un deber de protección por parte del Estado. Más abajo (Capítulo 9.II.2.), habrá de mostrarse que, en todo caso, cuando —a diferencia de lo que sucede en el fallo sobre la solución de plazos (BVerfGE 31, 1 (41))— no existe problema alguno con respecto al titular del derecho fundamental, al deber *iusfundamental* de protección, corresponde básicamente un derecho subjetivo.

⁵⁵ Con respecto al concepto de la acción negativa u omisión, cfr. sobre todo G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 45 y ss.

⁵⁶ Cfr. Capítulo 9.I.4.

1.1.1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa)

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades* o *situaciones* del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho.

1.1.1.1. Derechos al no impedimento de acciones

Ejemplos de acciones de un titular de derecho fundamental que pueden ser impedidas u obstaculizadas son la libertad de movimiento, la manifestación de la fe, la expresión de la opinión, la creación de una obra de arte, la educación de los hijos, la reunión en una calle y la elección de una profesión. La distinción entre un impedimento y una obstaculización de este tipo de acciones puede ser aclarada de la siguiente manera: un *impedimento* de una acción de *a* por parte de *b* se da cuando *b* crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para *a* realizar la acción. Así, *b* impide el desplazamiento de *a* cuando *b* detiene a *a*; impide la educación de los hijos de *a* por parte de *a* si le quita los hijos a *a*. Puede hablarse de la *obstaculización* de una acción de *a* por *b* cuando *b* crea circunstancias que pueden impedir a *a* realizar la acción. Si se definen de esta forma los conceptos de impedimento y obstaculización, un aumento de los presupuestos subjetivos de acceso a una profesión que *a* puede satisfacer, aunque con grandes esfuerzos y sacrificios, no impide la elección de esta profesión por parte de *a* pero, la obstaculiza. En cambio, se llega a una concepción totalmente distinta del impedimento cuando no se apunta a la situación de *a* sino al éxito de la acción de obstaculización de *b*. Bajo este aspecto, puede decirse que *b*, cuando la obstaculización conduce a que *a* no realice la acción, ha impedido la acción de *a*. A ello hay que agregar una segunda diferenciación. Desde el punto de vista de la imposibilidad fáctica, una prohibición jurídica no constituye un impedimento sino sólo una obstaculización. *a* puede asumir el riesgo vinculado con una violación del derecho y realizar la acción, no obstante la prohibición. Si, por el contrario, se presupone la fide-

lidad al derecho por parte de *a*, la prohibición de la acción prohibida no sólo la obstaculiza sino que la impide.

A la distinción entre los conceptos de impedir y obstaculizar, se suman distinciones dentro de estos conceptos. Existen tipos muy diversos del impedir y del obstaculizar, y los impedimentos y obstaculamientos pueden tener muy diferentes grados de intensidad. Esto último es la razón por la cual los límites entre el impedir y el obstaculizar son muy fluidos, algo que, desde luego, no puede servir de fundamento para argumentar en contra de esta distinción. Si se busca un concepto superior que abarque los diferentes tipos del impedir y el obstaculizar, podría recurirse al de *estorbar*⁵⁷. Este concepto será utilizado siempre que no sean relevantes otras distinciones.

El Estado puede influir en las acciones también de una manera diferente a la aquí descrita forma del estorbar. Puede hacer que ellas sean *jurídicamente imposibles*. Los derechos a que esto no suceda tienen que ser distinguidos de los derechos a no ser estorbado. Una acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. *Actos jurídicos* son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ellas son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de la fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial, no sería posible el *acto jurídico* de la celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio⁵⁸. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*⁵⁹. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual. Desde luego, las acciones jurídicas institucionales pueden no sólo ser jurídi-

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, la formulación de Bühler según la cual los derechos fundamentales son, en tanto "derechos de omisión [...] pretensiones frente al Estado de omisiones de impedimentos de ciertas actividades de los individuos" (O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin/Stuttgart/Leipzig 1914, pág. 63).

⁵⁸ Sin las normas jurídicas que los constituyen, estos actos serían posibles sólo, en el mejor de los casos, como actos sociales.

⁵⁹ Cfr. al respecto J. R. Searle, *Speech Acts*, págs. 33 ss.; N. MacCormick, "Law as Institutional Fact", págs. 105 ss.

camente imposibilitadas sino también estorbadas. Si esto sucede, existe entre el estorbamiento de una acción y el éxito del estorbamiento una relación fáctica. El acto jurídico o la acción jurídica institucional de la celebración del matrimonio se vuelve jurídicamente imposible si se eliminan las normas del derecho matrimonial. Por otra parte, una determinada celebración del matrimonio de *a* es sólo estorbada cuando tiene como consecuencia que *a* no pueda entonces ingresar en la administración pública. El espectro de posibles estorbamientos de actos jurídicos es amplio. Así, por ejemplo, la presentación de una demanda es estorbada cuando está ligada a tasas muy elevadas y el acto electoral cuando los locales electorales están ubicados de una manera tal que son difícilmente accesibles desde determinados barrios y se excluye la posibilidad del voto por correspondencia.

Cuando un acto jurídico es imposibilitado jurídicamente derogando las normas que para él son constitutivas, se priva al individuo de una posición jurídica, es decir, de la capacidad jurídica o de la competencia para modificar la situación jurídica⁶⁰. Por ello, los derechos a que esto no suceda caen dentro del tercer grupo de los derechos a acciones negativas, es decir, en el de los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Al primer grupo pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, no las impida u obstaculice por actos, cualquiera que sea su tipo.

Al enunciado sobre un derecho tal se le puede dar la siguiente forma estándar:

(6) *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no le estorbe la realización de la acción *h*⁶¹.

1.1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones

El segundo grupo de los derechos a acciones negativas del Estado está constituido por los derechos a que el Estado no afecte determina-

⁶⁰ Cfr. al respecto, Capítulo 4. II. 3.

⁶¹ Si se escribe "e" por Estado y "Ha" por "*a* realiza la acción *h*", entonces, utilizando el signo "¬" para la negación, la estructura de esta frase puede ser representada de la siguiente manera:

(6') *Dae* (¬ estorba *e(Ha)*).

nadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio⁶²,⁶³. Al enunciado sobre un derecho tal puede dársele la siguiente forma estándar:

(7) *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*⁶⁴.

1.1.1.3. Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas

El tercer grupo de los derechos a acciones negativas del Estado está constituido por los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. El prototipo de una posición jurídica compleja es la del propietario. El Tribunal Constitucional Federal observa correctamente que la propiedad necesita "para ser practicable en la vida jurídica, necesariamente la configuración jurídica"⁶⁵. Esta configuración se lleva a cabo a través de normas jurídicas que definen la institución jurídica de la propiedad. Entre las normas que definen la institución jurídica de la propiedad, se encuen-

⁶² En lugar de propiedades y situaciones, a menudo se habla de bienes, por ejemplo, del bien de la vida. No hay nada que objetar en contra de esta forma de hablar, pero, puede inducir a error. El que *a* viva no significa que exista *a* y algo más, el bien, y que entre ellos se dé una relación de posesión: significa, más bien, que a *a* le corresponde una determinada propiedad, es decir, la de ser un ser viviente. Cfr. en este sentido, G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pag. 83, nota 1: "La vida, la salud, la libertad, el honor, etc., no son objetos que la persona posea sino propiedades que constituyen su ser concreto."

⁶³ Una interpretación del artículo 13 LF expresamente referida a la situación y no a la acción se encuentra en BVerfGE 7, 230 (238). Merten contrapone este tipo de derechos en tanto "derechos de defensa" o "de protección" a los "derechos de acción" bajo los cuales entiende los derechos a no impedimento de acciones (D. Merten, "Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien" en *VerwArch* 73 (1982), pag. 103). Esta terminología no me parece muy feliz. También los derechos al no impedimento de acciones pueden ser llamados "derechos de defensa" y tal es frecuentemente el caso. Conviene, por ello, distinguir, dentro del concepto de derecho de defensa, entre derechos referidos a situaciones y derechos referidos a acciones.

⁶⁴ Si se utiliza "Sa" tanto para "*a* tiene la propiedad *A*" como para "*a* se encuentra en la situación *B*", la estructura de esta frase puede ser representada de la siguiente manera:

(7') *Dae* (\neg afecta *e(Sa)*).

⁶⁵ BVerfGE 58, 300 (330). (subrayado de R. A.).

tran normas sobre la creación y finalización de la posición de propietario, como así también normas que vinculan consecuencias jurídicas con esta posición⁶⁶. Pueden ser eliminadas tanto "posiciones jurídicas subjetivas concretas"⁶⁷ o "derechos concretos de propiedad"⁶⁸ que han surgido porque se han cumplido los presupuestos exigidos por las normas de la institución jurídica de la propiedad (por ejemplo, acuerdo y entrega; sucesión), como así también normas de la propia institución jurídica de la propiedad. Si sucede esto último, se eliminan posiciones jurídicas abstractas tales como la posibilidad jurídica o la competencia para adquirir o transmitir la propiedad sobre determinados objetos, o de realizar determinadas acciones jurídicas sobre la base de la posición de propietario⁶⁹. Una eliminación de una posición jurídica abstracta puede darse, por ejemplo, cuando la adquisición de inmuebles agrícolas o forestales depende de una autorización y, por lo tanto, bajo determinadas circunstancias, puede ser imposibilitada⁷⁰. La garantía jurídico-constitucional de la institución jurídica de la propiedad es subjetivizada en la medida en la que existen derechos individuales a la no eliminación de posiciones abstractas, que se refieren a la creación, a la finalización y a las consecuencias jurídicas de la posición del propietario.

⁶⁶ Cfr. N. MacCormick, "Law as Institutional Fact", págs. 106 s.

⁶⁷ BVerfGE 52, 1 (27).

⁶⁸ BVerfGE 58, 300 (331).

⁶⁹ Un ejemplo al respecto es la competencia del propietario de viviendas de alquiler para introducir aumentos en el monto de la locación; con respecto a su protección iusfundamental, cfr. BVerfGE 37, 132 (139 ss.).

⁷⁰ Con respecto a un caso tal, cfr. BVerfGE 21, 73. En esta decisión, el Tribunal Constitucional Federal dejó expresamente abierta la cuestión de si el "derecho de adquisición de tierras para la agricultura y la selvicultura" está protegida por el artículo 14 párrafo 1 frase 1 LF y solucionó el caso sobre la base del artículo 2 párrafo 1 LF (BVerfGE 21, 73 (76 s., 79, 86 s.). Con respecto a esta cuestión, cfr. sobre todo, M. Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, págs. 37 ss., quien, con respetables argumentos, considera que está "constitucionalmente requerida" la "subordinación de la libertad de adquisición por el artículo 14 LF" (op. cit., pag. 48; en el mismo sentido, O. Kimminich en *Bonner Kommentar* (3a edición revisada), artículo 14 LF, observación al margen 88; en contra, P. Wittig, "Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz" en *NJW* 1967, págs. 2185 ss.). Cabe señalar que aquí se habla sólo de la posibilidad jurídica y no de la posibilidad práctica de la adquisición de la propiedad, es decir, no se habla de las "chances y posibilidades de ganancias" (cfr. al respecto, BVerfGE 30, 292 (335)). En este último caso, de lo que se trata es —dentro del marco de los derechos a acciones negativas— de un estorbamiento de acciones y de la afectación de situaciones, algo que, naturalmente, puede suceder paralelamente con la eliminación de posiciones jurídicas.

La eliminación de posiciones se da no sólo en contextos institucionales como el de la propiedad. Cuando se prohíbe la manifestación de determinadas opiniones, se elimina una posición de *a* que consiste en que le están permitidas estas manifestaciones de opinión. Por lo tanto, una prohibición de este tipo puede ser considerada desde dos aspectos: el del estorbamiento de una acción o el de la eliminación de una posición. En acciones que no son actos jurídicos, el aspecto de la acción es el decisivo.

Una vez más, es aconsejable reducir en una forma simple estándar la pluralidad. Ella reza:

(8) *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica *PJ* de *a*⁷¹.

Que existe una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas⁷².

1.1.2. Derechos a acciones positivas

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto

⁷¹ Si se utiliza la notación "*PJa*" para "*a* se encuentra en la posición jurídica *PJ*", entonces la estructura de esta frase puede presentarse de la siguiente manera:

(8') *Dae* (\neg elimina *e*/*PJa*).

⁷² Cuando se trata de normas como, por ejemplo, las que constituyen la institución jurídica de la propiedad, esto conduce a interesantes problemas con respecto al carácter positivo o negativo de las acciones del Estado, a las que se refiere el derecho. *a* tiene un derecho a la no eliminación de la norma *N*, si *a* tiene un derecho a que *N* valga. Si *a* tiene un derecho a que *N* valga, entonces el carácter positivo o negativo de su derecho depende sólo del hecho de que *N* valga ya o todavía no valga. Si se toma en cuenta como acto del legislador no sólo el acto de sanción o derogación de una norma, sino también el acto de mantener en vigencia una norma, entonces al derecho a la no eliminación, en tanto derecho a una acción negativa, corresponde siempre un derecho a mantener en vigencia, que siempre es un derecho a una acción positiva. Los problemas a los que con esto se hace referencia jugarán un papel más adelante cuando se analicen los derechos a prestaciones normativas del Estado (Capítulo 9. II. 4.).

es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa.

Se trata de un derecho a una acción positiva *fáctica* cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones⁷³, se fundamenta un derecho a un mínimo vital⁷⁴ o se considera una "pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio"⁷⁵. El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes: el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia y el que desea estudiar, de una plaza de estudios. La irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho⁷⁶ es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas.

Los derechos a acciones positivas *normativas* son derechos a actos estatales de imposición de norma. Si se admite que el *nasciturus* es titular de derechos fundamentales —cuestión que el Tribunal Constitucional Federal deja abierta⁷⁷— el derecho del *nasciturus* a la protección a través de normas del derecho penal es un derecho de este tipo. Otro ejemplo es el derecho de un titular del derecho fundamental de la libertad de la ciencia "a aquellas medidas estatales, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por el derecho fundamental"⁷⁸.

Cuando se habla de "derechos a prestaciones" se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a aportes fácticos que, en principio, también podría proporcionar un sujeto particular, serán llamados "*derechos a prestaciones en sentido estricto*". Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también normativas. Cuando tal es el caso, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de dere-

⁷³ BVerfGE 27, 360 (362 ss.).

⁷⁴ G. Dürig en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Artículo 1, observación al margen 43 s.

⁷⁵ BVerfGE 33, 303 (333).

⁷⁶ De la indiferencia para el cumplimiento del derecho no se infiere la indiferencia para el cumplimiento de otras normas.

⁷⁷ BVerfGE 39, 1 (41).

⁷⁸ BVerfGE 35, 79 (116).

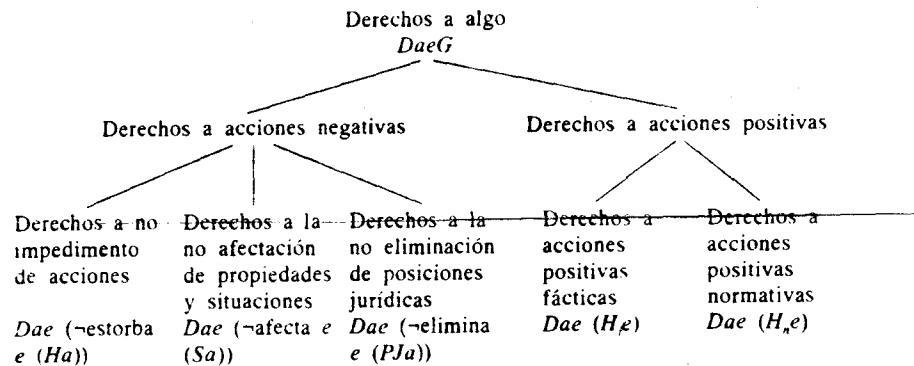
chos a prestaciones. Serán llamados "derechos a prestaciones en sentido amplio"⁷⁹. Un ejemplo de un derecho a un aporte normativo es el derecho al establecimiento de una determinada competencia de cogestión en una institución, por ejemplo, en la universidad. El hecho de que el objeto de este derecho sea una competencia a la que, en tanto tal, puede atribuirse el status activo no fundamenta ninguna objeción en contra de la clasificación del derecho a aquella competencia como derecho a una prestación positiva normativa. La prestación positiva normativa consiste en el otorgamiento de una competencia de cogestión.

Así pues, tanto bajo el concepto del derecho a una acción positiva fáctica como bajo el concepto del derecho a una acción positiva normativa, caen cosas muy diferentes. Aquí sólo se retendrá la estructura a grandes rasgos:

(9) a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica h_f ;

(10) a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva normativa h_n ⁸⁰.

Puede ahora presentarse la siguiente tabla de los derechos a algo frente al Estado (e):



⁷⁹ Cfr. al respecto, infra, Capítulo 9, I, 4.

⁸⁰ Si se usa la notación " H_f " para "el Estado realiza la acción fáctica positiva h_f " y " H_n " para "el Estado realiza la acción normativa positiva h_n ", la estructura de estas frases puede representarse de la siguiente manera:

(9') $Dae (H_f)$;

(10') $Dae (H_n)$.

1.2. Acerca de la lógica del derecho a algo

Hasta ahora se trataba de la clasificación de los derechos a algo teniendo en cuenta sus objetos. Pero, para la dogmática de los derechos fundamentales es igualmente importante la determinación de la relación del concepto de derecho a algo con los conceptos de deber y de libertad. Para ello son útiles algunos conocimientos elementales de la lógica deontica.

1.2.1. Las modalidades deonticas básicas

La lógica deontica⁸¹ es la lógica de los conceptos y enunciados deonticos⁸². Los conceptos deonticos básicos son los de mandato, prohibición y permisión. Los enunciados deonticos son los enunciados formados con la ayuda de estos conceptos. Ejemplos de enunciados deonticos son:

⁸¹ En lugar de la mientras tanto ya establecida expresión "lógica deontica", derivada del griego "to déon" (lo que debe ser), podrían utilizarse también las expresiones "lógica del deber ser" o "lógica de las normas". La expresión "deontica" fue utilizada por primera vez por Mally (E. Mally, *Grundgesetze des Sollens. Elemente der Logik des Willens*, Graz 1926, reimpreso en E. Mally, *Logische Schriften*, Dordrecht 1971, págs. 227-324, pág. 232). Para la historia de la lógica deontica, cfr. G. Kalinowski, *Einführung in die Normenlogik*, Francfort del Meno 1973, págs. 15 ss.

⁸² Uno de los impulsos más importantes para el establecimiento de la lógica deontica como disciplina especial de la lógica fue el artículo de Georg Henrik v. Wright "Deontic Logic", del año 1951 (del mismo autor, "Deontic Logic" en *Mind* 60 (1951), págs. 1-15; reimpreso en del mismo autor, *Logical Studies*, Londres 1977, págs. 58-74). Como otros trabajos importantes de esa época, cabe mencionar O. Becker, *Untersuchungen über den Modalkalkül*, Meisenheim/Glan 1952, G. Kalinowski, "Théorie des propositions normatives" en *Studia logica* 1 (1953), págs. 147-182, y O. Weinberger, "Uvah o logice normativních vět" en *Filosoficky casopis CSAV* 4 (1956), págs. 918-926. Entre los predecesores antiguos, cabe mencionar sobre todo Leibniz (G. W. Leibniz, *Elementa juris naturalis*, 1671, reimpreso en del mismo autor, *Sämtliche Schriften und Briefe*, editados por la Preussische Akademie der Wissenschaft, tomo 1, Darmstadt 1930, págs. 465 ss., 480 ss.) y Bentham (J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), págs. 299 s.; del mismo autor, *Of Laws in General*, pág. 15). Con respecto a la discusión más reciente, cfr. R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1971; H. Leake (ed.), *Normenlogik*, Pullach 1974; R. Stuhlmann-Laeisz, *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart/Bad Cannstatt 1983, págs. 54 ss.

- (1) Está ordenado que a exprese su opinión;
- (2) Está prohibido que a exprese su opinión;
- (3) Está permitido que a exprese su opinión.

La contrapartida del enunciado deóntico es el enunciado descriptivo. Si se lo considera en la forma:

- (4) a expresa su opinión,

es difícil llevar a cabo una comparación estructural. Sin embargo, si se le da la forma:

- (5) Es el caso que a expresa su opinión,

se ve claramente que los enunciados deónticos y los descriptivos coinciden, por cierto, en su contenido descriptivo (... que a expresa su opinión) pero se diferencian en su modus⁸³. El mismo contenido descriptivo —Wittgenstein lo llama “*Satzradikal*”⁸⁴, Hare “frástico”⁸⁵— se encuentra en (5) en un modo indicativo y en (1) - (3) en un modus deóntico. Por ello, los conceptos deónticos tienen que ser concebidos como *modalidades deónticas*⁸⁶. Si se simboliza el *enunciado radical* con “*p*” y las modalidades deónticas con los operadores deónticos “*O*” (operador de mandato), “*F*” (operador de prohibición) y “*P*” (operador de permisión), se pueden representar los enunciados (1) - (3) formulados más arriba de la siguiente manera:

⁸³ Cfr. al respecto E. Stenius, *Wittgensteins Traktat*, Francfort del Meno 1969, págs. 206 ss.

⁸⁴ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, pág. 299.

⁸⁵ R. M. Hare “*Meaning and Speech Acts*”, pág. 90; cfr. al respecto, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 87 ss. A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 9 ss., 34 ss., utiliza la designación “topic”.

⁸⁶ Con respecto al paralelismo estructural entre las modalidades deónticas y las de la lógica modal general (necesidad/imposibilidad/posibilidad), cfr. G. H. v. Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam 1968, págs. 13 s., como así también, básicamente, G. W. Leibniz, *Elementa juris naturalis*, pág. 466: “*Omnes ergo Modalium complicationes et transpositiones et oppositiones, ab Aristoteles altusque in Logicis demonstratae ad haec nostra Iuris Modalia non inutiliter transferri possunt.*”

- (6) *Op*
- (7) *Fp*
- (8) *Pp*⁸⁷.

Los tres operadores deónticos pueden ser definidos recíprocamente. Que está ordenado expresar su opinión (*Op*) significa que no está permitido no expresar su opinión. Esto último puede escribirse con la ayuda del signo de negación “¬”⁸⁸, como “¬*P*¬*p*”. Por lo tanto vale:

$$(9) \quad Op =_{df} \neg P \neg p.$$

Por lo tanto, el mandato y la prohibición son recíprocamente definibles. Lo mismo vale para la relación entre la permisión y la prohibición. Que está prohibido expresar su opinión significa que no está permitido hacerlo:

$$(10) \quad Fp =_{df} \neg Fp.$$

La definibilidad recíproca de los conceptos deónticos básicos pone claramente de manifiesto que no sería necesario introducirlos a todos. Cualquiera de ellos bastaría.

Para la teoría de los derechos fundamentales, tiene especial interés el concepto de permisión. Si se siguen las definiciones presentadas, que responden al sistema estándar de la lógica deóntica⁸⁹, entonces la permisión consiste en la negación de la prohibición:

$$(11) \quad Pp =_{df} \neg Fp.$$

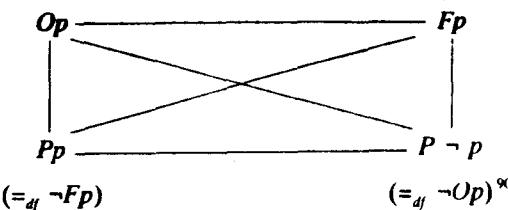
Por lo tanto, que está permitido expresar su opinión significa que no está prohibido hacerlo. Este concepto de permisión es relativamen-

⁸⁷ No pocas veces “*Op*” es interpretado como vinculación del operador deóntico y el enunciado proposicional (*p*); cfr., por ejemplo, M. Herberger/D. Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Francfort del Meno 1980, pág. 183. Aquí, “*p*” habrá de representar el enunciado radical.

⁸⁸ Con respecto a la negación, cfr. W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, Francfort del Meno 1969, págs. 25 s.

⁸⁹ Cfr. al respecto la presentación de D. Føllesdal/R. Hilpinen, “*Deontic Logic: An Introduction*” en R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, págs. 13 ss.

te débil. Lo que está permitido en el sentido de no prohibido puede estar ordenado. Quien sostiene la opinión de que el ejercicio de un derecho es, al mismo tiempo, un deber apunta a una tal vinculación entre permisión y mandato. Lo que este concepto de permisión no capta es la ausencia tanto de una prohibición como de un mandato. El llamado rectángulo deontico muestra cómo hay que construir esta posición:



La permisión aparece en él dos veces, una vez como negación de la prohibición (Pp) y otra como negación del mandato ($P \sim p$). “ Pp ” puede ser interpretado como la permisión de un hacer; “ $P \sim p$ ” como la permisión de una omisión. La primera puede ser llamada permisión “positiva”; la segunda, permisión “negativa”. De la conjunción de permisión positiva y negativa resulta una posición compuesta que puede ser llamada “posición libre” y designada con “ Lp ”⁹¹. Utilizando el signo de conjunción “ \wedge ” para “y”⁹², puede ser definida de la siguiente manera:

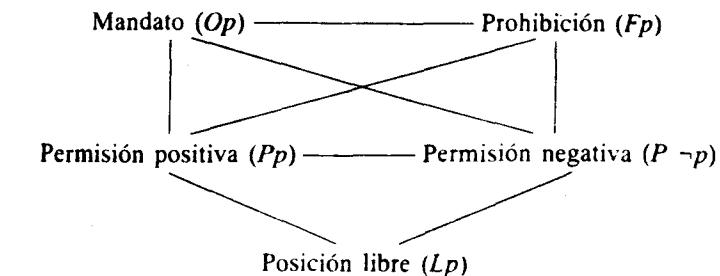
$$(12) \quad Lp =_{df} Pp \wedge P \sim p.$$

⁹⁰ Entre los enunciados deonticos de este esquema existen las siguientes relaciones: Op y Fp son contrarios. Son lógicamente inconciliables, pero, de la negación del uno no se sigue el otro. Op y $P \sim p$, al igual que Fp y Pp son contradictorios, es decir, de la negación del una se sigue el otro. Op y Pp , al igual que Fp y $P \sim p$, son subalternos, es decir, del primero se sigue el segundo. Pp y $P \sim p$ son subcontrarios, es decir, Pp y $P \sim p$ son lógicamente compatibles. Con respecto a las correspondientes relaciones en el cuadrado de la lógica de predicados, cfr. G. Frege, *Begriffsschrift*, Halle 1879, pág. 24.

⁹¹ Adomeit utiliza la expresión “posición libre” para la permisión negativa expresada por “ $P \sim p$ ” (K. Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, 2a. edición, Heidelberg/Hamburgo 1981, págs. 42 s.). Al igual que aquí, la expresión es utilizada por Herberger Simon, aunque allí se utiliza el signo “ Γ ” (M. Herberger/D. Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, págs. 184 s.).

⁹² Con respecto a la conjunción, cfr. W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, pág. 27.

La posición libre jugará un papel especial en el análisis de la libertad. Lo dicho sobre los conceptos deonticos fundamentales puede ahora ser resumido de la siguiente manera con el esquema complementado con la posición libre:



1.2.2. Derechos a algo como relaciones jurídicas

Para poder analizar, sobre la base de las modalidades deonticas presentadas, el concepto del derecho a algo y su relación con otros conceptos, hay que llevar a cabo una modificación de estos conceptos que es fundamental para la teoría de los derechos subjetivos: hay que conferirles un carácter relacional

Se ha expuesto más arriba que los derechos a algo han de ser concebidos como relaciones triádicas entre un titular (a), un destinatario (b) y un objeto (G). La clave para el análisis de la correspondencia entre derecho y deber es que la relación triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber o del mandato⁹³. De:

- (1) a tiene frente a b un derecho a que b lo ayude, se sigue:
- (2) b está obligado frente a a a ayudar a a , y viceversa. (2) expresa una obligación relacional. Por el contrario,
- (3) b está obligado a ayudar a a

⁹³ Con respecto al concepto de equivalencia lógica, cfr. R. Carnap, *Meaning and Necessity*, pág. 11.

expresa una obligación no-relacional. El que existe esta obligación no significa que *a* tenga frente a *b* un derecho a una ayuda. Puede suceder que nadie o que algún tercero tenga derecho a ello. Esta obligación no-relacional puede expresarse a través de:

(4) *OG*⁹⁴.

En cambio, a la obligación relacional expresada por (2) hay que darle la siguiente forma:

(5) *ObaG*

“*O*” en esta fórmula es un operador *triádico* que expresa una modalidad deontica *relacional*⁹⁵. El que

(6) *DabG*

sea equivalente a (5) expresa que los enunciados sobre derechos a algo y los enunciados sobre obligaciones relacionales describen lo mismo, una vez desde la perspectiva de *a* y otra desde la perspectiva de *b*.

Los enunciados sobre obligaciones no-relacionales como (4) son enunciados que *ignoran* el aspecto relacional. No deben ser confundidos con enunciados sobre obligaciones que existen con respecto a cada cual. Estos últimos no ignoran el aspecto relacional sino que lo contienen en su forma más fuerte. Las obligaciones que ellos expresan pueden ser llamadas “obligaciones relacionales absolutas”.

La discusión moderna sobre las relaciones jurídicas ha sido esencialmente estimulada e influenciada por Wesley Newcomb Hohfeld con el trabajo “(Some) Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” publicado en dos partes, en los años 1913 y

⁹⁴ “*G*” representa el enunciado radical “que *b* ayuda a *a*” (4) expresa la obligación de *b* sin referencia a personas. Se obtiene una expresión referida a personas cuando se usa la notación

(4') *ObG*

“*O*” en (4') es un operador diádico que se refiere a la relación entre un sujeto jurídico y una acción pero, no a la relación entre diferentes sujetos jurídicos. Por ello, debe ser llamado “personal” y no “relacional”. El uso de operadores personales no es necesario en los mandatos de acción cuando el sujeto de la acción es el sujeto de la obligación.

⁹⁵ Con respecto al concepto y a la lógica de las modalidades relacionales, cfr. R. Hilpinen, “An Analysis of Relativised Modalities” en J. W. Davis/D. J. Hockney/W. K. Wilson, *Philosophical Logic*, Dordrecht 1969, págs. 181 ss.

1917^{96, 97}. Según Hohfeld, existen ocho “strictly fundamental legal relations ... *sui generis*”⁹⁸. Las designa con las expresiones “right”, “duty”, “no-right”, “privilege”, “power”, “liability”, “disability” e “immunity”. Las cuatro primeras se refieren al ámbito de los derechos a algo; las cuatro últimas, al ámbito de las competencias. Aquí sólo se considerarán las cuatro primeras.

Las expresiones “right”, “duty”, “no-right” y “privilege” representan en el sistema de Hohfeld relaciones jurídicas (*legal relations*) entre dos sujetos jurídicos. Aquí los derechos son concebidos como relaciones triádicas entre el titular, el destinatario y el objeto. Pero, esto no fundamenta en modo alguno la inaplicabilidad de las concepciones de Hohfeld, pues en lugar de la relación:

(7) ... tiene frente a ... un derecho a ...,

⁹⁶ W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” en *Yale Law Journal* 23 (1913/14), págs. 16 ss.; del mismo autor, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” en *Yale Law Journal* 26 (1916/17), págs. 710 ss.; reimpresso en del mismo autor, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven 1923, págs. 23 ss., 65 ss. Muchas de las ideas de Hohfeld habían sido anticipadas por Bentham, sobre todo en su obra *Of Laws in General*, que concluyera alrededor de 1782 (cfr. H. L. A. Hart, “Bentham’s ‘Of Laws in General’” en *Rechtstheorie* 2 (1971), pág. 57). Sin embargo, este trabajo fue publicado por primera vez en 1945 bajo el título “The Limits of Jurisprudence Defined” (J. Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, edición a cargo de C. W. Everett, Nueva York 1945). En un punto decisivo, Bentham es superior a Hohfeld: basa su análisis en un sistema de lógica deontica que, en muchos puntos, puede ser considerado como un antecedente de los sistemas modernos (cfr. H. L. A. Hart, “Bentham’s ‘Of Laws in General’”, págs. 60 ss.; L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 4 ss.). El hecho de que, sin embargo, se hayan elegido aquí como puntos de partida los análisis de Hohfeld está justificado no sólo porque sus trabajos hasta ahora han podido influenciar en mucha mayor medida en la discusión, sino también porque, por una parte, superan en simplicidad y claridad los análisis de Bentham y, por otra, si bien es cierto que no utilizan explícitamente el sistema estándar de la lógica deontica, lo presuponen implícitamente, constituyendo así una base ideal para futuras investigaciones.

⁹⁷ De la amplia literatura sobre Hohfeld, cfr. A. L. Corbin, “Legal Analysis and Terminology” en *Yale Law Journal* 29 (1919), págs. 163 ss.; M. Moritz, *Über Hohfelds System der juridischen Grundbegriffe*, Lund 1960; A. Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958, págs. 161 ss.; del mismo autor, *Directives and Norms*, págs. 118 ss.; D. J. Hislop, “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions” en *ARSP* 53 (1967), págs. 53 ss.; J. Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasoning*, Londres 1964, págs. 136 ss.; J. Schmidt, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich 1969, págs. 32 ss.

⁹⁸ W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions”, pág. 36.

que responde a un enunciado de derechos de la forma:

(8) *DabG*

puede hablarse siempre de la relación:

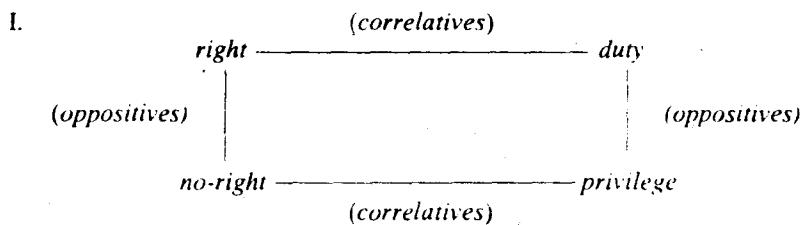
(9) ... tiene un derecho a *G* frente a ...

a la que corresponde un enunciado de derechos de la forma:

(10) *D_Gab*

y viceversa.

El núcleo de la teoría de Hohfeld lo constituyen sus tesis sobre las vinculaciones lógicas entre las relaciones jurídicas. En este sentido, la teoría de Hohfeld puede ser llamada una teoría sobre las relaciones lógicas entre relaciones jurídicas. Según Hohfeld, las relaciones lógicas en el ámbito de los derechos a algo pueden ser presentadas en el siguiente esquema:



Como ilustración, se introducirán en este esquema los siguientes ejemplos:

I'. *a* tiene frente a *e* un derecho (corr.) *e* está obligado frente a *a* a que *e* le otorgue asilo

(DaeG/right)

(OeaG/duty)

(opp.)

(opp.)

a no tiene ningún derecho frente (corr.) *e* no está obligado frente a *a* a que *e* le otorgue asilo

(¬DaeG/no-right)

(¬OeaG/privilege)

Las relaciones lógicas entre estas cuatro posiciones son fácilmente reconocibles. El no-derecho (*no-right*) es la negación del derecho (*right*) y el privilegio (*privilege*) es la negación del deber (*duty*)⁹⁹. Hohfeld llama a esta relación una relación entre opositivos jurídicos ("*jural oppositives*").

Similarmente elemental es la segunda relación en el rectángulo de Hohfeld, es decir, entre los correlativos jurídicos ("*jural correlatives*") o sea entre el derecho (*right*) y el deber (*duty*) por una parte y el no-derecho (*no-right*) y el privilegio (*privilege*). por otra. Para explicar esta relación, se recurrirá a la posibilidad mencionada más arriba en el sentido de tratar los derechos a algo como relaciones diádicas. En lugar de "*DabG*" se encuentra entonces "*D_Gab*" y en lugar de "*ObaG*", "*O_Gba*". Es fácil reconocer que la correlatividad de las relaciones *D_G* y *O_G* consiste tan sólo en que *O_G* es la relación *conversa*¹⁰⁰ de *D_G*. Si *a* tiene frente a *b* un derecho, entonces *b* tiene frente a *a* un deber y viceversa. Por lo tanto, la relación expresada por "*D_G*" es la conversa de la relación expresada de la misma manera por "*O_G*" como lo es la relación maestro-alumno con respecto a la relación alumno-maestro. Si *a* es

⁹⁹ Cfr. ibidem, pág. 39: "*a given privilege is the mere negation of a duty*". Es sintomático es que Hohfeld hable a veces de "*non-duty*" en lugar de "*privilege*" (op. cit., pág. 48, nota 59). Se ha discutido acerca de si "*privilege*" y "*no-right*" son relaciones, ya que en ellos se trata de algo negativo. Una respuesta negativa a esta cuestión dan, entre otros, A. Kocourek, "Non-legal-content Relations" en *Illinois Law Quarterly* 4 (1922), págs. 234. del mismo autor, *Jural Relations*, 2a edición. Indianapolis 1928, págs. 91 ss., y M. Moritz, *Über Hohfelds System der juridischen Grundbegriffe*, pág. 84. Una respuesta afirmativa dan G. W. Goble, "Affirmative und Negative Legal Relations" en *Illinois Law Quarterly* 4 (1922), págs. 94 ss.; del mismo autor, "Negative Legal Relations Re-examined" en *Illinois Law Quarterly* 5 (1922), págs. 37 s. Puede ser que una acción *h* que le está permitida a *a* frente al Estado, le esté prohibida en relación a un tercero. En esta situación, conviene hablar de dos relaciones jurídicas en las que se encuentra *a* y de las cuales una —la que tiene con el estado— es el complemento, es decir, la negación, de la relación de deber. Esto, como así también el hecho de que con la suposición de una relación tal no está vinculado ningún inconveniente, justifica tratar lo que surge de la negación de una relación también como una relación, algo que, por lo demás, responde a la lógica general de las relaciones según la cual "la negación (o el complemento) de una relación *R* (*R'*) ... (es) aquella relación que existe entre *x* e *y* cuando no vale '*xRy*'". (G. Patzig, "Relation" en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, editado por H. Krings/H. M. Baumgartner/C. Wild, tomo 4, Munich 1973, pág. 1229).

¹⁰⁰ Con respecto al concepto de la relación conversa, cfr. G. Patzig, "Relation", pág. 1229; A. Tarski, *Einführung in die mathematische Logik*, 2a edición, Göttinga 1966, pág. 102.

el maestro de *b*, entonces *b* es el alumno de *a* y viceversa. Esto se corresponde con lo que Hohfeld dice: "if *X* has a right against *Y* that he shall stay off the former's land, the correlative (and equivalent) is that *Y* is under a duty toward *X* to stay off the place"¹⁰¹.

La parte más interesante del esquema de Hohfeld es lo que él llama "privilegio" (privilege). Según Hohfeld, un privilegio es "the mere negation of a duty", lo que más arriba fue representado con "*ObaG*". En el análisis de las modalidades deonticas fundamentales, se vio claramente que la negación de un mandato de hacer algo es equivalente a la permisión de no hacerlo, es decir, que vale

$$(11) \quad \neg Op \leftrightarrow P \neg p^{102}$$

Esta ley puede ser traducida con operadores triádicos:

$$(12) \quad \neg OabG \leftrightarrow Pab \neg G^{103}$$

¹⁰¹ W. N. Hohfeld, loc. cit., pág. 38.

¹⁰² Por lo tanto, el privilegio de Hohfeld no es nada más que una permisión. Como designación de una simple permisión, la expresión "privilegio" induce a confusión. Cfr. al respecto, G. Williams, "The Concept of Legal Liberty" en R. S. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1970, págs. 124 s.

¹⁰³ En contra de la equivalencia entre la negación de un *duty* y del *privilege*. Anderson ha objetado que este último implica el primero pero no vice versa. Como ejemplo, señala que del hecho de *a* no esté obligado a ocuparse de que el césped de *b* no esté cortado no se sigue que a *a* le esté permitido cortar el césped de *b* (A. R. Anderson, "Logic, Norms, and Roles", págs. 44 s., 48). Efectivamente, la permisión presentada en el ejemplo no se sigue de la frase precedente sobre la negación de una obligación. Esto es así porque los objetos de la obligación y de la permisión son de un tipo completamente diferente. Para mostrar que tal es el caso, para la cláusula "ocuparse de" (*see to it that*) será utilizado el operador de acción "Do" (cfr. al respecto, L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 65 ss.). Como objeto de este operador, será utilizado simplemente "*p*". La primera frase obtiene entonces la forma *OaDo* $\neg p$; la segunda, la forma *PaDop*. *OaDo* $\neg p$ es equivalente a *Pa* *Do* $\neg p$, y de aquí parte también Anderson. *PaDop* se seguiría de *Pa* *Do* $\neg p$ si *Do* $\neg p$ y *Dop* dijese lo mismo. Que *Do* $\neg p$ significa algo diferente que *Dop* puede reconocerse fácilmente si se piensa, por ejemplo, que del hecho de que uno se ocupe que el vecino no beba, no se sigue que uno se ocupe de que beba; lo primero puede hacerse también si uno no hace nada. Esto pone de manifiesto que el problema señalado por Anderson se basa en problemas de la lógica de la acción. Si uno cuida que los objetos de los derechos, deberes y permisiones, en las transformaciones según el esquema de Hohfeld sean siempre negados como un todo (negación externa) y no se introduzcan negaciones en las frases de las acciones (negación interna), las transformaciones no crean dificultad alguna. Si a *a* no le está ordenado que cuide que el césped de *b* no sea cortado, entonces le está permitido a *a* no cuidar que el césped de *b* no sea cortado, y si a *a* no le está ordenado cuidar que se corte el césped

Un ejemplo es:

(13) Si y sólo si *a* no está obligado frente al Estado a ingresar en una asociación le está permitido a *a* frente al Estado a no ingresar en una asociación.

Con esto, el esquema de Hohfeld puede ser presentado de la siguiente manera:

$$\begin{array}{ccc} \text{II.} & DabG & \leftrightarrow \\ & \neg & \neg \\ & \neg DabG & \leftrightarrow \\ & Pba \neg G & \end{array}$$

Si se lo escribe de esta forma, se produce un desorden peculiar. Este consiste no tanto en que así una posición es representada por un nuevo signo, el operador triádico de la permisión, sino más bien en que el objeto de la permisión aparece negado ($\neg G$)¹⁰⁴. Esto último indica una incompletitud básica del esquema. Lo permitido puede ser no sólo una omisión sino también un hacer. Una correspondiente incompletitud puede constatarse también en las otras tres posiciones del esquema de Hohfeld. Sin embargo, la superación de esta incompletitud no hace caer el esquema sino que conduce al siguiente esquema doble, que pone de manifiesto la fecundidad de las ideas de Hohfeld¹⁰⁵. En él, el hacer y el omitir es siempre un hacer y un omitir de *b*.

de *b*, entonces le está permitido a *a* no cuidar que se corte el césped de *b*. Esta solución evita el problema de Anderson pero muestra que la lógica del esquema de Hohfeld no se ocupa de la estructura del objeto del derecho como no sea con la muy basta negación externa. Como aquí no es necesaria una lógica de la acción que permitiera esto puede aceptarse esta limitación. Además, una renuncia tal cuesta un precio muy reducido porque una incorporación de la lógica de la acción no significaría ninguna modificación sino sólo un refinamiento del modelo. Con respecto a tales modelos refinados, cfr. S. Kanger/H. Kanger, "Rights and Parliamentarism", págs. 87 ss.; L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 66 ss.

¹⁰⁴ Esto responde exactamente a la explicación de Hohfeld de su constatación "that a given privilege is a mere negation of a duty": "what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely opposite to that of the privilege in question" (W. N. Hohfeld, op. cit., pág. 39).

¹⁰⁵ Cfr. al respecto F. B. Fitch, "A Revision of Hohfeld's Theory of Legal Concepts" en *Logique et Analyse* 10 (1967), págs. 270 ss.

III. 1. Derecho de *a* frente a *b* de un hacer — Derecho de *a* frente a *b* de una omisión



Ningún derecho de *a* frente a *b* — Ningún derecho de *a* frente a *b* de un hacer
de una omisión

$\neg R a b - G$ — $\neg D a b G$

2. Obligación de *b* frente a *a* — Obligación de *b* frente a *a* de
de un hacer una omisión



Permiso para *b* frente a *a* de un hacer — Permiso para *b* frente a *a* de una omisión

$\neg O b a - G$
($P b a - G$) — $\neg O b a G$
($P b a - G$)

Las relaciones *dentro* de los dos esquemas parciales corresponden a las relaciones en el rectángulo de la lógica deontótica presentado más arriba¹⁰⁶, la relación *entre* ambos esquemas parciales está caracterizada por el hecho de que las posiciones dentro del uno son equivalentes a las correspondientes en el otro porque se refieren a la respectiva relación conversa¹⁰⁷. Por ello, en su conjunto, los esquemas parciales pueden ser llamados "conversos".¹⁰⁸

¹⁰⁶ Cfr. en este mismo capítulo, II.1.2.1.

¹⁰⁷ Hohfeld considera que en sus relaciones se trata de "strictly fundamental legal relations ... *sui generis*" (W. N. Hohfeld, op. cit., pág. 36). Esto no puede significar, como lo muestra el esquema, que no sean recíprocamente definibles.

¹⁰⁸ Con esto, se ha demostrado para el ámbito del derecho a algo la justificación de la tesis de la reducción que dice que basta una modalidad deontótica básica (cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 117 s.). Como todas las posiciones en el esquema parcial de los derechos son equivalentes a posiciones en el esquema parcial de las obligaciones y como todas las posiciones en el esquema parcial de las obligaciones son expresables con el operador triádico del mandato, todos los enunciados sobre derechos relacionales pueden ser transformados en enunciados sobre obligaciones relacionales, formulados con la ayuda del operador de mandato deontótico triádico. Naturalmente, esto muestra sólo la posibilidad de la reducción al operador de mandato triádico. Queda la cuestión de saber cómo se comporta éste con relación

El esquema doble puede ser considerado como una explicación del concepto del derecho a algo, dentro del marco de un sistema lógico por cierto muy elemental pero, por lo general, suficiente para fines prácticos¹⁰⁹. Los conocimientos que de él se extraen

al operador monádico del sistema estándar. Esto último depende de la interpretación de los enunciados que son formados con los operadores monádicos. Son posibles una interpretación débil y una interpretación fuerte. En la interpretación débil *OG* y *PG* — para sólo tomar los dos enunciados más importantes — en relación con *OabG* y *PabG* son sólo abstracciones con respecto al aspecto relacional. En esta interpretación, puede decirse que *OG* es implicado por *OabG* y *PG* por *PabG*. En la interpretación fuerte, *OG* y *PG* dicen que *G* — por ejemplo, la realización de la acción *h* por *a* — está ordenada, es decir, permitida, respectivamente por el sistema jurídico como un todo. En esta interpretación, *OabG* implica ciertamente *OG*, pero *PabG* no implica *PG*. Si *a* está obligado jurídicamente frente a *b* a realizar, por ejemplo, la acción *h* (*OabG*), entonces en el correspondiente sistema jurídico está ordenado que *a* realice *h* (*OG*). Si en el correspondiente sistema jurídico no está ordenado que *a* realice *h*, entonces *a* tampoco está obligado a hacerlo frente a *b*. Ninguna objeción en contra de la implicación de *OG* por *OabG* constituye una indicación de obligaciones relacionales recíprocamente contradictorias. Si *a*, en el mismo tiempo, está obligado frente a *b* a *G* y frente a *c* a *\neg G*, lo que significa que valen tanto *OabG* como *Oac \neg G*, puede suponerse sin más que tanto *OG* como *O \neg G* valen en la interpretación fuerte, pues el sistema jurídico como un todo contiene entonces una contradicción. Si se soluciona la contradicción entre las obligaciones relacionales, se soluciona también la contradicción entre las no relacionales. En la interpretación fuerte, no es tan simple la relación entre la permisión relacional (*PabG*) y la permisión no relacional (*PG*). El que *a* a *b* le esté permitido frente a *b* realizar *A* no significa que también el sistema jurídico como un todo permita que *a* realice *A*. El sistema jurídico como un todo prohíbe la realización de *h* por *a* si *a* está obligado frente a *c* a omitir *h* (*Oac \neg G*). Quien lesiona una prohibición en una relación lesiona el sistema jurídico. Quien hace uso de una permisión en una relación, no hace necesariamente algo que está permitido por el sistema jurídico como un todo. Si existe al menos un sujeto jurídico frente al cual *a* está obligado jurídicamente a realizar *h*, entonces el sistema jurídico como un todo contiene el mandato de que *a* realice *h* (*OG*). En cambio, está permitido por el sistema jurídico como un todo que *a* realice *h* (*PG*) sólo si para ello existe una permisión de *a* en todas las relaciones.

Por lo tanto, las relaciones entre modalidades deontóticas relacionales y no relacionales son de un tipo más complicado. Con todo, es claro que las modalidades relacionales no pueden ser reemplazadas por las no relacionales y, en este sentido, reducidas a ellas. Pero, todo lo que puede decirse con la ayuda de las modalidades no relacionales puede decirse también con la ayuda de las relacionales. Con esto, se ve claramente la justificación de la tesis de la reducción. La reducción a una modalidad deontótica es posible; ésta debe ser, por cierto, diferenciada (relacionada), pero ella no requiere conceptos normativos adicionales. Para el ámbito de los derechos a algo, se ha mostrado, pues, que existe lo que puede ser llamado "unidad del deber ser".

¹⁰⁹ Se obtienen estructuras considerablemente más complejas si para el objeto del derecho se coloca no simplemente "*G*" sino que descomponen aún más esta expresión. Esta es la vía que siguen Kanger/Kanger y Lindahl, quienes apoyan sus análisis no

—por ejemplo, que la negación de un derecho (el no-derecho) de *a* frente a *b* de una omisión ($\neg Dab \neg G$) es equivalente a la permisión para *b* frente a *a* de un hacer (*PbaG*)— no conducen, por cierto —al igual que lo que sucede siempre con los conocimientos analíticos—, a una decisión en casos controvertidos; para ello, se requieren, por lo general, valoraciones y conocimiento empírico; pero, constituyen la base necesaria para una argumentación jurídica racional que aspire a un máximo de claridad¹¹⁰. Esto vale en medida muy especial para el segundo grupo de posiciones jurídicas básicas que ahora hay que considerar, el de las libertades, con respecto a las cuales ya se ha considerado un aspecto esencial con el concepto de privilegio de Hohfeld, que, como vimos, puede ser referido al de permisión.

2. Libertades

2.1. Acerca del concepto de libertad

El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser casi ilimitado. Casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con él. Esto vale tanto para las discusiones filosóficas cuanto para la polémica política. Algo exageradamente lo expresa Aldous Huxley en su *Eyeless in Gaza*: “*Freedom's a marvellous name. That's why you're so anxious to make use of it. You think that, if you call imprisonment true freedom, people will be attracted to the prison. And the worst of it is you're quite right*”¹¹¹. Es imposible caracterizar con mayor precisión la connotación emotiva de la palabra “libertad”. Quien designa a algo como “libre”, por lo general, no sólo lo describe sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo

sólo en una lógica de las modalidades deonticas sino en una combinación de la lógica deontica con una lógica de la acción; cfr. S. Kanger/H. Kanger, “Rights and Parliamentarism”, págs. 87 ss.; L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 66 ss. Aquí puede bastar el modelo simple presentado.

¹¹⁰ I. Berlin, “Two Concepts of Liberty” en del mismo autor, *Four Essays on Liberty*, Oxford 1969, pág. 121, habla de “*more than two hundred senses of this protean word recorded by historians of ideas*”.

¹¹¹ A. Huxley, *Eyeless in Gaza*, Londres 1955, pág. 123.

para compartir esta valoración¹¹². La connotación emotiva positivas relativamente constante puede ser vinculada con cambios significados descriptivos. Esto abre la posibilidad de una definición persuasiva (*persuasive definition*)¹¹³. Quien deseé impulsar a alguien para que realice una acción puede intentar hacerlo diciendo que la libertad consiste en realizar esta acción. Esta es posiblemente una de las razones de la persistencia de la polémica acerca del concepto de libertad y de la predilección de que goza su uso.

Un análisis de todo aquello que ha sido y es vinculado con la expresión “libertad” requeriría una amplia filosofía jurídica, social y moral. Aquí interesan sólo las posiciones jurídicas básicas. En este contexto, uno de los conceptos de libertad, el de la libertad jurídica, figura en primer plano. El concepto de la libertad jurídica puede ser explicado de dos maneras. Se lo puede presentar como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, pero se lo puede basar también directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de la permisión jurídica.

La primera vía puede ser recorrida no sólo preguntando qué es la libertad en sí —como ya se señalara, esto conduciría a un ambicioso proyecto de una filosofía de la libertad— sino también preguntando acerca de la estructura del concepto de libertad; esto es menos ambicioso, la perspectiva de una respuesta exitosa es, por ello, mayor y, además, crea el presupuesto para una respuesta a cuestiones más amplias. A la pregunta acerca de la estructura de la libertad puede darse, por lo pronto, una respuesta negativa. La libertad no es un objeto como, por ejemplo, un sombrero. Ciertamente puede hablarse de la libertad que uno tiene, al igual que de un sombrero que uno tiene. Pero, en el caso de la libertad, el tener no se refiere a una relación de propiedad entre una persona y un objeto. Por ello, parece plausible aceptar que la libertad es una propiedad que puede ser atribuida a personas, acciones y sociedades. Esta sería, por cierto, una perspectiva muy basta y superficial. Quien dice de una persona que es libre presupone que para esta persona no existen impedimentos, limitaciones o resistencias de algún

¹¹² Cfr. Ch. L. Stevenson. *Ethics and Language*, New Haven/Londres 1944, págs. 20 ss., 206 ss.

¹¹³ Del mismo autor, “*Persuasive Definitions*” en *Mind* 47 (1938), págs. 331 ss. Cfr. ya Th. Hobbes. *Leviathan*, Oxford 1960, pág. 140: “*it is an easy thing, for men to be deceived, by the specious name of liberty*”.

tipo. Con esto se ofrece la posibilidad de considerar que la libertad es una relación diádica entre una persona y un impedimento a la libertad. Sin embargo, esto tampoco es suficiente. Supongamos que el Estado (*e*) desea impedir a *a* que visite a *b* en el extranjero. *e* puede hacer esto prohibiendo a *a* la visita pero, *e* puede también hacerlo negándole divisas, no permitiéndole que compre un pasaje de avión, excluyéndolo del ejercicio de la profesión en caso de que realice la visita o incorporándolo al ejército. La falta de libertad es, en estos casos, de muy diferente tipo. Un enunciado con la estructura “*a* no es libre para visitar a *b*” no da cuenta de estas diferencias. Tampoco enunciados de la forma “*a* no es libre para comprar un pasaje de avión” proporcionan una descripción completa de la situación. Ella es descrita completamente sólo con enunciados que mencionan tres cosas, la persona que no es libre, el impedimento y aquello que éste impide u obstaculiza. Esto sugiere la conveniencia de concebir una libertad particular de una persona como una relación triádica¹¹⁵: la libertad de una persona, como la suma de las libertades particulares y la libertad de una sociedad, como la suma de las libertades de las personas que en ella viven.

Esta concepción se orienta esencialmente hacia las personas en tanto titulares de libertad. Pero, como “libre” puede ser calificado también algo diferente, por ejemplo, una acción o la voluntad. Sin embargo, esto no fundamenta ninguna objeción en contra de la concepción de la libertad referida a las personas, pues, los enunciados sobre la libertad de las acciones y de la voluntad pueden fácilmente ser referidos a enunciados sobre la libertad de las personas. La libertad de las acciones, al igual que la libertad de la voluntad, es una abstracción con respecto a la libertad de las personas¹¹⁶. Por lo tanto, la base del concepto de la libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad.

Si se parte de esto, existe una diferencia decisiva según que el

¹¹⁴ La ausencia de impedimentos, limitaciones o resistencias constituye el núcleo del concepto de la libertad; cfr. la formulación clásica de Th. Hobbes, *Leviathan*, pág. 136: “*Liberty, or Freedom, signifieth, properly, the absense of opposition*”. La cuestión es saber cómo se identifica un impedimento y a qué se refiere un impedimento.

¹¹⁵ Cfr. al respecto G. C. MacCallum, “Negative and Positive Freedom” en *Philosophical Review* 76 (1967), págs. 314 ss. y, siguiéndolo, J. Rawls, *A Theory of Justice*, pág. 201 ss.

¹¹⁶ Th. Hobbes, *Leviathan*, pág. 137; G. C. MacCallum, “Negative and Positive Freedom”, págs. 315 s.

objeto de la libertad sea una *alternativa de acción* o sólo una acción. Parte de sólo una acción (por más abstracta que ella sea) aquella para quien la libertad consiste en hacer lo necesario o lo razonable. Ejemplos de este tipo de conceptos positivos de la libertad son los conceptos filosóficos de libertad de Spinoza: “*Ea rea libera dicitur, quae ex sola suae naturae necessitate existit, et a se sola ad agendum determinatur*”¹¹⁷, de Kant: “El (concepto de libertad; R. A.) positivo es: la facultad de la razón pura de ser ella misma práctica. Pero, esto es sólo posible mediante el sometimiento de la máxima de cada acción a la condición de la posibilidad de aquella de convertirse en ley universal”¹¹⁸, y de Hegel: “Necesario es lo racional como lo sustancial, y somos libres cuando lo reconocemos como ley y lo seguimos como la substancia de nuestra propia esencia”¹¹⁹. También los conceptos de libertad referidos sólo a una acción¹²⁰ conocen el concepto de impedimento de la libertad. En ellos, los impedimentos de la libertad son, por ejemplo, ideas poco claras, emociones, impulsos sensoriales o la falsa conciencia. Por ello, también la libertad positiva puede ser representada como una relación triádica¹²¹.

¹¹⁷ B. de Spinoza, *Ethica en Opera*, edición a cargo de K. Bämenstock, tomo 2, Darmstadt 1967, pág. 88 (I, def. 7).

¹¹⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, págs. 213 s.

¹¹⁹ G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, en *Theorie-Werkausgabe*, tomo 12, Francfort del Meno 1970, pág. 57.

¹²⁰ En contextos de derechos fundamentales, se ha sostenido un concepto positivo de libertad, que se refiere al comportamiento correcto y no a una alternativa de acción que dependa del libre arbitrio de cada cual; cfr., por ejemplo, W. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, Berlin 1957, pág. 8: “La libertad consiste —hablando en general— en la aceptación de la voluntad del Creador y es, por ello, razón esencial para todas las personas en todos los ámbitos de la vida” y H. Kruger, “Der Wesensgehalt der Grundrechte” en J. Seifert/H. Kruger, *Die Einschränkung der Grundrechte*, Hannover 1976, pág. 53: “Manifiestamente, una libertad que no posee en sí misma un sentido, especialmente un sentido común, ya no es libertad alguna si con este concepto uno vincula —y parece difícil sostener lo contrario— la concepción de algo pleno-de-valor (y no vacío-de-valor)”.

¹²¹ En el concepto positivo de libertad, existe una relación de tipo especial entre el impedimento de la libertad y el objeto de la libertad, la acción necesaria o razonable, es decir, correcta. Cuando el impedimento desaparece, no existe otra posibilidad como no sea la de realizar la acción correcta; ella es entonces necesaria. Esta relación puede extenderse al titular de la libertad. Cuando el titular de la libertad es liberado de los impedimentos a la libertad y, en este sentido, es una persona libre o razonable, entonces realiza necesariamente la acción correcta. Conjuntamente con la otra constatación de que una persona liberada de impedimentos a la libertad es una persona autónoma que determina sobre sí misma, se sigue de aquí que una persona autónoma

Aquí se trata de la libertad jurídica. Tal como se expondrá de inmediato, se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una "libertad negativa". Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; tan sólo dice algo acerca de sus *posibilidades* para hacer algo¹²². Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la libertad jurídica es sólo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción. Si se parte de esto, entonces un enunciado sobre la libertad tiene o bien la forma:

(1) *x* es libre (no libre) con respecto a *y* para hacer *z* o no hacer *z*¹²³.

hace justamente una cosa, es decir, lo correcto. Berlin ha señalado que esta concepción, cuando es convertida en la base de una teoría política, puede tener consecuencias despoticas (I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, págs. XXXVII, 131 s.; cfr., además, C. Link, *Herrschartsordnung und bürgerliche Freiheit*, Viena/Colonia/Graz 1979, pág. 155). La coacción política puede ser presentada como eliminación de impedimentos de la libertad y, con ello, como liberación para aquello que el individuo haría si fuera razonable, es decir, brevemente, como liberación. Naturalmente, ésta no es una consecuencia lógica del concepto positivo de libertad, sino el resultado de su traspaso indiferenciado al ámbito del derecho y la política. Que tal traspaso no es necesario lo muestra la filosofía del derecho kantiana. Cfr., además, C. B. Macpherson, "Berlins Teilung der Freiheit" en del mismo autor, *Demokratietheorie*, Munich 1977, págs. 178 ss.; Ch. Taylor, "What's Wrong with Negative Liberty" en *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, edición a cargo de A. Ryan, Oxford/Nueva York/Toronto/Melbourne 1979, págs. 175 ss.

¹²² Cfr. I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Introducción, pág. XLII: "The freedom of which I speak is opportunity for action, rather than action itself".

¹²³ La relación que subyace a este enunciado no debe ser confundida con la relación triádica de la libertad de v. Freytag Löringhoff. Según él, la relación de la libertad tiene la siguiente forma: "X es libre frente a la sujeción inferior Y a través de la sujeción superior Z" (B. v. Freytag Löringhoff, "Die logische Struktur des Begriffs Freiheit" en J. Simon (ed.), *Freiheit*, Friburgo/Munich 1977, pág. 43). Esta versión expresa la suposición de que uno puede liberarse de sujeciones "sólo si se ingresa en nuevas sujeciones de un rango superior" (ibidem, pág. 42). Aquí no se comparte esta suposición. La relación de libertad de la que aquí se parte es neutral no sólo frente a la cuestión del 'a través de que', sino también frente a la cuestión del 'para qué', que introduce un elemento de deber en el concepto de libertad.

o puede ser referido a un enunciado de esta forma¹²⁴. "x" simboliza aquí al titular de la libertad (no-libertad); "y", el obstáculo a la libertad y "z" la acción cuya realización o no realización es el objeto de la libertad.

De acuerdo con lo hasta ahora dicho, la libertad positiva y la negativa se diferencian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción. Estos conceptos de la libertad positiva y negativa no coinciden en todos los aspectos con el uso habitual del lenguaje. El concepto de la libertad negativa aquí acuñado es más amplio y el de la libertad positiva más estrecho que el habitual. El ejemplo del viaje utilizado más arriba lo pone claramente de manifiesto. El objeto de la libertad es la alternativa de acción de viajar o no viajar. De los muy diferentes obstáculos con los que puede verse enfrentada una persona a con respecto a esta alternativa de acción, habrán de interesar aquí sólo dos. El viaje le puede estar prohibido jurídicamente a *a* pero, también puede suceder que no le sea posible viajar por falta de dinero. En el primer caso existe una no-libertad jurídica; en el segundo, una no-libertad económica. Pero, ambos casos caen bajo el concepto de libertad negativa aquí presentado. En cambio, según un uso muy difundido, sólo la libertad jurídica debería ser llamada "libertad negativa". La económica podría ser catalogada, cuando más, como libertad positiva. La distinción usual tiene su justificación. Para que *a* pueda pasar de su situación de no-libertad económica a una situación de libertad económica, tiene que obtener o adquirir algo. Si la transformación de la situación de no-libertad económica en una situación de libertad económica ha de llevarse a cabo a través de una forma jurídicamente garantizada por el Estado, entonces puede otorgársele un correspondiente derecho a prestaciones por parte del Estado, es decir, un derecho a una acción positiva del Estado. En cambio, para la creación de una situación de libertad jurídica, se requiere tan sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa. Es innegable que esta distinción tiene gran importancia. La cuestión es saber cómo debe reaccionar la conceptualización a esto. Tanto la concepción amplia de la libertad negativa presentada más arriba como la más

¹²⁴ Sobre la remisión de enunciados sobre libertades a enunciados de esta forma, cfr. G. C. MacCallum, "Negative and Positive Freedom", págs. 315 ss.

estrecha que se acaba de esbozar pueden, por razones de tradición, pretender el predicado "negativa" y, en ambos casos, la distinción entre libertad negativa y positiva tiene importancia fundamental. En esta situación, parece plausible hablar de "*libertad negativa en sentido amplio*" y de "*libertad negativa en sentido estricto*". La libertad negativa en sentido estricto responde a la concepción liberal de la libertad. Una libertad negativa en sentido estricto es siempre también una libertad negativa en sentido amplio pero, no toda libertad negativa en sentido amplio es también una libertad negativa en sentido estricto.

Una libertad negativa en sentido estricto surge de la relación triádica de libertad, colocando como objeto de la libertad alternativas de acción y como obstáculos a la libertad acciones de obstaculamiento por parte de terceros, sobre todo del Estado. El hecho de que a través de diferentes sustituciones de *x*, *y* y *z* surjan libertades diferentes muestra la fecundidad de la concepción triádica de la libertad. Sobre su base puede establecerse orden en el caos de los conceptos de libertad ya que ella posibilita, a través de sustituciones cada vez más diferenciadas del titular de la libertad (*x*), del obstáculo a la libertad (*y*) y del objeto de la libertad (*z*), establecer una clasificación amplia. Sólo dos ejemplos: si se sustituye *y* por situaciones económicas deficitarias, surge un concepto de libertad que puede ser llamado el "*concepto socio-económico de la libertad*"¹²⁵. Este concepto socio-econó-

¹²⁵ No puede haber duda alguna de que una situación económica deficitaria puede ser un impedimento para *a* con respecto a una alternativa de acción. Pero, se pueden tener dudas acerca de si esto justifica decir que *a* no es libre. Al respecto, tres observaciones: (1) Las normas de derecho fundamental deben asegurar la libertad. Si uno llama "libertad" a la ausencia de situaciones económicas deficitarias, parece inferirse que las normas de derecho fundamental tienen también que asegurar que así sea y ser interpretadas consecuentemente. Por ello, quien quisiera evitar la conclusión de este argumento basto sostener que no se puede hablar de libertad o de no libertad en conexión con situaciones económicas deficitarias. Sin embargo, esto no es en modo alguno indispensable. Se puede evitar la conclusión precisando qué tipo de libertad es la que deben asegurar las normas de derecho fundamental. (2) En numerosos contextos, el concepto de libertad está vinculado con un componente emotivo positivo. Por ello, sobre toda definición del concepto de libertad pesa la sospecha de ser una definición persuasiva mediante la cual, sin argumentos, ha de lograrse la adhesión a una valoración. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de un uso expresamente no valorativo del concepto de libertad. Si *a* no dispone de los medios para adquirir un automóvil más grande, en un determinado respecto no es económicamente libre pero, no hay por qué condenar esto. Si se califica a *a* —absteniéndose de toda valoración— como "económicamente no libre" por lo que respecta a la compra de un automóvil, se utiliza esta expresión

mico de la libertad debe ser distinguido claramente de un concepto económico liberal de la libertad, que surge cuando y es sustituido por acciones de obstaculamiento de terceros, especialmente del Estado, y z por alternativas económicas de acción. Si se deja que y represente obstáculos en la formación de la voluntad política y z alternativas de acción política, se obtiene un concepto negativo de la libertad democrática¹²⁶. Esto ha de bastar para indicar cómo, a través de sustituciones cada vez más diferenciadas en la relación triádica, puede surgir una tabla de todas las libertades posibles. Es indiscutible la utilidad de una tabla tal en un campo tan inestable como es el de la libertad. Sería falso pensar que, a través de una tabla tal, mediante la clarificación conceptual, se anticipan valoraciones. Por el contrario. Algunas posiciones en una tabla de la libertad pueden ser valoradas positivamente y otras negativamente, y ser rechazadas. Algunas pueden ser adscritas a normas de derecho fundamental o a la Ley Fundamental y otras no. Entre las posiciones pueden establecerse relaciones de preferencia y, no en última instancia, es posible analizar, sobre una base conceptualmente segura, las relaciones lógicas y empíricas entre las diversas posiciones.

En lo que sigue, sólo interesará una posición en la tabla de la

de una manera puramente analítica y clasificatoria. Un uso tal es posible y adecuado si a la valoración ha de preceder una apreciación de la estructura de los objetos de la valoración. (3) A menudo, la ausencia de determinadas situaciones deficitarias no es llamada libertad sino condición para el ejercicio o el valor de la libertad (cfr. I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, págs. XLVI, LIII s.; J. Rawls, *A Theory of Justice*, págs. 204 s.; H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Stuttgart, Berlin Colonia/Maguncia 1974, pág. 50). Estos conceptos expresan una preferencia de un determinado tipo de libertad, es decir la libertad negativa o liberal en sentido estricto. Sin embargo, también aquél que deseé conservar esta preferencia, cuando utiliza el concepto de libertad no valorativa sino analíticamente, puede decir que la libertad económica es condición para el ejercicio o el valor de la libertad liberal.

¹²⁶ El concepto democrático negativo de libertad es, en tanto subconcepto del concepto negativo de libertad, un concepto de posibilidad. Al concepto democrático de libertad, en tanto concepto de posibilidad, puede contraponerse un concepto democrático de libertad en tanto concepto de realidad. En este sentido, la libertad democrática no existe ya cuando no se oponen impedimentos a las acciones de participación política, sino tan sólo cuando estas acciones son efectivamente realizadas. Un tal concepto de realidad de la libertad democrática es una variante del concepto positivo de libertad. Un ejemplo de un concepto de libertad democrática como concepto de realidad lo ofrece U. Scheuner, "Pressefreiheit" en *VVDSRL* 22 (1965), pág. 20: "La libertad no (es) [...] mera defensa y huida en una esfera estatalmente libre, que escapa a la responsabilidad, sino participación viviente en el todo, conformación y corresponsabilidad."

libertad, la libertad jurídica. Como ejemplo, se considerará la siguiente libertad que surge por sustitución en el enunciado de relación (1):

(2) *a* está libre de prohibiciones jurídicas para expresar o no expresar su opinión.

Este enunciado es equivalente a:

(3) Le está (jurídicamente) permitido a *a* expresar su opinión y a *a* le está (jurídicamente) permitido no expresar su opinión.

(3) expresa de la manera más simple y clara la libertad jurídica.

La transformación de (2) en (3) es posible porque entre el obstáculo a la libertad y el objeto de la libertad existe una relación *analítica*. La prohibición jurídica es exactamente la prohibición del objeto de la libertad. Cuando se trata de libertades no jurídicas, el asunto es más complicado. Entre el obstáculo y el objeto existe sólo una relación *empírica*. Es esta peculiaridad de la libertad jurídica la que posibilita apoyar directamente el análisis del concepto de libertad jurídica en el concepto de permisión en lugar de hacerlo en la relación triádica de la libertad.

Siguiendo y, al mismo tiempo, apartándose del concepto de libertad jurídica, es posible formar un concepto de libertad fáctica, que tiene especial importancia para los análisis jurídicos, en tanto concepto contrapuesto al de libertad jurídica:

(4) *a* es, con respecto a una alternativa de acción jurídicamente libre, fácticamente libre en la medida en que tiene la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido.

2.2. Libertades jurídicas

La conexión del concepto de la libertad jurídica con el concepto de permisión en el sentido de la negación de mandatos y prohibiciones ha sido descrita frecuente y diversamente. Así, Hobbes afirma: "In cases where the sovereign has prescribed no rule, the subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion"¹²⁷. Según

¹²⁷ Th. Hobbes, *Leviathan*, pág. 143.

la formulación de Bentham, mientras el legislador "hath neither commanded nor prohibited any act [...] all acts therefore are free: all persons as against the law are at liberty"¹²⁸. En Jellinek puede leerse: "Si se examina esta libertad desde su costado jurídico, resulta que es idéntica con las acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado"¹²⁹. Naturalmente, si se ven las cosas más de cerca, es claro que, no obstante sus similitudes, posiciones de un tipo muy diferente pueden ser designadas como "libertad jurídica". Para aprehenderlas, habrá que distinguir entre libertades jurídicas protegidas y no protegidas¹³⁰.

2.2.1. Libertades no protegidas

Las libertades no protegidas pueden ser referidas íntegramente a permisiones en el sentido definido más arriba. Puede estar permitido un hacer o un omitir. Si la libertad jurídica ha de ser una libertad negativa en el sentido explicado más arriba, no puede agotarse ni en lo uno ni en lo otro¹³¹. La sola permisión de profesar la propia religión, que puede existir conjuntamente con el mandato de hacerlo, no fundamenta una libertad jurídica, como tampoco lo hace la sola permisión de no profesar la propia religión, que puede admitir la prohibición de hacerlo. Una libertad jurídica de profesar la propia religión existe sólo pero también siempre cuando está tanto permitido hacerlo como no hacerlo¹³². Por lo tanto, la libertad jurídica no protegida, reducible totalmente a permisiones, puede ser definida como la conjunción de una permisión jurídica de hacer algo y una permisión jurídica de omitirlo. Esta conjunción fue llamada más arriba "posición libre" y fue simbolizada con "Lp"¹³³. Si, para facilitar la comparabilidad con el derecho a algo (DabG), se utiliza

¹²⁸ J. Bentham, *Of Laws in General*, pág. 253.

¹²⁹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 104.

¹³⁰ J. Bentham distingue entre libertades "naked" y "vested" (J. Bentham en *The Works of Jeremy Bentham*, edición a cargo de J. Bowring, facsímil de la de 1835-1843, tomo 3, Nueva York 1962, pág. 218). Esta distinción se aproxima a la utilizada aquí entre libertades defendidas y no defendidas.

¹³¹ Un concepto más estrecho de libertad jurídica utiliza G. Williams, "The Concept of Legal Liberty", págs. 132 s., para quien la libertad jurídica consiste sólo en la negación de la prohibición y, por lo tanto, es compatible con el mandato.

¹³² Cfr. BVerfGE 12, 1 (4).

¹³³ Cfr. supra Capítulo 4, II. 1.2.1.

en lugar de “ p ” la letra “ G ” y se presupone que “ P ” representa una permisión jurídica, la definición de la libertad jurídica no protegida adquiere la siguiente forma:

$$(1) \quad LG =_{\text{df}} PG \wedge P \neg G.$$

La negación de la libertad no protegida es la no-libertad. Ha de ser definida utilizando el signo de disyunción “ v ” para “o”:

$$(2) \quad LG =_{\text{df}} O \neg G \vee \neg OG.$$

Por lo tanto, un sujeto jurídico a no es jurídicamente libre ($\neg LG$) con respecto a una determinada acción si la omisión ($O \neg G$) o la realización de esta acción (OG) le está jurídicamente ordenada a a .

2.2.1.1. Libertades no protegidas personal y objetivamente absolutas y relativas

“ L ” en (1) es un operador no-relacional (monádico). Pero, las libertades pueden ser relacionales. Así, a puede ser libre frente al Estado para hacer b pero no frente a un tercero y vice versa. Para expresar que un sujeto jurídico se encuentra frente a otro sujeto jurídico en la posición de libertad no protegida, hay que utilizar —al igual que en el caso del derecho a algo— un operador triádico. La libertad no protegida relacional tiene la siguiente estructura:

$$(3) \quad LabG =_{\text{df}} PabG \wedge Pab \neg G.$$

(3) expresa una libertad no protegida frente a un solo sujeto jurídico, por ejemplo, frente al Estado o a una determinada persona privada. Lo opuesto es la libertad no protegida frente a todos los sujetos jurídicos. Esta libertad es un haz de exactamente tantas relaciones de libertad como sujetos jurídicos existen en el sistema jurídico. Será llamada “libertad no protegida personalmente absoluta”¹³⁴. En cambio, la libertad no protegida personalmente relativa es una libertad que no existe frente a todos sino sólo frente a algunos sujetos jurídicos, por lo menos, frente a un sujeto jurídico.

¹³⁴ La libertad personalmente absoluta no protegida puede ser formulada con la ayuda del cuantificador universal “(x)” (para todo x vale que ...); cfr. al respecto W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, págs. 121 ss.) de la siguiente manera: $(x) \forall x G$.

Las contrapartidas a los conceptos de la libertad personalmente absoluta y personalmente relativa son los conceptos de la libertad objetivamente absoluta y de la libertad objetivamente relativa. a tiene frente a b una libertad objetivamente absoluta si a le está permitido frente a b realizar y omitir todas las acciones; tiene frente a b una libertad objetivamente relativa si le está permitido frente a b realizar y omitir, por lo menos, una acción. Cuando toda persona es personal y objetivamente absolutamente libre, existe la situación normativa supuesta por Hobbes en el estado de naturaleza¹³⁵.

2.2.1.2. La libertad no protegida como mera negación del deber ser

La definición de la libertad no protegida (LG) a través de la conjunción de la permisión de un hacer y de la permisión de una omisión ($PG \wedge P \neg G$) pone claramente de manifiesto que la libertad no protegida consiste en la mera vinculación de la permisión positiva con la negativa. Pero estas permisiones no son nada más que las negaciones de los correspondientes mandatos (OG) y prohibiciones ($O \neg G$). En lugar de con “ $PG \wedge P \neg G$ ”, “ LG ” podría igualmente haber sido definido con “ $\neg O \neg G \wedge \neg OG$ ”. Esto muestra dos cosas. Por una parte, que la introducción del concepto de libertad no protegida no significa la introducción de una categoría independiente frente al deber ser en el sentido del mandato. Desde el punto de vista lógico, las libertades no protegidas no son más que determinadas combinaciones de negaciones del deber ser. Con esto no se adopta ninguna posición frente a la cuestión de si en los ordenamientos normativos la libertad es lo primario, que es limitado a través del deber ser, o si el deber ser es lo primario que, a través de no-mandatos y no-prohibiciones, crea la libertad. La neutralidad del concepto de la libertad no protegida frente a esta cuestión se manifiesta en el hecho de que para el concepto de la libertad negativa es indiferente el que se considere a las libertades como negaciones del deber ser o al deber ser como negación de las libertades. Por otra parte, la posibilidad de definir “ LG ” con “ $\neg O \neg G \wedge \neg OG$ ” muestra que las libertades no protegidas no implican el derecho a no ser obstaculizado en el goce de estas libertades¹³⁶. Un

¹³⁵ Th. Hobbes, *Leviathan*, pág. 85.

¹³⁶ Cfr. al respecto, W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions”, pag. 43. al igual que E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pág. 324: “más aún: llego tan lejos que hasta sostengo que al mero poder hacer

derecho tal es un derecho a algo y se diferencia fundamentalmente de una combinación de permisiones. Cuando se añade un tal derecho, la libertad no protegida se convierte en una libertad protegida.

2.2.1.3. Normas permisivas de derecho fundamental

Existe una libertad no protegida cuando tanto una acción como su omisión tienen que ser calificadas como permitidas. La calificación de una acción como permitida puede realizarse por dos razones: puede apoyarse en una norma permisiva explicitamente estatuida, pero también puede estar fundamentada porque el sistema jurídico no contiene ninguna norma de mandato o prohibición bajo la cual caiga la acción o la omisión que hay que calificar. En el primer caso, puede hablar-

o permisión no se contrapone nunca un deber especial correspondiente sino que más bien siempre que tal parece ser el caso no se trata meramente de un poder hacer sino que, al mismo tiempo, estamos frente a una pretensión".

¹³⁷ En este caso, la cualificación se basa en el enunciado "Lo que no está prohibido está permitido" ($\neg O \neg p \rightarrow Pp$, es decir, $\neg Op \rightarrow P \neg p$). Este enunciado parece ser trivial. Sin embargo, si se echa una mirada a la discusión, surge una impresión totalmente distinta (cfr., por ejemplo, G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 85 ss.; del mismo autor, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, págs. 82 ss.; C. E. Alchourrón/E. Bulygin, *Normative Systems*, Viena/Nueva York 1971, págs. 119 ss.; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 81; J. Raz, *The Concept of a Legal System*, pág. 170 ss.). Uno de los problemas que siempre ha hecho dudar del enunciado "Lo que no está prohibido está permitido" es el problema de la apertura del orden jurídico. Así, en C./O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, pág. 116, se dice: "Sólo si se presupone que el sistema normativo es cerrado, es decir, que en este sistema sólo es debido aquello que expresamente está establecido como debido, vale el enunciado 'Lo que no está expresamente prohibido está permitido'". Esto vale sólo bajo el presupuesto de que el enunciado "Lo que no está prohibido está permitido" sea interpretado de la siguiente manera: "Lo que no está expresamente prohibido está permitido". Pero, una interpretación tal no es ni necesaria ni obvia. Más bien, parece adecuado entender el enunciado "Lo que no está prohibido está permitido" de la siguiente manera: "Lo que no está expresa o tácitamente prohibido está permitido". En esta interpretación, vale también con respecto a sistemas normativos abiertos por lo que respecta a la explicitación de la normación. Expresa que, en un sistema normativo no contradictorio, una acción debe ser calificada siempre como prohibida o como permitida. Otro problema plantean las calificaciones normativas retroactivas. Sin embargo, también aquí hay que decir que toda acción sólo puede ser calificada o bien como prohibida o como permitida por un mismo sistema no contradictorio *S* en un momento t_1 . Por ello, quien considere que son posibles calificaciones normativas retroactivas puede decir que la acción *h* hasta el momento t_1 es calificada en *S* como permitida y, a partir

se de una permisión explícita y en el segundo de una permisión implícita. Las normas de derecho fundamental son, en la medida en que a través de ellas se permita algo, normas permisivas explícitas.

El concepto de norma permisiva ha presentado siempre problemas. Es clásica la formulación kantiana del problema: "una acción que no está ni ordenada ni prohibida está simplemente permitida porque con respecto a ella no existe ninguna ley que limite la libertad (competencia) y, por lo tanto, ningún deber [...] Se puede preguntar [...] si para que alguien sea libre para hacer u omitir algo según su arbitrio se requiere, además de la ley de mandato (*lex praeceptiva, lex mandati*) y de la ley de prohibición (*lex prohibitiva, lex vetiti*), una ley permisiva (*lex permissiva*)"¹³⁸. Una respuesta clara a esta pregunta se encuentra en Thon. Según Thon, la norma permisiva es "un enunciado totalmente inútil y superfluo"¹³⁹. El orden jurídico crearía "derecho simplemente sancionando mandatos y prohibiciones"¹⁴⁰. Las permisiones no serían más que la ausencia de prohibiciones. Los derechos consistirían sólo en mandatos y prohibiciones que protegen la realización de algo que no está ni ordenado ni prohibido¹⁴¹. En contra de esta tesis del carácter superfluo de las normas permisivas surgen objeciones, justamente tomando en cuenta las normas de derecho fundamental. Las normas permisivas de derecho fundamental son normas de rango constitucional, es decir, normas de máxima jerarquía. Las normas prohibitivas y prescriptivas de rango inferior que prohíben u ordenan algo que aquéllas permiten las contradicen y, por lo tanto, son inconstitucionales. De esta manera, dentro del marco de la construcción escalonada del orden jurídico, las normas iusfundamen-

del momento t_1 , es calificada en *S* como prohibida; pero, no puede decir que en un mismo momento es calificada en el mismo sistema jurídico como permitida y como prohibida. Tiene, pues, que admitir $\neg(O \neg p \wedge Pp)$, de donde se sigue $\neg O \neg p \rightarrow Pp$.

¹³⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 223.

¹³⁹ A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, pág. 292. Similar es la concepción de J. Raz, *The Concept of a Legal System*, págs. 172 ss., que acepta las normas permisivas sólo cuando establecen excepciones a las normas de prohibición o mandato. Cfr., además, H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2a edición, Einsiedeln/Zúrich/Colonia 1948, pág. 109, quien considera que las normas permisivas son "jurídicamente irrelevantes".

¹⁴⁰ Ibídem, pág. 288.

¹⁴¹ Para los derechos fundamentales Schwabe sostiene esta concepción: "El poder hacer es, como se ha dicho, fin y objeto de protección de la pretensión de omisión, pero ninguna categoría normativa independiente. Por lo tanto, no puede ser parte constitutiva del derecho fundamental subjetivo" (J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 46).

tales permisivas tienen la función enormemente importante de fijar "los límites de deber ser" con respecto a las normas de grada inferior. Esta función no puede ser cumplida con una mera ausencia de normas de mandato y de prohibición. Desde luego, puede ser cumplida con normas de protección permisivas, es decir, con normas que le prohíben al Estado ordenar o prohibir determinadas acciones, y normas negativas de competencia que le niegan al Estado la competencia para prohibir u ordenar determinadas acciones. Sin embargo, este tipo de normas permisivas de protección no permite hablar de una contradicción de una norma de prohibición o de mandato de grada inferior a la Constitución con respecto a una norma iusfundamental permisiva. Con respecto a ella puede hablarse tan sólo de violaciones de quien dicta la norma en contra de las normas de prohibición, como así también de traspaso de los límites de su competencia. Pero, ¿por qué habría que renunciar a hablar de contradicciones entre normas prescriptivas y prohibitivas subconstitucionales y las normas permisivas constitucionales de derechos fundamentales? A este argumento teórico se suma un argumento práctico. Desde la perspectiva del titular del derecho fundamental, las normas iusfundamentales se presentan, entre otras cosas, como normas que confieren permisiones. Desde una perspectiva orientada por la concepción y el uso del lenguaje generales, ello vuelve plausible la suposición de normas iusfundamentales permisivas. Por cierto, este no es un argumento vinculante en favor de una construcción dogmática pero, junto con el argumento teórico que se acaba de presentar, resulta de aquí una fundamentación suficiente para considerar que el discurso de normas permisivas de derecho fundamental no carece de sentido y tampoco es superfluo.

2.2.2. Libertades protegidas

La posición de la libertad jurídica no protegida que consiste simplemente en la permisión de hacer algo y en la permisión de omitirlo, no incluye en tanto tal ningún aseguramiento a través de normas y derechos que protejan la libertad. Desde luego, en el caso de libertades jurídicas no protegidas de rango iusfundamental, ello no significa una falta total de protección. Como se mostrara más arriba, las normas subconstitucionales que prohíben u ordenan algo cuya realización y

¹⁴² C. O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, pág. 115.

omisión están permitidas por normas de rango constitucional son inconstitucionales. Sin embargo, la protección iusfundamental de la libertad no se limita a esto. Ella consiste en un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. Si una libertad está vinculada con tales derechos y/o normas, es entonces una libertad protegida.

2.2.2.1. Sobre la estructura básica de la protección

La estructura de la protección de la libertad tiene su manifestación más simple en las relaciones entre iguales. Tanto el comerciante *a* como el comerciante *b* son libres para ganar para sí al comprador *c*. Sin embargo, ninguno de los dos tiene frente al otro un derecho a que el otro no anule sus esfuerzos a través de diversas acciones, por ejemplo, mejores ofertas. Pero, esto no significa que estén totalmente desprotegidos en el ejercicio de su libertad. Así, *b* no puede impedir las acciones de *a* matándolo, lesionándolo o a través de una competencia desleal. En este contexto, Hart habla de un "*protective perimeter*" que en los órdenes jurídicos rodea en mayor o menor medida a toda libertad¹⁴³. Este *protective perimeter* tiene que ser distinguido de la protección de igual contenido de una libertad. Existiría una protección de igual contenido si *a* tuviera frente a *b* un derecho a que éste no le obstaculice en ganar para sí al comprador. Las libertades que están protegidas exclusivamente por un *protective perimeter* son libertades *indirectamente protegidas*. Las libertades que están protegidas por una protección de igual contenido son libertades *directamente protegidas*. Tanto las protecciones indirectas como las directas pueden llevarse a cabo con normas que concedan derechos subjetivos (protección *subjetiva*) como con normas que concedan derechos no subjetivos (protección *objetiva*). Por lo tanto, existen cuatro tipos fundamentales de libertad protegida.

2.2.2.2. Acerca de la protección de libertades iusfundamentales

Toda libertad iusfundamental es una libertad que, por lo menos, existe en relación con el Estado. Toda libertad iusfundamental que

¹⁴³ H. L. A. Hart, "Bentham on Legal Rights", págs. 180 ss.

existe en relación con el Estado está protegida directa y subjetivamente, por lo menos, por un derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello para lo que tiene la libertad iusfundamental. Si se resumen la libertad y la protección con el concepto de libertad protegida, entonces este tipo de la libertad protegida consiste en la vinculación de una libertad no protegida y un derecho al no estorbamiento de acciones¹⁴⁴. El derecho a no estorbamiento es un derecho a una acción negativa. A los derechos a acciones negativas corresponden prohibiciones de estas acciones. Las protecciones a través de prohibiciones serán llamadas "protecciones negativas". Cuando se habla de los derechos fundamentales como "derechos de protección", se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales. Estos derechos están vinculados con la competencia para hacer valer judicialmente sus violaciones. Cuando se juntan estas tres posiciones, una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado.

Una protección *positiva* de una libertad frente al Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva. El concepto de protección positiva no presenta ningún problema cuando se trata de cosas tales como la protección frente a terceros a través de normas de derecho penal. Los problemas surgen con los derechos a prestaciones, tales como subvenciones. Existe una coincidencia estructural en la medida en que, en ambos casos, de lo que se trata es que al titular del derecho le sea también fácticamente posible lo que le está permitido y, en este sentido, es jurídicamente posible. Esta coincidencia estructural justifica, dejando de lado el uso del lenguaje ordinario, llamar protección de la libertad a la vinculación de una libertad con un derecho a una prestación en sentido

¹⁴⁴ La estructura de este tipo de libertad defendida puede representarse de la siguiente manera:

(1) $L \wedge H_a \wedge D_a$ (\neg impide e (Ha/ \neg Ha)

(1) ha de ser leída de esta manera:

(2) a puede decidir en relación con el Estado (e). realizar h o no. y a tiene frente al Estado un derecho a que no le impida la alternativa de acción $h/\neg h$.

estricto, que posibilita el goce de lo que está liberado a su arbitrio. Con esto no se ha dicho todavía nada acerca de si y en qué medida la Ley Fundamental norma protecciones positivas¹⁴⁵.

3. Competencias

3.1. Cuestiones terminológicas

Los derechos a algo y las libertades constituyen sólo un segmento de las posiciones que son llamadas "derechos". Un tercer grupo no menos importante está constituido por las posiciones que pueden ser designadas con expresiones tales como "poder" o "poder jurídico"¹⁴⁶ ("power")¹⁴⁷, "competencia"¹⁴⁸ ("competence")¹⁴⁹, "autorización"¹⁵⁰, "facultad"¹⁵¹, "derecho de configuración"¹⁵² y "capacidad jurídica"¹⁵³. Las posiciones que pertenecen a este grupo serán llamadas aquí "competencias". La elección de esta expresión está justificada por el hecho de que todos los demás candidatos posibles son menos adecuados. "Poder" o "poder jurídico" hacen referencia a algo fáctico, "facultad" está estrechamente emparentada con la permisión, los derechos de conformación son sólo un segmento del ámbito de las competencias y "capacidad jurídica" sería adecuada si no fuera de difícil manejo¹⁵⁴.

¹⁴⁵ Cfr. infra Capítulo 9. IV.

¹⁴⁶ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 82.

¹⁴⁷ J. Bentham, *Of Laws in General*, págs. 80 ss.; W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions", pág. 36.

¹⁴⁸ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 153 s.

¹⁴⁹ A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 119; G. H. v. Wright, *Norm and Action*, pág. 192.

¹⁵⁰ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 150 ss.

¹⁵¹ K. Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, pág. 49; M. Moritz, *Über Hohfelds System der juridischen Grundbegriffe*, pág. 85.

¹⁵² K. Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, Berlin 1969, págs. 7 ss.

¹⁵³ A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, tomo 1, 2a edición, Erlangen 1873, pág. 211; E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pág. 50; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 48.

¹⁵⁴ Un inconveniente del concepto de competencia reside en el hecho de que fácilmente puede ser confundido con el concepto del derecho de organización de la jurisdicción (*Zuständigkeit*). Este último es definido por Wolff de la siguiente manera: "Por lo tanto, la jurisdicción del derecho de organización es la obligación y

3.2. Competencia y permisión

Existen competencias tanto en el derecho público como en el privado¹⁵⁵. Así, la celebración de un contrato o de un matrimonio y la sanción de una ley o un acto administrativo constituyen el ejercicio de una competencia¹⁵⁶. Lo que es común a estos casos es el hecho de que, a través de determinadas acciones de quienes poseen competencia, se modifica la situación jurídica. La modificación de una situación jurídica a través de una acción puede ser descrita de dos maneras; como imposición de normas individuales o generales¹⁵⁷, que no serían válidas sin esta acción, y también como modificación de las posiciones jurídicas de los sujetos jurídicos que caen bajo estas normas¹⁵⁸.

El concepto de competencia debe ser claramente distinguido del de permisión¹⁵⁹. Desde luego, una acción que constituye el ejercicio

autorización, basada en enunciados jurídicos organizativos y actos jurídicos complementarios, a hacerse cargo de determinados asuntos de una unidad organizativa, por lo general en determinadas formas y maneras" (H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, II, 4a edición, Munich 1976, pág. 15; subrayado de R. A.). De este concepto de jurisdicción, distingue el de "jurisdicción en sentido estricto", que está constituido por competencias basadas en autorizaciones. Como ejemplo, presenta la autorización para dictar disposiciones y ordenanzas (ibidem). La distinción de Wolff no es muy clara, sobre todo, su concepto de autorización. Sin embargo, puede decirse que el concepto de competencia aquí utilizado responde en términos generales al de jurisdicción en sentido estricto de Wolff. En cambio, su jurisdicción del derecho de organización es algo que esencialmente está constituido por mandatos y permisiones para realizar tareas como así también por prohibiciones dirigidas a otras unidades organizativas a asumir las mismas tareas. Como "competencia" (*Kompetenz*), Wolff no designa ni lo uno ni lo otro, sino el "objeto de la obligación de asumir", es decir, la tarea que hay que asumir" (ibidem). Estas definiciones de un autor tan preocupado por la precisión conceptual ponen claramente de manifiesto la ambigüedad del concepto de competencia. Ella puede ser enfrentada sólo con un análisis que recurra a los conceptos jurídicos fundamentales.

¹⁵⁵ Una presentación que aún hoy resulta interesante se encuentra en A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, págs. 214 ss.

¹⁵⁶ Cfr. al respecto, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, págs. 27 ss.; A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 130 ss.

¹⁵⁷ Así, por ejemplo, Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, pág. 42.

¹⁵⁸ Cfr. L. Lindahl, *Position and Change*, pág. 193, quien correctamente habla de "the 'dynamics' of the theory of legal positions".

¹⁵⁹ Cfr. al respecto, A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, pág. 211; W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions", pág. 58. Intentos de abarcar el concepto de competencia con ayuda del concepto de permisión se encuentran en G. H. v. Wright, *Norm and Action*, págs. 192 s.; L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 212 ss. Cfr., además, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 639: "El poder hacer

de una competencia está, por lo general, permitida¹⁶⁰ pero, una acción que es la realización de una acción simplemente permitida no constituye el ejercicio de una competencia; esto puede apreciarse ya en el hecho de que existen numerosas acciones permitidas que no traen consigo ninguna modificación de la situación jurídica¹⁶¹. La diferencia entre permisiones y competencias se manifiesta también en sus negaciones. La negación de una permisión conduce a una prohibición; la de la competencia a la incompetencia¹⁶².

La permisión no agrega nada a la capacidad de acción que existe

fáctico" (*können*) y el 'poder hacer normativo' (*dürfen*) coinciden pues [...] conceptualmente".

¹⁶⁰ Pero, puede también estar prohibido. Esto vale, en todo caso, cuando se trata de una prohibición relativa, es decir, de una obligación frente a determinados otros sujetos jurídicos de no realizar esta acción (cfr. al respecto, E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pág. 50). En cambio, es problemática la relación de la competencia con la prohibición absoluta. En general, parece funcional, en caso de una prohibición absoluta, negarles también la correspondiente competencia a quienes están afectados por aquella. Sin embargo, esto no tiene por qué suceder. Así, la Corte de Justicia Federal ha considerado como válido un contrato sobre un preparado farmacéutico, a pesar de que su distribución violaba la ley de medicamentos (BGH, NJW 68, 2286). Del hecho de que puedan coexistir una competencia y una prohibición referida al ejercicio de una acción parte también la última frase del 134 del Código Civil Alemán: "Un negocio jurídico que viola una prohibición legal es nulo si no se desprende otra cosa de la ley". Un ejemplo clásico de la existencia simultánea de prohibición y competencia era la prohibición de contraer matrimonio cuando existe comunidad de sexo (§ 4 párrafo 2 de la Ley N° 16 del Consejo de Control —Ley de matrimonio— del 20 de febrero de 1946 (ABIKR pág. 77) con respecto a la cual el Tribunal Constitucional Federal observa: "el matrimonio celebrado en contra de la prohibición es, desde el comienzo, válido" (BVerfGe 36, 146 (148, 160)).

En cambio, puede, sin más, estar ordenado un ejercicio de la competencia, tal como es, por lo general, el caso en el ámbito del derecho público; cfr. al respecto, A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 133.

¹⁶¹ Especialmente claro se ve esto en acciones no prohibidas que, realizadas por otra persona o bajo otras circunstancias, constituyan el ejercicio de una competencia. Cfr. E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pág. 54: "Aunque es seguro que, de acuerdo con nuestras leyes estatales los contratos realizados por menores de edad no tienen ninguna fuerza vinculante, aun cuando el menor quisiera invocar un tal efecto jurídico, no se puede decir que le está prohibido celebrar contratos, que no puede aceptar préstamos, que no puede prometer la restitución, que tal promesa es contraria a derecho". En el mismo sentido, G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 47: "No sería correcto decir que el incapaz jurídico no puede (normativamente) celebrar ningún contrato; más bien, no puede (fácticamente), ya que, cualquier cosa que haga, no surge ningún contrato".

¹⁶² Cfr. K. Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, pág. 49.

independientemente de ella. Es igualmente posible fumar y no fumar, independientemente del hecho de que lo uno o lo otro esté permitido o prohibido. Desde luego, lo que por lo general sucede es que alguien fuma más bien cuando el fumar está permitido y no prohibido y vinculado con sanciones jurídicas. Pero si, no obstante la prohibición, fuma, la acción que realiza —fuera del hecho de que es una acción prohibida— es la misma que realiza cuando el fumar está permitido. Las cosas son totalmente diferentes en el caso de la competencia. Las competencias agregan, como lo formula Jellinek, “a la capacidad de acción del individuo algo [...] que no posee por naturaleza.” “El individuo puede mantener la relación sexual que quiera pero, ella se convierte en matrimonio sólo bajo las condiciones establecidas por el derecho objetivo; puede tomar las decisiones que quiera para después de su muerte pero, ellas se elevan a la categoría de testamento sólo sobre la base de disposiciones jurídicas. Aquí tiene sus límites la libertad natural. Pues todas las disposiciones que se refieren a la validez de las acciones y negocios jurídicos estatuyen un *poder hacer* (*können*) jurídico expresamente conferido por el ordenamiento jurídico. Este poder se encuentra en abierta oposición con lo meramente permitido”¹⁶³.

3.3. Competencia y poder fáctico

El criterio de la modificación de la situación jurídica es adecuado para la distinción entre competencia y permisión; en cambio, no lo es para la distinción entre poder hacer fáctico y competencia. No toda acción a través de la cual se introduce una modificación de posiciones jurídicas puede ser considerada como ejercicio de una competencia. Si *a* realiza con respecto a *b* una acción delictiva, se modifica tanto la posición de *a* como la de *b*. A partir de ese momento, *a* está obligado frente a *b* a compensarle los daños y *b* tiene, desde ese momento, el correspondiente derecho frente a *a*. Sin embargo, la realización de una acción delictiva no es considerada como el ejercicio de una competencia¹⁶⁴.

¹⁶³ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 47.

¹⁶⁴ Cf. E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pág. 50. El intento de Hohfeld de definir el concepto de “power” con la ayuda del concepto de “volitional control” debe ser rechazado por esta razón (cfr. W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions”, pág. 51). Cuando Hislop dice “A has the legal

3.4. Ejercicios de competencia como acciones institucionales

Por lo tanto, un problema central del concepto de competencia es la cuestión de saber cómo pueden distinguirse las acciones que son ejercicios de competencia de las acciones que ciertamente modifican la situación jurídica pero, no son ejercicios de competencia. La respuesta reza que las acciones que constituyen ejercicios de competencia son acciones institucionales. Acciones institucionales son aquéllas que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas¹⁶⁵. El ejemplo clásico de reglas constitutivas son las reglas del ajedrez. Sin ellas, uno podría hablar sólo del movimiento de piezas sobre un tablero pero no de “movidas” o de “jaque mate”. No otro es el caso de las promesas. Sin las reglas constitutivas de la promesa, una manifestación tal como “Te prometo que ...” podría ser interpretada como información sobre una intención o como predicción de un comportamiento futuro, pero no como promesa. La contrapartida de tales reglas constitutivas que crean la posibilidad de determinadas acciones, son las reglas regulativas que se refieren a acciones posibles independientes de ellas¹⁶⁶.

power by assaulting B of creating a claim to damages in B, but this power is coupled with the duty not to use it (D. J. Hislop, “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions”, pág. 64) utiliza el concepto de *power* en el sentido de una capacidad efectiva de producir consecuencias jurídicas y no en el sentido de una competencia. El intento de una definición del concepto de competencia a través del concepto de poder fáctico dentro del marco de un sistema formal se encuentra, por ejemplo, en F. B. Fitch, “A Revision of Hohfeld’s Theory of Legal Concepts”, págs. 273 ss. Cf., además, M. Moritz, *Über Hohfelds System der juridischen Grundbegriffe*, pág. 102, quien también con respecto a una acción delictiva habla de una “*Befugnis*” en el sentido de una competencia.

¹⁶⁵ Cfr. al respecto, J. R. Searle, *Speech Acts*, págs. 33 ss.; J. L. Austin, “Performative Utterances” en del mismo autor, *Philosophical Papers*, 2a edición, Londres/Oxford/Nueva York 1970, págs. 233 ss.; A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 53 ss.; N. MacCormick, “Law as Institutional Fact”, págs. 105 ss., quien en lugar de acciones institucionales habla de “*institutional facts*”. J. L. Austin, *How to do Things with Words*, pág. 19, utiliza la expresión “*conventional acts*”.

¹⁶⁶ J. R. Searle, *Speech Acts*, pág. 33. También tales acciones pueden ser descriptas haciendo referencia a una regla. Esto sucede, por ejemplo, cuando una determinada acción es descripta como “asesinato”. También sin el § 211 del Código Penal Alemán, esta acción es lo que es; su cualificación como asesinato es tan sólo una de varias formas posibles de descripciones generales de acciones naturales que fue elegida a fin de coaverirla en una acción prohibida a través del establecimiento de una norma y vincular a ella consecuencias jurídicas.

Lo mismo vale para el ámbito del derecho. Quien interpreta el comportamiento de dos personas como la celebración de un contrato o el comportamiento de un grupo de personas como un acto legislativo presupone reglas que convierten las acciones naturales o sociales observables en acciones jurídicas¹⁶⁷. Estas reglas jurídicas constitutivas serán llamadas aquí "normas de competencia". Las normas de competencia deben ser contrapuestas a las normas de comportamiento. Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, como éstos, la capacidad de modificar posiciones jurídicas a través de actos jurídicos¹⁶⁸. Las normas de comportamiento no crean alternativas de acción que sin ellas serían imposibles sino que tan sólo califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades.

Han habido múltiples intentos de remitir las normas de competencia a normas de comportamiento o la modalidad jurídica de la competencia a permisiones, mandatos o prohibiciones. Estos intentos pueden dividirse en dos grupos. Al primero pertenecen los esfuerzos de considerar las consecuencias jurídicas del no cumplimiento de las normas de competencia —por lo general, la nulidad o la anulabilidad de las normas creadas— como una sanción y luego pensar que el cumplimiento de la norma de competencia es un medio para evitar esta sanción. Sin embargo, esta forma de ver las cosas —que puede ser perfectamente adecuada para ciertos planteamientos— no permite captar el carácter constitutivo de las normas de competencia. En las normas de comportamiento como reglas regulativas, existe un comportamiento que, primero, también puede existir sin la norma y, segundo, es calificado por la norma como ordenado, prohibido o permitido y, en ciertos casos, está vinculado con una sanción. Desde luego, este comportamiento posible con independencia de la norma no tendría, sin ella la propiedad de estar ordenado, prohibido o permitido y en muchos casos no llevaría los nombres de "lesión física", "coacción", etc. usados para vincularlo con las consecuencias jurídicas; pero, si la norma es válida, no es algo diferente de lo que sería si la

¹⁶⁷ Cfr. al respecto A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 56 s.

¹⁶⁸ Otra expresión igualmente adecuada al respecto es "norma de autorización"; cfr. K. Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, págs. 48 ss. Las normas de competencia pueden ser subordinadas en normas que establecen quién tiene la competencia (normas sobre el sujeto de la competencia), normas que regulan el procedimiento para el ejercicio de la competencia (normas procedimentales de competencia) y normas que determinan los objetos de la competencia (normas sobre el contenido de la competencia) (cfr. al respecto A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 130).

norma no fuera válida, aparte del hecho de que en este caso tiene la propiedad de estar prohibido, ordenado o permitido y de estar designado con expresiones tales como "lesión física", "coacción", etc. Totalmente distinto es el caso en las normas de competencia, debido a su carácter constitutivo. Sin las reglas de la legislación, sería por cierto posible que en una asamblea se realice la acción natural de levantar el brazo; también sería posible interpretar esta acción como manifestación de voluntad, pero ella no sería un acto legislativo¹⁶⁹. La distinción entre normas de comportamiento y normas de competencia se percibe con especial claridad en el caso de su incumplimiento. El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud sino a la nulidad o a la deficiencia del acto. Cuando un comportamiento que es el incumplimiento de una norma de competencia es, sin embargo, calificado de ilícito, se presupone a más de la norma de competencia, una norma de comportamiento que ordena el ejercicio correcto de la competencia.

Más importante que el primer grupo de los intentos reduccionistas es el segundo. En él hay que incluir todos los esfuerzos de concebir los hechos naturales o sociales que constituyen el supuesto de hecho de la norma de competencia como presupuestos de la validez de las normas de comportamiento. Ross lo expresa de la siguiente manera: "Norms of competence are logically reducible to norms of conduct in this way: norms of competence make it obligatory to act according to the norms of conduct which have been created according to the procedure laid down in them"¹⁷⁰. Es posible llevar a cabo esta reducción¹⁷¹ pero, con ella, se pierde algo que es esencial para el sistema jurídico¹⁷². No se aprehende la posición del titular de la competencia. Pero, esta posición tiene —en todo caso, para los sistemas jurídicos desarrollados— una importancia central¹⁷³. Ni la estructura escalonada del orden jurídico ni la autonomía privada pueden ser presentadas

¹⁶⁹ Para un mayor desarrollo de este argumento, cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, págs. 34 s.

¹⁷⁰ A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 118.

¹⁷¹ Las objeciones de Hart en contra de los intentos reduccionistas del segundo grupo se apoyan principalmente en el hecho de que "law without sanction is perfectly conceivable" (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pág. 38). Esta objeción no vale contra la versión aquí presentada. Ella prescinde del concepto de sanción.

¹⁷² Cfr. K. Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, pág. 19.

¹⁷³ Hart considera que la introducción de competencias legislativas y judiciales es un "step forward as important to society as the invention of the wheel" (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pág. 41).

adecuadamente por un modelo que se limita a elaborar cadenas de presupuestos para mandatos, prohibiciones y permisiones. Sin el concepto de competencia o uno equivalente, la posición de un ciudadano podría ser descrita sólo como la de un destinatario de mandatos, prohibiciones y permisiones (relacionales y no relacionales) y no como la de un legislador privado (*private legislator*)¹⁷⁴. Su competencia privada de creación del derecho sería concebible sólo como posibilidad fáctica de provocar consecuencias jurídicas a través de algún comportamiento. De esta manera, se pierde de vista aquello que distingue la competencia de la posibilidad de provocar consecuencias jurídicas a través de una acción delictiva.

Desde otra perspectiva, está justificada la tesis de la reducción. El contenido normativo de una competencia es idéntico a la clase de los mandatos, prohibiciones y permisiones (relacionales y no relacionales) que son posibles de acuerdo con ella¹⁷⁵. Así como la introducción de modalidades relacionales no modifica en nada la unidad del deber ser sino que sólo conduce a una cualificación del deber ser como deber ser relacional, tampoco trae consigo ninguna modificación la introducción del concepto de competencia. El concepto de deber obtiene simplemente una cualificación adicional en tanto deber ser posible.

3.5. Competencia, sujeción, no-competencia, no-sujeción

Una competencia es una posición conferida por una norma de competencia. Aquí será considerada tan sólo la posición que tiene un sujeto jurídico (*a*) cuando, sin que sean necesarias al respecto acciones de otros sujetos jurídicos¹⁷⁶, puede modificar la posición jurídica de otro sujeto jurídico (*b*). El que *a* puede modificar la posición jurídica de *b* significa que *a*, a través de su acción, puede crear una

¹⁷⁴ Cfr. H. L. A. Hart, loc. cit., pág. 40.

¹⁷⁵ Entre los mandatos, prohibiciones y permisiones posibles de acuerdo con una competencia *C₁*, se cuentan no sólo los mandatos, prohibiciones y permisiones que son directamente posibles de acuerdo con ella sino también aquéllos que lo son indirectamente. Un mandato es mediamente posible de acuerdo con *C₁* si de acuerdo con *C₁* puede fundarse otra competencia *C₂* y el mandato es posible según *C₂*. En principio, la cadena de subcompetencias es ilimitada.

¹⁷⁶ El ejemplo central de una competencia para cuyo ejercicio se requiere la acción de otro sujeto jurídico es la celebración de un contrato.

posición jurídica de *b* que, en circunstancias similares, no existiría sin esta acción. La posición de *a* puede, por lo tanto, ser descrita de la siguiente manera:

(1) *a* tiene frente a *b* la competencia para crear una posición jurídica *PJ* de *b*.

Si, de acuerdo con la relación triádica de los derechos, se utiliza "*C*" como operador triádico de competencia y "*PJb*" como enunciado sobre la posición de *b*, (1) puede tener la siguiente notación:

(2) *Cab (PJb)*.

"*PJ*" puede simbolizar posiciones jurídicas de cualquier tipo, por ejemplo, simples obligaciones no relacionales (*OaG*), derechos a algo (*DabG*) o libertades (*LabG*) pero, también competencias de nivel inferior (*C'bc (PJc)*).

Al igual que en el caso de los derechos a algo, también es posible formar relaciones conversas en las competencias. La relación conversa a la competencia será llamada "sujeción". Si *a* tiene frente a *b* la competencia para modificar una posición de *b*, *b* se encuentra frente a *a* con respecto a esta posición en una relación de sujeción y viceversa. Si se simboliza con "*S*" la relación de la sujeción, vale entonces:

(3) *Cab (PJb) ↔ Sba (PJb)*.

Se obtienen otras dos posiciones si se niegan "*Cab (PJb)*" y "*Sba (PJb)*":

(4) *¬Cab (PJb)*

simboliza un enunciado acerca de que *a* no posee frente a *b* ninguna competencia con respecto a *PJb*. Esta posición será llamada "no-competencia".

(5) *¬Sba (PJb)*

simboliza un enunciado acerca de que *b* no se encuentra frente a *a* con

¹⁷⁷ Cfr. al respecto, A. Ross, *Directives and Norms*, págs. 119, 132. Hohfeld habla de "liability" (W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", pág. 36).

respecto a *PJb* en una relación de sujeción. Esta posición será llamada “no-sujeción”. Siguiendo el esquema de Hohfeld, las cuatro posiciones presentadas pueden ser resumidas en el siguiente esquema de la competencia:

IV.	<i>Cab (PJb)</i> (competencia)	↔	<i>Sba (PJb)</i> (sujeción)
	¬ <i>Cab (PJb)</i> (no-competencia)	↔	¬ <i>Sba (PJb)</i> (no-sujeción) ¹⁷⁸

3.6. Derechos fundamentales y competencias

El concepto de competencia es indispensable para aprehender la estructura de los derechos fundamentales. Esto vale tanto con respecto a las competencias del ciudadano como con respecto a las del Estado.

3.6.1. Competencias del ciudadano

No puede haber ninguna duda de que existen competencias del ciudadano que gozan de protección iusfundamental. El legislador violaría normas de derecho fundamental si derogara la competencia de celebrar matrimonio, fundar asociaciones, adquirir propiedad o tomar disposiciones de última voluntad. Desde luego, con esto no se ha dicho mucho acerca del papel de las competencias dentro del marco de las posiciones iusfundamentales. Para poder evaluarlas más exactamente, hay que precisar su relación con los derechos a algo y con las libertades. Instructiva al respecto es una resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1969¹⁷⁹. La Ley sobre transacciones inmobiliarias limita la competencia para enajenar y adquirir libremente campos dedicados a la agricultura o a la silvicultura. Mientras que en

¹⁷⁸ Cfr. W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions", págs. 36, 50 ss. Hohfeld utiliza las expresiones "power" (competencia), "liability" (sujeción), "disability" (no-competencia) e "immunity" (no-sujeción). Una terminología parecida a la aquí utilizada se encuentra en Ross: "competence" (competencia), "subjection" (sujeción), "disability" (no-competencia) e "immunity" (no-sujeción); cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, pág. 119.

¹⁷⁹ BVerfGE 26, 215.

un fallo anterior, el Tribunal había dejado abierta la cuestión de saber si la competencia para *adquirir* la propiedad —hablaba allí de "libertad de adquisición"— está protegida por el artículo 14 párrafo 1 LF¹⁸⁰, en esta decisión coloca la competencia para *enajenar* la propiedad bajo la protección del artículo 14; esto tiene como consecuencia que para la derogación de determinadas competencias, tales como la competencia para enajenar libremente campos dedicados a la agricultura y la silvicultura, se requiere un fundamento de limitación. Aquí es sólo relevante el hecho de que, de esta manera, se supone un derecho fundamental *prima facie*¹⁸¹ a una competencia. Este derecho tiene la estructura del derecho a la no eliminación de una posición, analizado más arriba. Es interesante la forma como el Tribunal fundamenta este derecho a una competencia: "Esta competencia es también un elemento constitutivo básico de la libertad de acción en el ámbito del orden de la propiedad. Por lo tanto, una prohibición de enajenación es una de las intervenciones más graves en este ámbito de la libertad del ciudadano"¹⁸². Inmediatamente antes se dice que el artículo 14 párrafo 1 frase 1 LF garantiza "la propiedad privada como institución jurídica". Al respecto se dice: "Esta garantía asegura un conjunto básico de normas que circunscriben la propiedad en el sentido de esta disposición de derecho fundamental". Con esto, el derecho a una competencia es vinculado con el concepto de una garantía institucional y con el concepto de libertad.

El núcleo dogmático de la teoría de la garantía institucional concebida por Martin Wolff¹⁸³, ampliada por Carl Schmitt¹⁸⁴ y receptada por el Tribunal Constitucional Federal¹⁸⁵, es una prohibición dirigida al legislador en el sentido de no eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas del derecho privado. Las instituciones jurídicas del derecho privado son complejas de normas que consisten esencialmente en normas de competencia. La garantía institucional es, pues, en primera línea, una prohibición dirigida al

¹⁸⁰ BVerfGe 21, 73 (76 s.).

¹⁸¹ Con respecto al concepto de derecho fundamental *prima facie*, cfr. supra Capítulo 3. I. 5., II. 3.1.

¹⁸² BVerfGE 26, 215 (222).

¹⁸³ M. Wolff, "Rechtsverfassung und Eigentum" en *Festgabe f. W. Kahl*, Tübinga 1923, págs. 5 s.

¹⁸⁴ C. Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Rechtsverfassung" en del mismo autor, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, págs. 160 ss.

¹⁸⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 6, 55 (72).

legislador de no eliminar determinadas competencias del ciudadano. Si a esta prohibición no corresponde ningún derecho del ciudadano, la protección es (meramente) objetiva. La teoría de la garantía institucional se limita a la aseveración de que existe una tal protección objetiva. Si a la prohibición corresponden derechos del ciudadano, entonces la protección es (también) subjetiva. Al suponer el Tribunal Constitucional Federal un derecho *prima facie* derivado del artículo 14 párrafo 1 LF a la no eliminación de la competencia para enajenar la propiedad, subjetiviza, en cierta medida, la protección del instituto jurídico.¹⁸⁶ Más adelante, se analizará en qué medida la protección de instituciones jurídicas de derecho privado ha de ser subjetivizada a través del reconocimiento de derechos a competencias.

Cuanto más individualista es una teoría normativa de los derechos fundamentales, tanto más derechos a competencias supondrá. La razón para ello es la relación entre libertad y competencia. En la resolución presentada, el Tribunal lo expresa —como ya se señalara— con las siguientes palabras: “Esta competencia es también un elemento constitutivo básico de la libertad de acción en el ámbito del orden de la propiedad”¹⁸⁷. Más arriba fue mencionada la tesis de Jellinek según la cual las competencias jurídicas “agregan algo a la capacidad de acción del individuo que éste no posee por naturaleza”¹⁸⁸. Con esto se formula el punto central para la relación entre libertad y competencia: mediante el otorgamiento de competencias, se amplía el campo de acción del individuo. Si se presupone que el ejercicio de la competencia no será ni ordenado ni prohibido, una ampliación de las competencias del individuo significa un aumento de su libertad jurídica. Por ello, el no otorgamiento o la eliminación de una competencia es un obstáculo a la libertad y, por cierto, de un tipo especialmente eficaz. Por razones *conceptuales*, hace desaparecer el objeto de la libertad (realizar o no realizar el acto jurídico). La libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto.

También en otro punto tiene interés la relación de la competencia con la libertad jurídica. Mientras que en el otorgamiento de una libertad jurídica —es decir, cuando permite hacer u omitir algo— el orden jurídico se comporta pasivamente frente a la alternativa de acción, en

el otorgamiento de una competencia se comporta activamente; crea una alternativa de acción. El otorgamiento de competencias, sean éstas de derecho privado (por ejemplo, adquisición de la propiedad) o de derecho público (por ejemplo, derecho electoral), es sólo una de las tres formas como el orden jurídico puede aumentar activamente el campo de acción y, con esto, la libertad negativa del individuo. Las otras dos formas son el establecimiento de normas protectoras, especialmente normas de derecho penal que se encargan de que terceros no obstaculicen el goce de alternativas de acción, y el otorgamiento de derechos a prestaciones en sentido estricto, que deben asegurar el uso de la posibilidad fáctica de alternativas de acción. Por cierto, el derecho, al crear activamente libertades, crea siempre también —mediata o inmediatamente— no-libertades. El uso de competencias conduce a deberes como así también a no-derechos y no-competencias; las normas del derecho penal que confieren libertades eliminan la libertad jurídica de realizar las acciones prohibidas, y el cumplimiento de derechos a prestaciones sociales presupone que el Estado toma de otros lo necesario para su cumplimiento, lo que limita su campo de acción fáctico. Esto no modifica en nada el hecho de que las libertades activamente creadas son libertades. Pero, conduce a la cuestión de la distribución correcta de libertades.

3.6.2. Competencias del Estado

La contrapartida de la competencia del ciudadano es la del Estado, es decir, sus órganos. Aquí entran en juego normas iusfundamentales como normas de competencia negativas¹⁸⁹. Una norma de competencia negativa es una norma que limita una norma de competencia positiva¹⁹⁰. Se puede también decir que las normas de competencia

¹⁸⁶ Para la clasificación de las normas de derecho fundamental como normas negativas de competencia, cfr., por ejemplo, H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961, págs. 29 ss.; del mismo autor, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation” en *VVDStRL* 20 (1963), págs. 89 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 291; Fr. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, pág. 142; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 219; P. Häberle, “Grundrechte im Leistungsstaat”, pág. 135; E. W. Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, pág. 1530.

¹⁸⁷ Cuáles problemas puede traer consigo la caracterización de las normas de derecho fundamental como normas negativas de competencia lo muestra la siguiente manifestación de Goerlich: “Pues los derechos fundamentales en tanto libertades son

¹⁸⁸ Cfr. infra Capítulo 9. III. 5.1.

¹⁸⁷ BVerfGE 26, 215 (222).

¹⁸⁸ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 47.

negativas estan en cláusulas de excepción a las normas de competencia positivas. De esta manera, colocan al Estado en la posición de no-competencia y a los ciudadanos en la de no-sujeción. Puede preguntarse si es necesario hablar de este tipo de posiciones y, con ello, de normas de competencia negativas. Si, frente al Estado, el ciudadano se encuentra en la posición iusfundamental de no-sujeción, tiene siempre frente al Estado un derecho a que el Estado no intervenga en el ámbito de la no-sujeción. A este derecho corresponde una prohibición dirigida al Estado de no intervenir en el ámbito de no-competencia definido por las normas iusfundamentales. Sin embargo, no sólo es posible y no perjudicial hablar de normas de competencia negativas y, con ello, de no-sujeciones y no-competencias, sino que también es funcional hacerlo. En caso contrario, la deficiencia de los actos de imposición de normas, que caen en el ámbito de la no-competencia, podría ser explicada sólo a medias. Por lo pronto, habría que catalogarlos sólo como prohibidos. La deficiencia tendría que ser interpretada como consecuencia jurídica, no de un traspaso de competencia, sino de una violación de una prohibición. En cambio, si se acepta tanto una norma de prohibición como una norma de competencia negativa, entonces con la ayuda de la primera se puede explicar sin mayor problema la calificación de prohibida y con la ayuda de la segunda, la calificación de defectuosa.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL COMO UN TODO

Hasta ahora interesaban sólo posiciones iusfundamentales indivi-

jurisdicciones (*Befugnisse*) originarias; las competencias, en cambio, jurisdicciones derivadas del orden democrático o federativo. En tanto 'normas negativas de competencia', los derechos fundamentales no serían primariamente libertades sino sólo derechos subjetivos de jurisdicción limitada, serían, pues, como las competencias determinadas con esta descripción sólo negativamente y no desde la cosa" (H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, pág. 20). ¿Por qué deberían ser los derechos fundamentales (normas de derecho fundamental) como normas negativas de competencia "sólo derechos subjetivos de jurisdicción limitada"? En tanto normas negativas de competencia, limitan la competencia del Estado. En la medida en que lo hacen, colocan al titular del derecho fundamental en la posición de no-sujeción. Esta posición es todo menos una "jurisdicción limitada". Está más bien caracterizada por el hecho de que el titular de la posición, en la medida en que se extiende la norma de competencia negativa, no está sometido a mandatos y prohibiciones, es decir, es libre.

duales. Quien habla de un derecho fundamental por ejemplo, a la vida o a la libertad de opinión, se refiere, por lo general, no sólo a posiciones individuales sino al derecho fundamental como un todo. Pero, ¿qué es un derecho fundamental como un todo? La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales. Queda abierta la cuestión de saber qué es lo que reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental. Una vez más, la respuesta más simple reza: su adscripción a una disposición de derecho fundamental. A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren.

Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental. Desde luego, como habrá de mostrarse, con ello se ha captado sólo un aspecto de un concepto completo del derecho fundamental como un todo.

Para lograrlo, es aconsejable echar una rápida mirada a un ejemplo. A causa de la pluralidad de las posiciones que en él se manejan, resulta adecuado al respecto el fallo sobre la Ley introductoria a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia, al que se recurriera cuando se analizó el problema de la adscripción¹⁹¹. Por lo que respecta al costado del ciudadano, se habla allí de tres posiciones de un tipo muy diferente: de una *libertad jurídica* para realizar las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia¹⁹², de un *derecho* frente al Estado para que éste no obstaculice las acciones que *caen dentro* del ámbito de la ciencia¹⁹³, es decir, de un *derecho a acciones negativas* del Estado (derecho de defensa) que protege la *libertad jurídica*, y de un *derecho a acciones positivas* del Estado que *protege la libertad jurídica*. Esto último juega un papel central en el fallo. El Tribunal lo formula con las siguientes palabras: "Al titular individual del derecho fundamental del artículo 5 párrafo 3 LF le surge, de la decisión valorativa, un derecho a tales medidas estatales, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por disposiciones de derecho fundamental, porque son las que le posibilitan una libre actividad científica"¹⁹⁴. En este

¹⁹¹ BVerfGE 35, 79; cfr. al respecto A. Sattler, "Die Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Vorschriften über die Organisation der Hochschulen" en *Fschr. f. W. Weber*, editado por H. Schneider V. Götz, Berlin 1974, págs. 323 ss.

¹⁹² BVerfGE 35, 79 (112 s.).

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ BVerfGE 35, 79 (116).

enunciado, la formulación del derecho está vinculada con su fundamentación. Aquí habrá de interesar, por lo pronto, sólo el derecho. En él merece ser tenida en cuenta la forma como son descritas las acciones del Estado que constituyen su objeto. La descripción se lleva a cabo de forma tal que las acciones son colocadas en una relación medio/fin¹⁹⁵. El titular del derecho fundamental deberá tener un derecho a las acciones del Estado que "son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por disposiciones iusfundamentales", es decir, son necesarias. Mejor no puede expresarse que se trata aquí de la protección subjetiva positiva¹⁹⁶ de una libertad.

Por lo que respecta al costado del Estado, el Tribunal formula en un nivel abstracto el mandato de "otorgar al titular del derecho individual del artículo 5 párrafo 3 LF, a través de adecuadas estructuras liberales de la universidad, tanta libertad en su actividad científica como sea posible tomando en cuenta las tareas de la universidad y los intereses de los diferentes titulares de derechos fundamentales que trabajan en la universidad"¹⁹⁷. El mandato expresa claramente el carácter de principios de las normas de derecho fundamental. A la concreción del derecho a acciones positivas presentado más arriba, se llega a través de la formulación de deberes definitivos del Estado relativamente especiales. Así, se formula primero el mandato de tomar en cuenta la posición especial del profesor universitario en la organización de la libertad de la ciencia¹⁹⁸. Con respecto a la enseñanza, esto se concreta en el mandato de una influencia decisiva y para la investigación en el mandato de una influencia fundamental¹⁹⁹. Finalmente, en el nivel directamente concreto, se formulan prohibiciones que se refieren a las relaciones de mayoría y a los procedimientos de decisión de los órganos universitarios como así también a la integración de los grupos²⁰⁰. Este tipo de prohibiciones, por ejemplo, que los profesores universitarios en las comisiones de designación de nuevos profesores no pueden quedar reducidos a un simple voto en minoría²⁰¹, tienen un carácter de regla que no puede ser más claro.

¹⁹⁵ El Tribunal habla expresamente de una "conexión causal entre normas organizativas [...] y afectaciones del libre ejercicio de la investigación y la enseñanza" (BVerfGE 35, 79 (120)).

¹⁹⁶ Cfr. supra Capítulo 4. II. 2.2.2.2.

¹⁹⁷ BVerfGE 35, 79 (123 s.).

¹⁹⁸ BVerfGE 35, 79 (126 s.).

¹⁹⁹ BVerfGE 35, 79 (131 s.).

²⁰⁰ BVerfGE 35, 79 (139, ss.).

²⁰¹ BVerfGE 35, 79 (145).

Estos pocos ejemplos ponen ya de manifiesto cuán amplio y variado es aquello que puede ser ensamblado en un derecho fundamental como un todo. Las normas y posiciones presentadas pueden ser divididas de acuerdo con tres puntos de vista: (1) según las posiciones de que se trate en el sistema de las posiciones jurídicas básicas, (2) según su grado de generalidad y (3) según que tengan el carácter de reglas o principios, es decir, si son posiciones definitivas o *prima facie*. Entre estas normas y posiciones existen relaciones de tipo muy diferente. Es fácil distinguir tres relaciones que van más allá de la mera pertenencia al haz: una relación de precisión, una relación medio/fin y una relación de ponderación. Un ejemplo de una *relación de precisión* es la que existe entre la libertad jurídica de hacer todo "aquel que por su contenido y forma debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad" y la libertad de la elección del planteamiento del problema y de las máximas metodológicas²⁰². A la *relación medio/fin* se ha hecho una breve referencia más arriba. Ella juega un papel decisivo especialmente en las normas de organización y procedimiento. Las relaciones de mayoría no tienen, en tanto tales, nada que ver con las acciones de investigación pero pueden influir en ellas. Para dar un ejemplo más: la omisión de indicaciones en los exámenes de Estado, en tanto tal, no tiene nada que ver con la elección y práctica de la profesión por parte del examinando, pero puede influir en ellas²⁰³. En una gran parte de la discusión sobre derechos fundamentales como garantías de procedimiento²⁰⁴, de lo que se trata es de la incorporación de posiciones procedimentales en el derecho fundamental como un todo, a través de una relación medio/fin. La más interesante es la *relación de ponderación*. Puede jugar un papel en el marco de la relación de precisión para la fundamentación de una determinación de significado, y en el marco de la relación medio/fin para la selección y exclusión de fines, como así también para la exclusión de medios. Pero también puede darse fuera de estas relaciones. La *relación de ponderación* consiste en la relación que se corresponde con la ley de colisión, entre una posición *prima facie* y una posición definitiva. Y, para pasar de la una a la otra, hay que comparar la posición *prima facie* con otras posiciones *prima facie* como así también con principios que no se refieren a posiciones ju-

²⁰² BVerfGE 35, 79 (113).

²⁰³ Cfr. BVerfGE 52, 380 (388 ss.).

²⁰⁴ Cfr., con numerosas referencias, H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrsgarantien*, Baden-Baden 1981.

rídicas de los individuos sino a bienes colectivos. El Tribunal Constitucional Federal expresa esto en el mencionado fallo con las siguientes palabras: "Sin embargo, la obligación del Estado de realizar la máxima medida alcanzable de libertad en la actividad científica tropieza con los límites naturales que resultan de la confluencia de las pretensiones de varios titulares de derechos fundamentales y del tomar en cuenta otros intereses relevantes de la comunidad"²⁰⁵.

Si se parte del hecho de que el grado de generalidad no es ninguna razón a favor o en contra de la inclusión de una posición en el derecho fundamental como un todo, hay cuatro cosas que podrían ser llamadas "derecho fundamental como un todo": (1) un haz de posiciones definitivas, (2) un haz de posiciones definitivas, inclusive las relaciones que existen entre ellas, (3) un haz de posiciones definitivas y *prima facie* y (4) un haz de posiciones definitivas y *prima facie*, inclusive las relaciones que existen entre ellas. Más arriba se expuso que las normas de derecho fundamental tienen un doble carácter, lo que quiere decir, entre otras cosas, que a las disposiciones iusfundamentales están adscriptas tanto reglas como principios²⁰⁶. Esto significa que en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como *prima facie*. Agregarle las relaciones en las cuales se encuentran recíprocamente las posiciones no sólo es posible y no perjudicial sino también necesario si se quiere obtener un concepto teóricamente interesante del derecho fundamental como un todo, es decir, un concepto que tiene como contenido algo más que sólo un ensamblamiento aditivo de posiciones. Por ello, un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas recíprocamente en las tres formas descritas y adscriptas a una disposición iusfundamental.

Un derecho fundamental como un todo de este tipo es algo básicamente distinto a un derecho fundamental como un todo que consiste sólo en una conjunción de posiciones definitivas. Este tiene un carácter estático; aquél, un carácter dinámico. El uno es el resultado provvisorio de un proceso de decisión y argumentación que debe ser situado fuera del derecho fundamental; el otro incluye exigencias que van más allá de lo existente, entra, por ello, en colisión con otros derechos fundamentales y con principios referidos a bienes colectivos y, de esta manera, está necesariamente vinculado con su entorno normativo.

²⁰⁵ BVerfGE 35, 79 (122).

²⁰⁶ Cfr. supra, Capítulo 3. II. 3.3.

Además, contiene razones para sus propias posiciones definitivas. Para el uno, la decisión valorativa, de la que habla el Tribunal Constitucional Federal²⁰⁷, está incluida bajo la forma de principios; para el otro, la decisión definitiva es algo externo.

El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de medio/fin y de ponderación. Esto no significa que no pueda ser objeto de discusión qué es lo que hay que ensamblar en un derecho fundamental como un todo. La polémica acerca de qué es lo que pertenece a un derecho fundamental tiene su *pendant* en la polémica acerca de qué normas deben ser adscriptas a las disposiciones iusfundamentales en tanto normas de derecho fundamental. Así, sobre la base del mandato formulado por el Tribunal Constitucional Federal en el sentido de que el Estado tiene no sólo que facilitar los medios organizativos sino también los medios personales y financieros para una "libre actividad científica"²⁰⁸, se puede llegar a mandatos concretos muy diferentes. Se puede proceder también más radicalmente y poner en duda que tales mandatos estén adscriptos al artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF y sostener que al Estado le está ciertamente permitido pero no ordenado encargarse del funcionamiento de las instituciones científicas; que podría dejar el cultivo de la ciencia totalmente librado a la iniciativa privada, a la que no podría obstaculizar. Esto pone claramente de manifiesto que, dentro del marco de la pregunta acerca de qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de la interpretación de los derechos fundamentales.

²⁰⁷ BVerfGE 35, 79 (114, 116).

²⁰⁸ BVerfGE 35, 79 (115).

Capítulo quinto

Derecho fundamental y status

I. LA TEORIA DEL STATUS DE JELLINEK

El derecho fundamental como un todo es, como lo muestra el último ejemplo analizado, un haz de posiciones de diferente contenido y diferente estructura. Este tipo de posiciones totales concretas tiene que ser distinguido de las posiciones totales abstractas. El paradigma de una teoría de posiciones totales abstractas es la teoría del status de Georg Jellinek. Su consideración está justificada no sólo por su importancia histórica como ejemplo de una gran conceptualización y teorización jurídicas. En la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales¹. Como habrá de mostrarse, partes esenciales de ella se cuentan entre los conocimientos seguros en el ámbito de los derechos fundamentales, algo que ya significa mucho en un campo tan controvertido. La vigencia de la teoría del status de Jellinek se muestra en intentos como los de Häberle de eliminar, como él dice, "su cabeza del Absolutismo tardío,

¹ Cfr. sobre todo Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Observación preliminar A II 3 (págs 58 ss.); W. Schmitt Glaeser, *Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf*, Bad Homburg/Berlín/Zúrich 1968, págs. 83 ss.; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 10 ss., 201 ss., 278 ss.; C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes" en *JuS* 1981, págs. 239 ss.

y colocarla sobre pies democráticos"², como así en también en las construcciones de *status* competitivos o complementarios como la del *status constitutens* de Denninger³, del *status* de derecho constitucional y de derecho político general de Hesse⁴, del *status activus processualis* de Häberle⁵ y del *status libertatis* de Grabitz⁶.

Jellinek distingue cuatro *status*, el *pasivo* o *status subjectionis*, el *negativo* o *status libertatis*, el *positivo* o *status civitatis* y el *activo* o *status* de la ciudadanía activa⁷.

Jellinek describe de variada manera qué es un *status*. Importancia central tiene su caracterización como "una relación con el Estado que califica al individuo"⁸. Un *status* es pues una *relación* del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características. En tanto relación que *califica al individuo*, el *status* debe ser una *situación*⁹ y, en tanto tal, distinguirse de un *derecho*¹⁰. Ello es así porque, como Jellinek lo expresa, tiene como contenido el "ser" jurídico y no el "tener" jurídico de una persona¹¹. Qué es lo que Jellinek entiende por "ser" y "tener" lo muestran sus ejemplos. Así, al dotar a una persona del derecho de sufragio y del derecho a adquirir libremente la propiedad, se modifica su *status* y, con ello, su *ser*¹², mientras que la adquisición de un determinado inmueble sólo afecta su tener. Estas descripciones generales son poco claras. El concepto se vuelve más preciso dentro del marco de su división en las cuatro "relaciones de *status*"¹³.

² P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 80.

³ E. Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, Francfort del Meno 1968, págs. 33 ss.; del mismo autor, *Staatsrecht* I, págs. 28 ss.

⁴ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 280.

⁵ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", págs. 52, 81.

⁶ E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, Túbinga 1976, pág. 245.

⁷ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a edición, Túbinga 1905, págs. 86 s.; cfr., además, del mismo autor, *Allgemeine Staatslehre*, 7a reimprección de la 3a edición (1914), Bad Homburg 1960, págs. 418 ss.

⁸ Del mismo autor, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 83: "Teóricamente, la personalidad es una relación con el Estado que califica al individuo. Por ello, jurídicamente es una situación, un *status*". En la pág. 118, Jellinek habla de una "relación entre el individuo y el Estado que se condensa en un *ser*". A ello responde la caracterización de Wolff como "calificación esencial de una persona" (H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I, 32 IV a).

⁹ Ibídem, pág. 83.

¹⁰ Ibídem, págs. 83 s.

¹¹ Ibídem, pág. 84.

¹² Ibídem.

¹³ Ibídem, pág. 86.

1. El *status pasivo*

El *status pasivo*, el *status subjectionis*, es tratado con relativa brevedad. En él, el individuo ha de encontrarse en virtud de su "suminisión al Estado, [...] dentro de la esfera del deber individual"¹⁴. Esto admite dos interpretaciones. Según la primera, el hecho de que *a* se encuentre en un *status pasivo* significa simplemente que existen mandatos o prohibiciones estatales *cualesquiera* a los que está sometido *a*, o algunos mandatos o prohibiciones jurídicos que pueden existir legítimamente, es decir, que el Estado tiene frente a *a* la competencia para dictar mandatos o prohibiciones cualesquiera que afecten a *a*, lo que significa que *a* se encuentra frente al Estado en la posición de sujeción definida más arriba¹⁵. De acuerdo con la segunda interpretación, el *status pasivo* de una persona consiste en la *totalidad* o clase de los mandatos y prohibiciones que le impone el Estado, o en la *totalidad* o clase de los mandatos y prohibiciones para cuya imposición el Estado es competente. De acuerdo con la primera interpretación, el *status* no cambia cuando cambian los mandatos y prohibiciones que afectan al individuo o la competencia del Estado para dictarlos; el *status individual* puede sólo cesar de existir cuando ningún mandato y ninguna prohibición afectan al individuo y el Estado no tiene competencia para imponerlos. En cambio, según la segunda interpretación, toda modificación de los mandatos o prohibiciones o de la competencia del Estado para imponerlos conduce a una modificación del *status*.

Manifestaciones de Jellinek tales como que "la relación entre individuo y Estado condensada en el ser [...] (permanece) inmutable cualquiera que sea el contenido que pueda dársele"¹⁶ y que un "status [...] por ello, nunca puede ser definido por su contenido"¹⁷ muestran que sólo la primera interpretación responde a sus intenciones.

Desde luego, existe una vinculación entre la primera y la segunda interpretación. Si *a* no está sometido, por lo menos, a un determinado mandato o prohibición estatales y el Estado no tiene la competencia para imponerle a *a*, al menos, un determinado mandato o prohibición, *a* no se encuentra en el *status pasivo*. Que *a* se encuentra en el *status pasivo* significa, pues, nada más que se encuentra en alguna posición determinada, describible con la ayuda de las modalidades del manda-

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Capítulo 4. II. 3.5.

¹⁶ Ibidem, pág. 118.

¹⁷ Ibidem.

to, la prohibición y la competencia o su conversa, la sujeción. Lo que está ordenado o prohibido puede variar, al igual que el objeto de la competencia o de la sujeción. Por lo tanto, hay que distinguir entre el contenido del *status* y el *status* en tanto tal. El contenido del respectivo *status* pasivo de *a* puede ser siempre descrito a través de la indicación de un haz de posiciones del tipo indicado. El *status* pasivo de *a* en tanto tal es aquello que permanece siendo lo mismo cuando cambia el número o el contenido de las posiciones que constituyen ese haz. Por lo tanto, el concepto del *status* pasivo es una *abstracción* de determinadas posiciones totalmente describibles con la ayuda de las modalidades presentadas y, en este sentido, reducibles a las modalidades normativas¹⁸.

¹⁸ Según Wolff, el *status* es "un concepto de derechos y deberes potenciales" (H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I, § 32 IV a), el *status* pasivo "el concepto propiamente dicho de todos los deberes potenciales de las personas civiles frente al Estado" (del mismo autor, loc. cit., 32 IV c 1). La expresión "deber potencial" es ambigua. En su sentido más amplio, significa todo deber *concebible* que pueda afectar a un individuo. No puede suponerse que Wolff lo utiliza en este sentido. En caso contrario, el *status* pasivo sería la clase de todos los deberes posibles. Se obtiene el significado estrecho si por "deberes potenciales" se entiende la clase de todos los deberes que el Estado, en virtud de las *competencias* que posee en un determinado sistema jurídico, puede imponer a los individuos que le están sometidos. Como Wolff, para la explicación del carácter potencial, no habla de competencias y sujetos, sino que afirma que los deberes potenciales se actualizan "según las diferentes situaciones sociales, en cambiantes manifestaciones" (op. cit. § 32 IV a), hay que hacer jugar un tercer significado, es decir, que los deberes potenciales son deberes *condicionados* o hipotéticos, por lo general de carácter relativamente general. Así, todo propietario de una cosa, cuando ella representa un peligro para la seguridad o el orden públicos, tiene el deber condicionado o hipotético de eliminarla. Como deber condicionado, este deber vale también cuando la cosa se encuentre en orden. Este deber condicionado se convierte en un deber incondicionado o categórico cuando se presenta la situación en la cual la cosa se vuelve peligrosa. El que la definición del *status* pasivo de Wolff responde, en una de estas interpretaciones del concepto de deber potencial, a la intención de Jellinek depende de lo que entienda Wolff por "concepto propiamente dicho". Si, de acuerdo con el uso habitual de este concepto, entiende por ello una totalidad en el sentido de una clase, ello no responde a lo que quiere decir Jellinek. El *status* pasivo no es ni la *clase* de los deberes incondicionados, ni de los potenciales con respecto a una competencia, ni de los deberes meramente posibles, sino una *abstracción* sobre clases de deberes. Si Wolff entiende por "concepto propiamente dicho" una tal abstracción —algo que la expresión no sugiere pero, que sería siempre posible— entonces su definición responde a la intención de Jellinek sólo si ella se refiere a los deberes potenciales no sólo en el tercero sino también en el segundo sentido, como así también a los deberes incondicionados. Así pues, la definición de Wolff del *status* pasivo responde a la dada en el texto sólo si "concepto propiamente dicho" ha de ser entendido como

2. El *status* negativo

El concepto de *status* pasivo es relativamente no problemático. Ello no puede decirse del concepto de *status* negativo. Un problema central teórico-estructural de este concepto puede ser formulado con la pregunta acerca de si el *status* negativo es algo que consiste exclusivamente en posiciones libres, es decir, libertades jurídicas no protegidas en el sentido definido¹⁹, o si pertenecen a él también protecciones a través de derechos a no estorbamiento. Cuando en la literatura se habla del *status* negativo, por lo general se hace referencia a derechos de defensa, es decir, a derechos a acciones negativas frente al Estado. Sin embargo, a ello se oponen las consideraciones de Jellinek.

Jellinek aclara el concepto de *status* negativo con las siguientes muy citadas palabras: "Al miembro del Estado le corresponde, pues, un *status* en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el Imperium. Es el de la esfera individual de la libertad, del *status* negativo, del *status libertatis*, en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo"²⁰. Por lo tanto, un *status* negativo consiste en una esfera de libertad individual. Pero, según Jellinek, la esfera de libertad individual es la clase "de las acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado"²¹. Una acción habrá de ser jurídicamente irrelevante para el Estado si, al menos por lo que se refiere a la relación Estado/ciudadano, "no está en condiciones de provocar [...] un efecto jurídicamente relevante"²². Como ejemplo de acciones jurídicamente irrelevantes, presenta Jellinek la publicación de un impresos, el disfrute del propio vino y el pasear por su propio solar. Con la publicación de un impresos podría, por cierto, estar vinculada la celebración de un contrato con una editorial; pero esta acción tiene efectos sólo frente a terceros. Ello no alteraría la irrelevancia jurídica de la publicación del impresos con respecto a la relación con el Estado.

Lo que Jellinek llama "irrelevancia jurídica"²³ no es nada más que

abstracción y si su concepto de deberes potenciales abarca los deberes potenciales tanto en el segundo como en el tercer sentido y también los deberes incondicionados.

¹⁹ Capítulo 4. II. 2.2.1.

²⁰ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 87.

²¹ Ibídem, pág. 104.

²² Ibídem, pág. 46.

²³ En vez de acciones jurídicamente irrelevantes, habla Jellinek también de acciones "jurídicamente indiferentes" (op. cit., pág. 46).

la más arriba presentada posición libre que, a su vez, en tanto liberación jurídica, es lo mismo que la libertad jurídica no protegida²⁴. Una acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su realización como su omisión están permitidas. Desde luego, Jellinek desea referir las expresiones "permitir" y "poder hacer o ser" a algo diferente, es decir, a las acciones jurídicamente relevantes en relaciones del mismo orden, o sea, a las relaciones ciudadano/ciudadano²⁵. No es necesario entrar aquí en los múltiples problemas de esta tesis²⁶. En todo caso, con respecto a la derogación de una prohibición, Jellinek habla también de una permisión "puramente negativa"²⁷ y, según su sistema, las acciones jurídicamente irrelevantes no están ni ordenadas ni prohibidas. Aquí cabe, pues, constatar que la modalidad de la irrelevancia de Jellinek es la misma que la de la liberación elaborada más arriba.

Que el status negativo de Jellinek consiste exclusivamente en posiciones libres, es decir, en libertades jurídicas no protegidas, es confirmado por manifestaciones de Jellinek con respecto a su protección a través de derechos de no impedimento frente al Estado, es decir, con respecto a lo que comúnmente es llamado "derecho de defensa". Según Jellinek, el status negativo "está protegido porque el individuo tiene un derecho a su *reconocimiento* y a las autoridades estatales les está prohibida toda perturbación del mismo, es decir, toda imposición de una orden o de una coacción que no esté legalmente fundamentada"²⁸; pero, esta pretensión debe pertenecer "como cualquiera referida a un determinado comportamiento estatal, al *status positivo* del individuo"²⁹. Habrá de verse que la inclusión de Jellinek del derecho a no

²⁴ La irrelevancia jurídica de Jellinek no debe, pues, ser equiparada a la irrelevancia fáctica. Si está permitido participar en la vida política como así también dejar de hacerlo, entonces, en el sentido de Jellinek, la participación en la vida política es jurídicamente irrelevante para el Estado. Pero, para un Estado democrático es fácticamente muy relevante el que, al menos, existan algunos ciudadanos que participen en la vida política. Pero, de la relevancia fáctica, no se infiere ninguna relevancia jurídica en el sentido de Jellinek. Desde luego, acciones fácticamente relevantes pueden ser convertidas en jurídicamente relevantes. Si ello se realiza a través de la interpretación, entonces la relevancia fáctica puede ser aducida como argumento para la relevancia jurídica.

²⁵ Ibídem, págs. 46, 49.

²⁶ Cfr. al respecto, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, págs. 632 ss.

²⁷ G. Jellinek, op. cit. pág. 46.

²⁸ Ibídem, pág. 105.

²⁹ Ibídem (subrayado de R. A.).

impedimento en el status positivo no deja de ser problemática: el derecho de defensa tiene en su sistema un carácter oscilante.

Si se parte de que al status negativo sólo pertenecen libertades jurídicas no protegidas, el concepto de status negativo puede fácilmente ser definido en concordancia con el de status pasivo. Al igual que en el caso del status pasivo, también en el status negativo puede distinguirse entre la totalidad de las libertades (jurídicas no protegidas) de un individuo y lo que éste es cuando posee algunas libertades (jurídicamente no protegidas). El concepto de status negativo es, como el de status pasivo, una abstracción de determinadas libertades jurídicas no protegidas. Por lo tanto, hay que distinguir entre el status negativo en tanto tal y su contenido. El contenido del status negativo puede cambiar pero, el status negativo en tanto tal sigue siendo el mismo. Por ello, Jellinek afirma que "sólo existe la libertad en singular" y que "la situación individual que surge de las leyes que reconocen y norman la libertad [...] es sustancialmente la misma para todos los casos"³⁰.

El contenido del status negativo de un individuo *a* en el tiempo *t*, consiste en la totalidad o en la clase de todas las libertades (jurídicamente no protegidas) que *a* tiene en relación con el Estado en el tiempo *t*. La clase de estas libertades no protegidas puede ser llamada el "ámbito de libertad de *a* en el tiempo *t*, en relación con el Estado". En lugar de "ámbitos de libertad", puede hablarse también, siguiendo a Jellinek, de "esferas de libertad" o de "campos de libertad"³¹.

Instructivas y confirmantes de lo hasta aquí expuesto son las tesis de Jellinek acerca de la relación entre el status negativo y el pasivo. Según Jellinek, "sometimiento y libertad de sometimiento" son las dos posibilidades recíprocamente excluyentes de las que el Estado dispone en toda normación de sus relaciones con los súbditos³². Con ello, se expresa adecuadamente que el status pasivo y el negativo se encuentran recíprocamente en una relación de contradicción. Todas las acciones que a un individuo no le están ni ordenadas ni prohibidas, pertenecen a su ámbito de libertad. De todas las acciones que o bien le están ordenadas o prohibidas, se dirá que pertenecen a su *ámbito de obligaciones*. Así como el ámbito de libertad es el contenido del status negativo, así el ámbito de obligaciones es el contenido del status pasivo³³. Toda

³⁰ Ibídem, pág. 104.

³¹ Ibídem, págs. 87, 104.

³² Ibídem, pág. 104.

³³ Con mayor precisión, habría que distinguir entre el ámbito de obligaciones actual y el potencial. El ámbito de obligaciones potencial constituye la clase de los

negación de una libertad perteneciente al contenido del status negativo conduce a un mandato o prohibición de igual contenido que pertenece al contenido del status pasivo; toda negación de un mandato (o de una prohibición) perteneciente al contenido del status pasivo conduce —siempre que no se estatuya una nueva prohibición (o mandato) del mismo contenido³⁴— a una libertad del mismo contenido perteneciente al contenido del status negativo. Por ello, en virtud de razones lógicas, toda ampliación del ámbito de obligaciones (jurídicas) constituye una reducción del ámbito de libertad (jurídica) y vice versa. El hecho de que Jellinek coloque el contenido del status pasivo y del status negativo como posibilidades que se excluyen recíprocamente en un mismo nivel es un argumento más en favor de la tesis de que, según él, al status negativo pertenecen sólo libertades jurídicas no protegidas.

Las tesis de Jellinek sobre la relación entre status y derecho plantean algunos problemas. Jellinek dice que de un status *resultan* derechos públicos subjetivos³⁵, que ellos se *fundan* en aquél³⁶, que se *vinculan* con él³⁷, que *surgen*³⁸ de él y que éste los *genera*³⁹. Quien afirma que el status negativo genera derechos a no perturbación puede querer decir dos cosas. Puede querer decir que el derecho se sigue lógicamente del status pero, puede también querer decir que entre status y derecho existe alguna relación de un tipo más débil. Lo primero sería falso, pues, como se ha mostrado más arriba, de libertades no protegidas, es decir, de posiciones libres, no se sigue lógicamente un derecho a algo, tampoco un derecho a no impedimento de lo permitido. Así pues, la relación tiene que ser de tipo no

mandatos y prohibiciones para cuya imposición el legislador posee competencia. A esta diferenciación puede añadirse una correspondiente para el ámbito de libertad.

³⁴ Esta cláusula es necesaria porque en lugar de un mandato puede colocarse una prohibición, lo que excluye el surgimiento de una libertad jurídica. No necesita mayor mención el presupuesto de que el contenido del status pasivo es no contradictorio. Si a él pertenecen tanto el mandato como la prohibición de la misma acción, la negación del mandato o de la prohibición conduce a la eliminación de la contradicción pero, no a una libertad.

³⁵ A menudo, Jellinek no habla de derechos sino de pretensiones. Bajo ellas entiende derechos concretos y actuales, tales como el derecho del propietario a exigir de un perturbador determinado que omita la perturbación (op. cit., págs. 54 s.). Según la terminología aquí utilizada, éste es un derecho a algo.

³⁶ Ibídem, pág. 86.

³⁷ Ibídem, pág. 84.

³⁸ Ibídem, pág. 106.

³⁹ Ibídem, pág. 106. Similar también Wolff en H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, I 32 IV a.

lógico. A través de la finalidad de las liberaciones puede establecerse una relación de tipo no lógico. Si al individuo debe garantizársele un ámbito de libertad de la manera más segura posible, entonces es necesario protegerlo a través de derechos a no impedimento y no eliminación.

La vinculación del status negativo y su protección es pues creada a través de reflexiones de contenido. Lo que de esta manera se vincula son, desde el punto de vista formal, posiciones que en el sistema de Jellinek son de tipo muy diferente, es decir, aquéllas que pertenecen al status negativo y aquéllas que pertenecen al status positivo. Esto no dice nada en contra del sistema de Jellinek. Pero pone de manifiesto que es de un tipo muy basto y que requiere una fundamentación en una teoría de las posiciones jurídicas básicas⁴⁰.

⁴⁰ La reconstrucción aquí realizada se distingue en puntos esenciales de la teoría de Rupp, una de las más interesantes continuaciones de la teoría del status de Jellinek. Los análisis de Rupp se limitan al status negativo y al positivo. Por lo que respecta al status negativo, Rupp —al igual que Jellinek— señala que éste debe ser distinguido estrictamente del derecho subjetivo: "en el status se trata, en verdad, solo de una situación delimitada por un haz de 'deberes de abstención' de la administración, situación que, en tanto tal, no es ningún derecho subjetivo y, mucho menos, absoluto, sino que, en el mejor de los casos, si es lesionada, crea derechos subjetivos" (H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, pág. 162). A diferencia de lo que sucede en el texto, el status no es, pues, definido como una abstracción de posiciones libres o de libertades no protegidas y tampoco se parte de una defensa a través de derechos a no impedimento. Además, Rupp coincide con Jellinek en que el status puede "generar" derechos subjetivos (ibídem). Pero, a diferencia de Jellinek, expone claramente que tales derechos no resultan sin más del status (op. cit., pág. 172). Para ello, se necesita una "norma fundamental material de derecho administrativo" que fundamente tales derechos (op. cit., págs. 250, 221, 253). Como lo muestran las consideraciones presentadas en el texto, en principio, se puede estar de acuerdo con esta tesis. En cambio, no se puede aceptar la conformación que Rupp da a esta norma fundamental. Según Rupp, ella no debe conducir a derechos a una omisión como el derecho a no ser impedido de Jellinek, sino exclusivamente a pretensiones de reacción, que surgen con las violaciones del status (op. cit., pág. 164). Según Rupp, sólo tales pretensiones de reacción se pueden considerar como derechos subjetivo (op. cit., págs. 164 s.). Por pretensiones de reacciones entiende aquí pretensiones de eliminación (op. cit. págs. 254 ss.). En contra de la afirmación de que las violaciones del status tienen como consecuencia pretensiones de reacción no hay nada que objetar. Sin embargo, no se comprende por qué sólo éstas deben ser llamadas "derechos subjetivos". No existe ningún problema en considerar a las libertades del status negativo como protegidas por derechos subjetivos a no impedimento y, en caso de lesión de estos derechos, que siempre es al mismo tiempo una lesión de los deberes correspondientes del Estado, admitir como derecho subjetivo secundario, una pretensión de eliminación.

3. El status positivo

De los status pasivo y negativo se ha dicho que, al igual que el mandato y la prohibición con respecto a la posición libre, se encuentran recíprocamente en una relación de contradicción. A una relación similarmente estrecha parece referirse el discurso de Jellinek del status positivo como "justamente reflejo del negativo"⁴¹. Para saber qué se quiere decir con esto, conviene echar una mirada a aquello que Jellinek llama status positivo o *status civitatis*.

En este status es colocado el individuo a quien el Estado "le reconoce la capacidad jurídica para reclamar para sí el poder estatal, para utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas"⁴². No es muy claro qué es lo que se quiere decir con esto. El asunto se aclara cuando Jellinek dice que el Estado le confiere al individuo el "status de la civilidad" cuando (1) le garantiza "pretensiones a su actividad" y (2) "le facilita medios jurídicos para su realización"⁴³. Jellinek llama a los derechos que el individuo puede imponer en un procedimiento para la protección de derechos, "pretensiones jurídicas positivas formales"⁴⁴. Que el individuo posea tales pretensiones frente al Estado significa, primero, que frente al Estado posee *derechos a algo* y, segundo, posee una *competencia* para su imposición. Según Jellinek, la existencia de una competencia tal es una condición necesaria para que el individuo se encuentre en un status positivo⁴⁵. La fórmula en la cual Jellinek resume "las pretensiones jurídicas individualizadas formalmente reconocidas que surgen del status positivo", es decir, "la capacidad jurídicamente protegida para exigir prestaciones positivas del Estado"⁴⁶, tiene que ser leída en este doble sentido⁴⁷.

⁴¹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 121.

⁴² Ibídem, pág. 87.

⁴³ Ibídem, pág. 114.

⁴⁴ Ibídem, pág. 70.

⁴⁵ Ibídem, págs. 115 s.

⁴⁶ Ibídem, pág. 121.

⁴⁷ En los detalles las cosas son más complicadas. Jellinek distingue tres pretensiones principales del status positivo: la pretensión de protección jurídica, la pretensión de satisfacción de intereses y la pretensión de consideración de intereses (op. cit. págs. 124 ss., 128 ss., 130 ss., 132). La pretensión de protección jurídica sirve, por una parte, para la protección de las posiciones de derecho privado y, por otra, "para la protección de las pretensiones publicísticas, que resultan de las relaciones públicas del status" (op. cit. pág. 126). Según Jellinek, la pretensión de protección jurídica

Si se prescinde del aspecto de la competencia, al igual que de otros refinamientos, se obtiene como núcleo del status positivo el derecho del ciudadano frente al Estado a acciones estatales. A ello se refiere Jellinek cuando declara que el status positivo es "justamente el reflejo del negativo". Al derecho de *a* frente al Estado a la acción *h* de este último corresponde la obligación del Estado frente a *a* de realizar la acción *h*. Así como en una discusión acerca del contenido del status negativo de *a* de lo que se trata es de saber si a *a* se está ordenada la realización u omisión de una acción *h* o si es libre con respecto a *h*, así también en una discusión acerca del contenido de un status positivo, de lo que se trata es de saber si al Estado le está ordenada la realización o la omisión de una acción *h* o si es libre con respecto a *h*; hay, pues, que "decidir acerca de la libertad del Estado"⁴⁸. El discurso del reflejo apunta, pues, al hecho de que la extensión del status positivo del ciudadano se corresponde con la extensión de aquello que uno podría llamar el "status pasivo del Estado", como así también a que en la relación Estado/ciudadano todo aquello que no pertenece al status positivo del ciudadano se cuenta entre aquello que podría llamarse "status negativo del Estado"⁴⁹.

Así como en el caso del status pasivo y del negativo, tampoco el status positivo debe ser idéntico a los derechos que de él "sur-

debe consistir "en todo caso en la capacidad jurídicamente garantizada para poner en movimiento normas del derecho público en interés individual" (op. cit., pág. 127). Esto debe ser interpretado como competencia. Además, existe una serie de formulaciones que sugieren una interpretación de la pretensión de protección jurídica como derecho a algo frente al Estado. Así, Jellinek habla de "una pretensión dirigida al Estado mismo en el sentido de que éste vincule la realización de actos judiciales con la solicitud del individuo" (op. cit., pág. 127). Así pues, ya en el ámbito de la protección jurídica surge una duplicación. Lo que esto significa para las pretensiones formales de derecho público puede mostrarse en el ejemplo de una pretensión a la satisfacción de intereses, es decir, del derecho "a asistir a cursos de enseñanza superior" (op. cit., pág. 129). Para poder ser una pretensión formal, tiene que estar vinculado este derecho con la pretensión de protección jurídica. Si se supone esta vinculación, resulta entonces la siguiente triple estructura: (i) un derecho frente al Estado a asistir a cursos de enseñanza superior, (ii) una competencia para hacer valer este derecho por vía judicial y (iii) un derecho frente al Estado para que éste realice el procedimiento de protección jurídica puesto en marcha de acuerdo con esta competencia. La pretensión de protección jurídica de Jellinek referida a posiciones de derecho privado debe ser interpretada de forma tal que el primer miembro de esta relación no consista en un derecho a algo frente al Estado sino en un derecho a algo frente a un particular.

⁴⁸ Ibídem, pág. 121.

⁴⁹ Ambas cosas se expresa en las equivalencias analizadas más arriba *DabG* ↔ *ObeaG* y *¬DabG* ↔ *¬ObeaG*.

gen”⁵⁰,⁵¹. Pero, si el status positivo no consiste en determinados derechos a algo, entonces, al igual que en el caso de los status ya analizados, puede consistir sólo en aquello que es común a todos cuando los individuos poseen frente al Estado diferentes derechos a algo, vinculados con posibilidades de protección jurídica. Si se interpreta el status positivo como una abstracción de este tipo, entonces no puede hablarse de derechos que “surjan” de él⁵².

En el análisis del status negativo, se expuso que Jellinek incluye la “pretensión frente a las autoridades estatales de no impedimento”⁵³ como “toda (pretensión) a un determinado comportamiento estatal, en el status positivo del individuo”⁵⁴. Esta pretensión es un derecho frente al Estado con respecto a una acción negativa, es decir, una omisión. A la inclusión de un derecho tal en el status positivo —lo que es coherente con la definición del status negativo de Jellinek— se opone, sin embargo, la tesis de Jellinek según la cual “un *hacer positivo* del Estado”⁵⁵ es lo que constituye el contenido de los derechos que deben ser incluidos en el status positivo. La omisión de impedimentos puede perfectamente ser llamada un “hacer” pero no es un “hacer positivo”. Si se tomara en serio el discurso de Jellinek del hacer positivo, entonces el derecho a no impedimento, que responde a aquello que comúnmente se designa como “derecho de defensa”, no podría ser incluido en ningún status. Se llegaría, pues, al resultado de que una de las más importantes posiciones de derecho fundamental no cabría en el sistema de Jellinek. Esto puede evitarse sólo mediante una adscripción o bien al status negativo o bien al status positivo.

El problema es que toda decisión de adscripción trae consigo consecuencias no deseadas. Si se adscribe el derecho a no impedimento al status negativo, entonces su carácter cambia fundamental-

⁵⁰ Ibídem, págs. 124, 121, 128.

⁵¹ Ibídem, pág. 118.

⁵² Rupp considera que la tesis de Jellinek según la cual del status surgen derechos subjetivos “vale en realidad sólo para el status negativus o libertatis” (H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, pág. 265). Se ha mostrado que en el caso del “surgimiento” o “génesis” de derechos a partir del status negativo se trata del *añadido* de derechos a algo a libertades no protegidas. Si se acepta esto, entonces realmente existe una diferencia esencial entre el status positivo y el negativo. Los derechos del status positivo no son agregados a algo sino que constituyen, en su totalidad, el contenido del status positivo.

⁵³ Ibídem, pág. 111.

⁵⁴ Ibídem, pág. 105.

⁵⁵ Ibídem, pág. 121 (subrayado de R. A.).

mente. La arquitectura del sistema de Jellinek se vuelve confusa. Si se le adscribe al status positivo, entonces ya no es posible expresar en la teoría del status una distinción tan importante desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales cual es la que existe entre derechos a acciones negativas y a acciones positivas del Estado. Además, una adscripción de los derechos de defensa al status positivo contradiría la difundida —y no injustificada— terminología de la dogmática de los derechos fundamentales. Este dilema es una consecuencia del carácter muy basto del sistema de Jellinek. Su solución es posible si, a la luz de la teoría de las posiciones jurídicas fundamentales, se divide el status negativo y el positivo en un status negativo y positivo en sentido estricto y sentido amplio. El status *negativo* en sentido *estricto* —que es, en realidad, el de Jellinek— se refiere exclusivamente a libertades jurídicas no protegidas. El status *negativo* en sentido *amplio* —que va más allá de la sistemática de Jellinek— se refiere, además, a los derechos a acciones negativas del Estado (derechos de defensa), que defienden el status negativo en sentido estricto. Al status *positivo* en sentido *amplio* pertenecen tanto derechos a acciones positivas como derechos a acciones negativas; en cambio, al status *positivo* en sentido *estricto*, sólo derechos a acciones positivas. Las consecuencias sistémicas de esta división para el sistema de Jellinek son simples y perceptibles. Los derechos que son añadidos al status negativo en sentido estricto —a fin de que se convierta en un status negativo en sentido amplio (derechos de defensa)— son un subtipo de los derechos del status positivo en sentido amplio.

En contra de esta solución puede aducirse, cuando más, la objeción pragmática de que ella conduce a una complicación del lenguaje de los derechos fundamentales. Cuando se habla de status negativo o positivo, habría que agregar siempre si se hace referencia a un status en sentido estricto o en sentido amplio. Pero, cláusulas como éstas no serían comprensibles por sí mismas. Sin embargo, esta objeción es fácil de responder. Por lo general, en las argumentaciones iusfundamentales habituales, el contexto pone de manifiesto qué es lo que se quiere decir con las expresiones “status negativo” y “positivo”. Por lo general, se alude al status negativo en sentido amplio y al status positivo en sentido estricto. Por lo tanto, en este caso pueden ser utilizadas sin ningún añadido, tal como se hará en lo que sigue. Si surgen dudas, éstas pueden ser rápidamente superadas recurriendo a la teoría de las posiciones jurídicas fundamentales, en la que se basan las distinciones presentadas. Pero, cuando se trata de cuestiones difi-

ciles de derecho fundamental, que incluyen problemas de la teoría del status en tanto tal, las distinciones adoptadas son indispensables.

4. El status activo

Lo que para el status pasivo es el mandato o la prohibición que afecta al individuo, para el status negativo la liberación y para el status positivo el derecho a algo, es la competencia para el status activo o el status de la ciudadanía activa⁵⁶. A fin de que el individuo sea colocado en este status, tienen que "otorgársele capacidades que se encuentran fuera de su libertad natural"⁵⁷, por ejemplo, el derecho de sufragio⁵⁸. Aquí habrá de renunciarse a un análisis detallado de la estructura formal de este status. La posibilidad de reconstruirlo —en la medida en que es relevante en el ámbito de los derechos fundamentales— con la ayuda de la modalidad jurídica de la competencia es indudablemente clara y ya se ha hecho suficiente referencia al problema de la separación entre el status y los derechos que de él "surgen".

A diferencia de lo que sucede con la estructura formal del status activo, que puede ser suficientemente caracterizada con la ayuda del concepto de competencia, su contenido requiere una observación. En modo alguno deben ser adscriptas al status activo todas las competencias encontrables en el sistema jurídico. Si tal fuese el caso, también la competencia para celebrar un contrato tendría que pertenecer al status activo. Según Jellinek, al status activo tienen que pertenecer sólo las competencias que tienen como objeto una "participación en el Estado"⁵⁹, que sirven para la "formación de la voluntad estatal"⁶⁰. Con esto, a la teoría del status concebida formalmente, se suma un aspecto concreto que trae consigo problemas de delimitación. Ciertamente es fácil decir que la competencia para celebrar un contrato no pertenece al status activo y tampoco puede haber ninguna duda que el derecho de sufragio (artículo 38 LF) es el prototipo de una competencia que tiene que ser adscripta al status activo; pero, al lado de tales casos claros, existen numerosos casos dudosos. Así, la competencia para interponer una demanda ante un tribunal administrativo es una competencia que se

da en la relación ciudadano/Estado. Sin embargo, de acuerdo con el criterio de Jellinek de la participación en el Estado, puede dudarse de que pertenezca al status activo. En este punto se muestra nuevamente el relativamente basto carácter de la teoría de Jellinek y la necesidad de ampliarla —y también corregirla— con la ayuda de una teoría más finamente delineada de las posiciones jurídicas fundamentales.

Para el status activo tiene especial importancia la vinculación de posiciones que pertenecen a diferentes status. Las posiciones del status activo están siempre vinculadas con posiciones de otro status, pues el ejercicio de una competencia está siempre o bien ordenado o prohibido (status pasivo) o es libre (status negativo). Según Jellinek, el status activo le pertenece a un individuo cuando su esfera "no está limitada por un deber sino que más bien se amplía su capacidad de acción jurídica"⁶¹. Esto no debe ser entendido como si el status activo y el pasivo fueran recíprocamente inconciliables. También a quien tiene la obligación de votar se le reconoce la competencia o "la capacidad de actuar para el Estado"⁶², también él es "incorporado como miembro en la organización estatal", también el "actúa para el Estado"⁶³. Sin embargo, por lo general, el ejercicio de las competencias que pertenecen al contenido del status activo "queda librado al individuo"⁶⁴. El status activo está, pues, combinado con el status negativo. Finalmente, una combinación del status positivo con el activo representa el derecho a la capacidad o la competencia para votar. Cuando Jellinek habla de una "pretensión jurídica a una posición en un órgano"⁶⁵, se está refiriendo a una combinación de este tipo.

II. ACERCA DE LA CRITICA DE LA TEORIA DEL STATUS DE JELLINEK

No obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del status de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales. Los conceptos centrales de esta teoría, los de los cuatro status, son abstracciones sobre posiciones de carácter elemental. Esto fundamenta tanto

⁵⁶ Cfr. al respecto supra, Capítulo 4. II. 3.

⁵⁷ Ibídem, pág. 138.

⁵⁸ Ibídem, págs. 159 ss.

⁵⁹ Ibídem, pág. 137.

⁶⁰ Ibídem, pág. 136.

⁶¹ Ibídem, pág. 139.

⁶² Ibídem, pág. 87.

⁶³ Ibídem, pág. 139.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Ibídem, pág. 140.

su fortaleza como su debilidad. Su debilidad reside en el hecho de que no siempre son claras ni las relaciones entre las posiciones elementales y los status ni las que se dan entre las diferentes posiciones elementales no siempre son claras. Sin embargo, esta debilidad puede ser superada si se fundamenta la teoría del status sobre una teoría de las posiciones jurídicas fundamentales. Si esta última, además, es construida sobre el cimiento de una teoría de las modalidades deonticas fundamentales, puede entonces surgir un sistema de total claridad que, dentro de su ámbito, permite una medida suprema de intelecciones analíticas irrenunciables en los derechos fundamentales. Cabe señalar, de paso, que este sistema tiene también una cierta belleza.

Sin embargo, con esta apreciación de la parte analítica o formal de la teoría de Jellinek todavía no se ha dicho nada acerca de las suposiciones materiales que Jellinek vincula con ella. Son objetables, sobre todo, las tesis de Jellinek sobre el contenido del status negativo bajo el cual, en lo que sigue, habrá de entenderse el status negativo en sentido estricto. Su contenido está determinado por aquello que al individuo no le está ni ordenado ni prohibido. Según Jellinek, corresponde al legislador decidir al respecto: "todas estas libertades (están) reconocidas sólo dentro de los límites legales"⁶⁶. Por lo tanto, el contenido del status negativo se encuentra a disposición del legislador. Consecuentemente, Jellinek protege el status negativo simplemente con el derecho del ciudadano frente al Estado de que aquél no será "obligado a ninguna prestación ilegal": "Toda libertad es simplemente libertad de coacciones ilegales"⁶⁷.

Estas tesis sobre el contenido del status negativo contradicen el derecho constitucional vigente, según el cual también el legislador está sometido a las normas iusfundamentales. Por ello, no pueden ser sostenidas bajo la Ley Fundamental. Sin embargo, esto no significa que, por ello, sea inútil el concepto de status negativo. En el análisis del concepto de la libertad jurídica no protegida se ha expuesto que las normas iusfundamentales tienen que ser concebidas también como normas permisivas⁶⁸. Sobre esta base, puede formarse el concepto del status negativo *iusfundamental*. El contenido del status negativo iusfundamental de *a* consiste en la totalidad de aquello que queda librado a *a* en virtud de normas permisivas iusfundamentales. El status nega-

tivo iusfundamental puede también ser lesionado por el legislador, por ejemplo, a través de la sanción de normas de prohibición que contradicen una norma permisiva iusfundamental. Por lo tanto, el problema del contenido del status negativo es solucionable a través de la introducción del concepto de status negativo iusfundamental⁶⁹.

A menudo, en contra de la teoría del status de Jellinek se formulan objeciones básicas en contra de su carácter formal. Así, Hesse objeta que el status negativo de Jellinek es un status "puramente formal", que la persona que lo posee no es "la persona o el ciudadano en su realidad vital" y la libertad que otorga "no está referida a determinadas situaciones vitales concretas". Pero, las normas iusfundamentales contendrían "un otorgamiento y fundamento concreto"; por ello, el status formal de Jellinek debería ser sustituido por un "status jurídico material", fundamentado y garantizado por los derechos fundamentales de la Ley Fundamental⁷⁰. Häberle⁷¹ critica que la teoría del status de Jellinek niega a los derechos fundamentales "un aspecto activo-civil". Los diferentes status estarían, en "una forma de pensar espacializante, aislados y rígidos el uno al lado del otro". De esta manera, no podría comprenderse cómo el otorgamiento de derechos fundamentales coloca "a quienes poseen derechos fundamentales, 'efectivamente', 'socialmente' en la situación de ciudadanos activos". Se perdería aquello que Smend llamaría "sentido de una Constitución", es decir, "reunir a las personas vivientes en una comunidad política"⁷². Preuss —para mencionar una tercera concepción— incluye su crítica a la teoría del status de Jellinek⁷³ en una crítica fundamental a la categoría de derecho subjetivo. Una de sus tesis centrales reza: las "relaciones sociales de las personas [...] no pueden ser organizadas a través de un sistema de adscripciones de esferas vitales individualmente dominadas. Los ordena-

⁶⁶ Cfr. H. H. Rupp, "Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang" en *DÖV* 1974, pág. 194 quien señala que las tesis de Jellinek sobre el contenido del status negativo no se oponen a la aplicación de este concepto en el ámbito de los derechos fundamentales. "Nada se opone a entender el status de libertad específico de los derechos fundamentales como libertad individual de la coacción *anticonstitucional*".

⁶⁷ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 280 s.

⁷¹ P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, págs. 18 s., cfr., además, E. Denninger, *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt/Berlín 1967, pág. 294; W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlín 1975, pág. 64.

⁷² R. Smend, "Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht" en del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, pág. 320, nota 15.

⁷³ U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, págs. 23, 119, 131, 136.

⁶⁶ Ibídem, pág. 103.

⁶⁷ Ibídem (subrayado de R. A.).

⁶⁸ Capítulo 4. II. 2.2.1.3.

mientos actuales de relaciones sociales muy interdependientes y organizativamente mediatisadas requieren categorías jurídicas que conceptualmente recojan esta mediación social y superen la concepción de ámbitos vitales individualmente dominados”⁷⁴. Esto no podría ser proporcionado por el concepto de derecho subjetivo y, por lo tanto, tampoco por la teoría del status de Jellinek⁷⁵. Por eso, Preuss propone una comprensión de las “libertades garantizadas por los derechos fundamentales no como derechos subjetivos sino como normas de organización de la libertad social”, una “concepción de los derechos fundamentales como otorgamientos de libertad concreta en la sociedad”⁷⁶.

Con estos ejemplos, a los que podrían sumarse muchos otros más, se han presentado las objeciones más importantes en el marco de una crítica general al carácter formal de la teoría del status de Jellinek. Ellas rezan: formalismo, abstracción, espacialización, individuo aislado, anticuada. Las contraposiciones rezan: realidad vital, concreción, mediación, comunidad/sociedad, hoy. Esta contraposición pone claramente de manifiesto que, en última instancia, se trata de la vieja oposición entre teorías formales y materiales. Pero, con esta calificación del problema, está ya implicado que en la polémica básica acerca de la teoría (formal) del status no puede tratarse de verdad y falsedad, sino sólo de importancia y no importancia. Si las normas jurídicas regulan la relación de los individuos con el Estado, entonces esto puede sólo llevarse a cabo si determinadas acciones están ordenadas, prohibidas o dejadas a la libre disposición del individuo o del Estado y el individuo recibe determinados derechos a algo y competencias. Cuando esto sucede, son posibles abstracciones sobre clases de mandatos, prohibiciones, liberaciones, derechos a algo y competencias. Pero, entonces, puede hablarse de cuatro status. Las calificaciones así realizadas de las posiciones jurídicas de los ciudadanos tienen un carácter puramente *analítico*. Sobre la cuestión *normativa* concreta

⁷⁴ Ibídem. pág. 28.

⁷⁵ Cfr. la crítica de Preuss a la versión de la teoría del status de Rupp. op. cit., págs. 198 s.

⁷⁶ Ibídem. pág. 193; cfr., además, págs 165 s.: “Hoy ya no requiere ninguna fundamentación más el que la dimensión liberal ‘clásica’ de los derechos fundamentales —el status libertatis según la teoría de G. Jellinek— no se agota en su función de limitación de las facultades de dominación estatal. Se ha impuesto el conocimiento de que los derechos de libertad de la Ley Fundamental postulan ámbitos sociales de libertad organizada sin que, desde luego, exista acuerdo acerca de las consecuencias de esta constatación”.

acerca de cómo deben estar constituidas sus posiciones jurídicas no se dice ni se prejuzga nada. Lo mismo vale para la cuestión *empírica* de qué significa para el individuo y la sociedad el que los ciudadanos se encuentren en determinados status jurídicos.

A través de las normas de derecho fundamental, el ciudadano es colocado en status con determinados contenidos, entre otros en el status negativo iusfundamental. En esta medida, es correcta la tesis de Hesse del “status jurídico material”. Pero, de aquí no resulta una objeción en contra de una teoría formal del status. La posición jurídica total de un ciudadano puede ser considerada tanto, desde puntos de vista formales como materiales. Tiene razón Häberle cuando considera que la teoría del status no aprehende la situación real y social del ciudadano activo en el que las normas de derecho fundamental deben colocar al individuo. Pero, primero, éste no es su objetivo y, segundo, no está excluido por ella. El objeto de la teoría del status es la estructura formal de la posición jurídica total del ciudadano. Que las intelecciones al respecto son también útiles dentro del marco de los problemas mencionados por Häberle se muestra en el hecho de que no sólo hay que preguntar qué contenido deben tener las normas iusfundamentales a fin de que el individuo sea colocado en la situación del ciudadano activo, sino también qué estructura hay que darles a tal fin; por ejemplo: ¿bastan las posiciones libres y las competencias del ciudadano o se requieren también deberes del ciudadano u obligaciones del Estado referidas a la creación de determinadas situaciones fácticas? Pero, la claridad sobre este tipo de cuestiones es un presupuesto indispensable para una discusión racional de tesis como las de Häberle. Lo mismo vale para el teorema de Preuss según el cual las normas iusfundamentales son “normas de organización de la libertad social”. Si las normas de organización han de ser normas jurídicas, tienen que expresar mandatos, prohibiciones, posiciones libres, derechos a algo y competencias. En cierta medida, Preuss confirma esto cuando dice que dentro de la libertad social creada por las “normas de organización”, “evidentemente están radicadas autorizaciones individuales”⁷⁷. En verdad, parece no dirigirse en contra del concepto de derecho subjetivo como modalidad jurídica, sino en contra de determinados contenidos de derechos subjetivos y de las teorías que subyacen a estos contenidos. Esto se ve claramente cuando dice que la “problemática del derecho subjetivo [...] (no reside) en su función de asignación de bienes individuales y facultades” sino

⁷⁷ U. K. Preuss, op. cit. pág. 193.

en una individualización y subjetivización de bienes colectivos⁷⁸, es decir, en un problema de contenido.

No puede haber ninguna duda de que los problemas materiales que los mencionados autores colocan en primer plano tienen gran importancia para una teoría de los derechos fundamentales elaborada en las tres dimensiones⁷⁹. Pero, esto no implica, ni desde el punto de vista científico ni práctico, que una teoría analítica del status tenga menos importancia o hasta carezca de ella. Como intento de lograr una intelección en estructuras complicadas, está científicamente justificada con independencia de toda utilidad práctica. Las numerosas oscuridades y contradicciones que, según la experiencia, no pueden evitar las teorías en el complejo ámbito de los derechos fundamentales cuando se orientan totalmente por el contenido y descuidan lo formal muestran que, además, tiene una gran utilidad práctica.

La crítica a una "forma de pensar espacializante"⁸⁰ parece ir más allá de lo formal. Según Rupp, "el pensamiento en categorías espaciales (resulta ser) el enemigo de todo esfuerzo científico de concebir al derecho como fenómeno social"⁸¹. Dentro del marco del análisis de la teoría del status se ha introducido expresamente el concepto de espacio de libertad. Un espacio de libertad no es nada más que una clase de determinadas libertades. Si se entiende de esta manera el concepto de espacio de libertad, entonces no sólo no es perjudicial sino indispensable. El que uno se refiera a clases de los objetos tratados es una peculiaridad del pensamiento y del hablar en general. En todo caso, lo que puede ser criticado es el uso de la expresión "espacio". Sin embargo, su utilización para la caracterización de determinadas clases es posible y habitual. Así, en contextos cotidianos, se habla de "campos o espacios de acción" y en contextos filosóficos, del "campo o ámbito de lo posible". Por ello, no sólo no es perjudicial sino también correcto cuando el Tribunal Constitucional Federal habla de un "espacio libre de derecho"⁸², de un "espacio jurídico"⁸³ o de un "espacio de libertad"⁸⁴.

⁷⁸ Ibídem, pág. 200.

⁷⁹ Con respecto a la tridimensionalidad de la teoría de los derechos fundamentales, cfr. supra, Capítulo 2, I. 2.

⁸⁰ Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, pág. 18.

⁸¹ H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, pág. 258, nota 425; cfr., además, E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, pág. 19.

⁸² BVerfGE 32, 98 (106).

⁸³ BVerfGE 33, 23 (28).

⁸⁴ BVerfGE 35, 79 (112).

Capítulo sexto

El derecho fundamental y sus restricciones

I. CONCEPTO Y TIPOS DE RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de restricción de un derecho nos parece familiar y no problemático. Que los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser un conocimiento evidente y hasta trivial que en la Ley Fundamental se manifiesta con toda claridad cuando habla expresamente de restricciones (artículo 5 párrafo 2; 14 párrafo 1 frase 2 LF), limitaciones (artículo 8 párrafo 2; 10 párrafo 2; 13 párrafo 3; 104 párrafo 1 LF), delimitaciones (artículo 11 párrafo 2; 17a párrafos 1 y 2; 19 párrafo 1 LF). El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas; éstos resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitidos de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra.

1. La posibilidad lógica de la restricción de derechos fundamentales

Sin embargo, como suele suceder con los conceptos fundamentales, la primera impresión de no problemática es engañosa. Entre

aquellos que han contribuido a su destrucción, cabe mencionar a Friedrich Klein. Klein se opone a la concepción vinculada con "la expresión 'restricción' de los derechos fundamentales, etc. [...] en una forma de consideración superficial, 'natural'", según la cual "los derechos fundamentales etc. —en tanto algo que está por sí mismo firmemente determinado en virtud de su preestatalidad o garantía constitucional— son limitados (relativizados)". "De acuerdo con las leyes de la lógica pura", no puede existir "una tal relación de formulación y restringibilidad de las disposiciones iusfundamentales". "De acuerdo con la lógica pura" no existirían "restricciones de las disposiciones de derecho fundamental sino tan sólo conceptos de las mismas"¹. Conviene analizar si Klein tiene razón.

El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas —el derecho y sus restricciones— entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*. Esta es la teoría que suele ser llamada —por lo general, con intención crítica— "teoría externa"². La teoría externa puede, por cierto, admitir que en los ordenamientos jurídicos los derechos se presentan primordial o exclusivamente como derechos restringidos pero, tiene que insistir en que también son concebibles derechos sin restricciones. Por ello, según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos.

Una imagen totalmente distinta subyace a la llamada *teoría interna*³. Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones,

¹ Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1. Observación preliminar B XV 1 b (pág. 122).

² Cfr. W. Siebert, "Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs" en G. Dahm y otros, *Grundlagen der Neuen Rechtswissenschaft*, Berlín 1935, pág. 195.

³ Cfr. al respecto sobre todo W. Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburgo 1934, págs. 85 ss.; del mismo autor, "Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs", págs. 195, 200 ss. Siebert se refiere a la "concepción germánica (de Gierke) [...] según el cual todo derecho posee una restricción inmanente" (O. v. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlín 1889, pág. 20; cfr. además, del

sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite⁴. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de "límites" en lugar de "restricciones", se habla de "restricciones inmanentes".

La polémica entre la teoría interna y la externa no es, en modo alguno, tan sólo una polémica entre cuestiones conceptuales y problemas de construcción. Entre las teorías de la restricción y los supuestos normativos generales existen claras conexiones. Así, quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membresía en una comunidad, tenderá a la teoría interna. Desde luego, antes de llevar a cabo un análisis más exacto de las relaciones entre derecho y restricciones, no es posible decir mucho más que estos enunciados generales sobre tendencias.

La corrección de la teoría externa o de la interna depende, esencialmente, del hecho de que las normas iusfundamentales sean consideradas como reglas o principios y las posiciones iusfundamentales, como posiciones definitivas o *prima facie*. Si se parte de posiciones definitivas, es posible refutar la teoría externa; si se parte de posiciones *prima facie*, la teoría interna.

La forma cómo puede ser refutada la teoría externa y, con ello, confirmada la teoría de Klein acerca de la imposibilidad lógica de restricciones de los derechos fundamentales cuando se parte exclusivamente de *posiciones definitivas* habrá de ser ilustrada con un caso simple en el que se trataba de un recurso por inconstitucionalidad en contra de la imposición de una multa por violación de la obligación de los motociclistas de utilizar casco protector⁵. La obligación de usar casco protector restringe la libertad jurídica general en el sentido de que elimina la libertad jurídica especial de usar o no un casco protector como motociclista. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal habla correctamente de "restricciones [...] de la libertad de ac-

mismo autor, *Deutsches Privatrecht*, tomo 2, Leipzig 1905, pág. 358). A Siebert sigue, entre otros, K. Larenz, "Rechtsperson und subjektives Recht" en G. Dahm et al., *Grundlagen der Neuen Rechtswissenschaft*, Berlín 1935, págs. 230 ss. Para los derechos fundamentales, Häberle ha intentado aplicar la teoría interna (P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, págs. 179 s.).

⁴ Cfr. P Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, pág. 126.

⁵ BVerfGE 59, 275.

ción"⁶. Pero, ¿se restringe también un derecho fundamental? Aquí se puede tratar sólo de las posiciones vinculadas con el artículo 2 párrafo 1 LF. Se obtiene una posición *definitiva abstracta* cuando, como se ha expuesto más arriba⁷, se ensamblan el supuesto de hecho y la cláusula restrictiva. La posición definitiva abstracta aquí relevante consiste en el derecho del individuo a que su libertad general de acción no sea restringida por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución⁸. Siguiendo al Tribunal Constitucional Federal, habrá que partir del hecho de que las normas que hay que examinar son formal y materialmente acordes con la Constitución. Esto significa que el derecho definitivo abstracto del artículo 2 párrafo 1 LF no puede ser concretizado en un derecho frente al Estado a que éste no dicte aquellas normas. Si se parte de la suposición de que sólo existe el derecho definitivo abstracto, entonces *no existe* tal derecho concreto. Pero, entonces, las normas que hay que examinar no pueden restringir ningún derecho del artículo 2 párrafo 1 LF. Además, no podría darse una restricción si las normas no fueran formal o materialmente conformes con la Constitución. Violarían entonces el mencionado derecho abstracto y, por lo tanto, serían inconstitucionales. Pero, la violación de un derecho fundamental es algo muy diferente a su restricción. Así, pues, es claro que, si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, no es posible una restricción de los derechos del artículo 2 párrafo 1 LF. Esto puede ser generalizado: si al final (definitivamente) es admisible ordenar o prohibir una acción *h*, entonces no existe al final (definitivamente) ningún derecho a que *h* quede librada al libre arbitrio del individuo. Normas que privan de algo sobre lo cual no existe derecho alguno no pueden restringir ningún derecho. Pero, si al final (definitivamente) existe un derecho a que *h* quede librada al libre arbitrio del individuo, entonces las normas que ordenan o prohíben *h* no restringen este derecho sino que lo violan⁹.

Insistiendo en la suposición de que sólo existen posiciones definitivas, podría sostenerse que ciertamente los derechos fundamentales no pueden ser restringidos pero sí las libertades iusfundamentales.

⁶ BVerfGE 59, 275 (279).

⁷ Cfr. Capítulo 3. II. 3.3.

⁸ BVerfGE 59, 275 (278); con referencia a BVerfGE 6, 32 (37 ss.).

⁹ Para una fundamentación similar, cfr. K. Brinkmann, *Grundrechts-Kommentar*. Bonn 1967. Artículo 1 III a, Artículo 19 I 1 b; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 64 ss.

Esta objeción tiene sentido sólo si se distingue entre libertad jurídica general y libertad iusfundamental, pues es trivial que es posible restringir la libertad jurídica general que consiste en la mera ausencia de mandatos y prohibiciones jurídicos¹⁰. Pero, una libertad iusfundamental existe cuando una alternativa de acción queda librada al individuo a través de una norma iusfundamental. También aquí hay que distinguir entre posiciones definitivas y *prima facie*. Si, de acuerdo con lo presupuesto, se admiten sólo posiciones definitivas, entonces no es correcta la suposición de que las libertades iusfundamentales pueden ser restringidas. No existe una libertad iusfundamental definitiva de llevar casco protector, es decir, una permisión iusfundamental de usar o no casco. Por lo tanto, una libertad iusfundamental no puede ser restringida por el deber de usar casco protector. Lo que puede ser restringido —y también lo es— es la libertad jurídica general. La libertad jurídica general puede ser designada como el “bien protegido” por el artículo 2 párrafo 1 LF. Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones iusfundamentales, pero sí los bienes iusfundamentalmente protegidos.

En cambio, se llega a un resultado totalmente distinto si, en el sentido de la teoría de los principios, se considera que lo que hay que restringir no son posiciones definitivas sino *prima facie*. Al artículo 2 párrafo 1 LF hay que adscribirle un principio que exige la mayor medida posible de libertad general de acción. Con el derecho fundamental *prima facie* que corresponde a este principio se da algo que va demasiado lejos y que puede ser restringido. Pero, ello no es algo que se encuentre más allá del orden jurídico, por ejemplo, un derecho natural, una libertad natural o una situación natural, ni algo que deba ser ubicado por debajo del nivel de la Constitución, sino algo que pertenece al acervo de las normas de la Constitución. Si se parte del modelo de los principios, entonces se restringe no sólo un bien protegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho *prima facie* garantizado por normas iusfundamentales. Por lo tanto, en el modelo de los principios, el discurso de las restricciones de los derechos fundamentales es correcto¹¹. En él vale, pues, la teoría externa; en él no es correcta la teoría de Klein.

¹⁰ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 2.2.1.

¹¹ Como vale que sólo en el modelo de los principios es correcto el discurso de las restricciones de los derechos fundamentales, quien habla de restricciones de los

2. El concepto de restricción de los derechos fundamentales

Una vez que se ha aclarado que y en cuál sentido se puede hablar de "restricciones de los derechos fundamentales", hay que preguntar qué son las restricciones de los derechos fundamentales. Restringibles son bienes iusfundamentalmente protegidos (libertades/situaciones, posiciones de derecho ordinario) y posiciones *prima facie* concedidas por principios iusfundamentales. Entre los dos objetos de restricciones existen relaciones estrechas. Los principios iusfundamentales exigen una protección lo más amplia posible de los bienes protegidos, es decir, una protección lo más amplia posible de la libertad general de acción, de la integridad física o de la competencia para enajenar la propiedad. Por ello, una restricción de un bien protegido es siempre también una restricción de una posición *prima facie* concedida por el principio de derecho fundamental. Por lo tanto, a la pregunta qué son las restricciones de derechos fundamentales se ofrece una respuesta simple: las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*. Desde luego, esta respuesta tiene carácter circular en la medida en que para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción. Pero, nos permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales son *normas*. Ahora puede plantearse la cuestión de saber qué es lo que hace que normas sean restricciones de derechos fundamentales.

Es aconsejable comenzar la respuesta con una observación general. Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*.

Para la solución del problema de saber qué es lo que hace que normas constitucionales sean restricciones de derechos fundamentales, hay que distinguir entre diferentes tipos de normas. Especial importancia tiene la distinción entre normas de competencia que fundamentan la competencia del Estado para dictar normas, por una parte, y las normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos, por otra. Las *normas de competencia* más importantes para la

derechos fundamentales o bien usa una forma de hablar meramente metafórica o presupone el modelo de los principios.

teoría de las restricciones son establecidas por las reservas legales iusfundamentales. A través de ellas, el legislador queda autorizado para imponer restricciones de derechos fundamentales. A la competencia del legislador corresponde aquí la sujeción del titular de derecho fundamental¹². De las competencias de imposición de normas directamente constitucionales y fundamentadas por las reservas legales iusfundamentales, hay que distinguir las competencias de imposición de normas indirectamente constitucionales que surgen, por ejemplo, cuando el legislador es autorizado a dictar ordenanzas o quien dicta ordenanzas a dictar actos administrativos. Para todo este tipo de normas de competencia, vale el que ellas no constituyen ninguna restricción sino tan sólo fundamentan la *restringibilidad* de los derechos fundamentales. Por ello, las reservas legales, en tanto tales, no son restricciones; fundamentan sólo la *posibilidad jurídica* de restricciones, algo que se ve claramente en el hecho de que puede existir una competencia para imponer restricciones sin que se haga uso de ella. Por ello, puede decirse que las normas de competencia que fundamentan la competencia para dictar normas, sin que importe en qué grada del edificio del orden jurídico se encuentren, no son restricciones de derechos fundamentales. Hay que admitir, por cierto, que, desde la perspectiva del titular de derecho fundamental, las competencias para dictar restricciones tienen algo restringente. Al alcance de la competencia de los órganos estatales corresponde el alcance de su sujeción bajo las normas dictadas de conformidad con esta competencia. Pero, las competencias para dictar restricciones tienen algo de restringente sólo porque son restricciones cuyo establecimiento está autorizado por las normas de competencia. Por ello, el carácter restringente es de un tipo meramente potencial y mediato. Se basa en el carácter de restricciones de las normas, posibles por razones de competencia¹³.

Acabamos de contraponer las normas de competencia —que se refieren a la competencia del Estado para dictar restricciones— a las normas de mandato y prohibición dirigidas a los ciudadanos. Pero,

¹² Cfr. supra, Capítulo 4, II, 2.2.1, en donde se presentó la relación entre competencia y sujeción a través de la equivalencia *Cab (RPb) ↔ Eba (RPb)*.

¹³ P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, pág. 106, llama también a la ley de otorgamiento de poderes una norma "interviniente". Aquí es correcto que un otorgamiento de poderes para la imposición de restricciones, que siempre es un otorgamiento de poderes para una intervención, es restringente o interviniente *potencial* y *mediatamente* en el sentido expuesto.

como restricciones interesan no sólo normas de mandato y prohibición sino también, por ejemplo, normas que restringen o eliminan competencias del ciudadano. Lo que hay que decir acerca del carácter de restricciones de las normas de mandato y prohibición puede, en lo esencial, ser aplicado a otros tipos de normas. Por ello, en lo que sigue, se tratarán tan sólo normas de mandato y de prohibición. Aquí tiene importancia fundamental la distinción entre reglas y principios. Por lo pronto, echemos una mirada a las reglas con carácter de restricción. Una *regla* (acorde con la Constitución) es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho iusfundamental *prima facie*, aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido¹⁴. Algunos ejemplos pueden aclarar esto. Mientras no esté en vigencia el mandato según el cual los motociclistas tienen que usar casco, el individuo titular de derecho fundamental, en virtud del principio de la libertad general de acción, tiene una libertad iusfundamental *prima facie* a usar o no un casco protector. Tan pronto como aquel mandato entra en vigencia, se encuentra frente al Estado en la posición de una no-libertad definitiva para usar o no usar como motociclista un casco protector. La regla que obliga a los motociclistas a usar un casco protector es una restricción de un derecho fundamental porque, en virtud de su vigencia, en lugar de la libertad *prima facie* aparece aquella no-libertad definitiva de igual contenido.

Un ejemplo para la relación entre una regla que impone una restricción y un no-derecho definitivo es el del § 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios que "autoriza" a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios a entrar en talleres y negocios con el objeto de examinar e inspeccionar; esto es calificado expresamente como restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio¹⁵. Si, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, se extiende la protección del artículo 13 LF también a los talleres y negocios, el principio iusfundamental de la inviolabilidad del domicilio confiere al individuo un derecho *prima facie* a que los comisionados de las Cámaras de artes y oficios no entren en sus talleres y negocios¹⁶. A

¹⁴ Con respecto a los conceptos de no-libertad y no-derecho, cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.2.1.

¹⁵ Cfr. al respecto BVerfGE 32, 54.

¹⁶ Con respecto a la equivalencia del derecho a una acción negativa (*Rab* $\neg G$) y la prohibición (relacional) (*Oba* $\neg G$), cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.2.1.

este derecho *prima facie* a acciones negativas corresponde una prohibición *prima facie* dirigida a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios de no entrar en talleres y negocios. Al autorizar el § 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios el ingreso a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios, la prohibición *prima facie* es sustituida por una permisión definitiva. Pero, esta permisión es equivalente a un no-derecho definitivo a la omisión del ingreso¹⁷. De esta manera, el derecho *prima facie* es sustituido por un no-derecho definitivo de igual contenido. Por lo tanto, la regla del § 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios es una restricción de un derecho fundamental.

Hasta ahora, el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido sólo para las reglas. Pero, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que "derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional" pueden limitar derechos fundamentales¹⁸, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restringentes no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos). Para llegar a restricciones definitivas, se requiere una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el (los) principio(s) que lo restringe(n). Por ello, podría pensarse que sólo las reglas —que, de acuerdo con la ley de colisión, representan el resultado de la ponderación¹⁹— y no los principios pueden ser restricciones. Esta concepción equipararía, en un cierto sentido, los principios, en tanto meros creadores potenciales de restricciones, con las normas de competencia. Sin embargo, en contra de una equiparación tal existe un argumento importante. Principios contrapuestos restringen materialmente las posibilidades jurídicas de la realización de principios iusfundamentales. Si no tuvieran vigencia los principios contrapuestos o si no tuvieran rango constitucional, aquellas posibilidades serían más amplias. Por ello, el problema no es el carácter de restricciones sino la constatación del alcance de su restricción definitiva.

Por ello, también los principios pertenecen a las normas que pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Un principio es una

¹⁷ Con respecto a la equivalencia *PbaG* \leftrightarrow $\neg Rab$ $\neg G$, ver supra, Capítulo 4. II. 1.2.1.

¹⁸ BVerfGE 28, 243 (261).

¹⁹ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 3.2.1.

restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido.

Ambas definiciones del concepto de restricción de derechos fundamentales referidas a reglas y principios tienen un carácter relativamente técnico. Este es irrenunciable si quiere lograrse una distinción clara entre normas con y sin carácter de restricción. Sin embargo, sigue en pie el deseo de definiciones que tengan una mayor proximidad con el lenguaje ordinario. Sobre la base de las definiciones dadas, son posibles muchas paráfrasis. Aquí será presentada una que, más allá de las normas restringentes de mandato y prohibición, se refiere a todas las normas restringentes: las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen la realización de principios iusfundamentales. Con las normas de mandato y prohibición, se ha mostrado paradigmáticamente qué significa restringir la realización de un principio iusfundamental.

3. Tipos de restricciones de los derechos fundamentales

Las propuestas de clasificación de las restricciones de derechos fundamentales son numerosas y de muy diferente tipo. En parte, las diferencias resultan de las diferentes finalidades de la clasificación, en parte se basan en oscuridades de los conceptos fundamentales, especialmente del concepto de restricción. Dos finalidades de tipo formal pueden ser fácilmente distinguidas. Se sigue la primera cuando se exponen las distinciones posibles *dentro* de la clase de las restricciones. Un ejemplo prominente al respecto es la finamente cincelada clasificación de Fr. Klein, basada en la distinción entre restricciones de garantías y restricciones de reservas²⁰. Se persigue la segunda finalidad cuando de lo que se trata es de la distinción *entre* normas que imponen restricciones y normas que, en cualquier sentido que sea, configuran, determinan el contenido o regulan el ámbito de los derechos fundamentales. Aquí hay que mencionar, sobre todo, la distinción de Lerche entre normas intervintentes, aclaratorias, definitorias de derechos fundamentales, para evitar abusos y solucionar conflictos

²⁰ Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Observación preliminar B XV 2, 3.

de competencia²¹. A pesar de muchos esfuerzos que han conducido a numerosas e importantes intelecciones, no puede decirse que exista ya una sistemática satisfactoria de las restricciones. Una razón para que ello sea así puede ser el hecho de que hasta ahora se ha renunciado a una fundamentación teórico-estructural de la teoría de las restricciones. En lo que sigue, se intentará, sobre la base de la distinción entre regla y principio y de la teoría de las modalidades jurídicas, que fueron ya la base de la definición del concepto de restricción de derechos fundamentales, lograr algunas clasificaciones importantes para la teoría estructural de los derechos fundamentales. Aquí se tratará sólo de distinciones dentro de la clase de las restricciones. El problema de la delimitación de las restricciones con respecto a otras normas en el ámbito de los derechos fundamentales será tratado más adelante.

3.1 Restricciones directamente constitucionales

Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, *indirectamente constitucionales*. Para aprehender la sistemática de las restricciones de la Ley Fundamental es indispensable, además, distinguir entre *restricción* y *cláusula restrictiva*. El concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho; el de cláusula restrictiva, a la perspectiva de la norma. Una cláusula restrictiva es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza *prima facie*. Las cláusulas restrictivas pueden ser *tácitas* o *expresas*. Veamos primero las cláusulas restrictivas expresas que contienen restricciones directamente constitucionales.

En algunas cláusulas es dudoso si son cláusulas restrictivas o partes del supuesto de hecho. Paradigmática es la formulación "pacíficamente y sin armas" en el artículo 8 párrafo 1 LF.²² La concepción

²¹ P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, págs. 106 ss.

según la cual en este tipo de cláusulas no se trata de "restricciones de derechos fundamentales sino de descripciones directamente constitucionales del alcance concreto de la garantía de una disposición iusfundamental"²² está muy difundida²³. Si se toma en cuenta tan sólo la formulación de la norma, aquella cláusula puede ser concebida tanto como formulación de una parte del supuesto de hecho o como formulación de una cláusula restrictiva. En el primer caso, el carácter pacífico y la falta de armas serán considerados como condiciones para que se produzca la protección iusfundamental; en el segundo, la cláusula formula en forma negativa (no: no pacíficamente o con armas) condiciones para la exclusión de la protección iusfundamental. Esto pone claramente de manifiesto que, si se recurre sólo a la formulación de la norma, no es posible una decisión acerca del carácter de la restricción. Desde luego, se tomaría una decisión si se pudiera aceptar la tesis de que todas las restricciones impuestas por el legislador constitucional no son restricciones sino perifrasis de lo garantizado, lo que tendría como consecuencia que no existiría ninguna restricción directamente constitucional. Todas las restricciones directamente constitucionales serían entonces —totalmente en el sentido de la teoría interna— sólo perifrasis del contenido de lo garantizado y podrían, en este sentido, ser calificadas de "inmanentes". Sin embargo, una tal concepción no es necesaria por razones conceptuales y sus consecuencias tampoco son deseables. La cláusula "pacíficamente y sin armas" puede ser considerada como una formulación abreviada de una regla que convierte los derechos *prima facie* que resultan del principio de la libertad de reunión en no-derechos definitivos. Esto responde exactamente a la definición de restricción dada más arriba. La regla expresada por la cláusula restringe la realización de un principio iusfundamental. Su peculiaridad consiste en que ha sido el propio legislador constitucional quien ha formulado la restricción definitiva. En esta medida, la disposición constitucional tiene carácter de regla. Sin embargo, detrás del nivel de la regla, conserva su importancia el nivel del principio. Cuando se ha constatado que una reunión no es pacífica, no goza de la protección del artículo 8 LF²⁴. Pero, en todos

los casos dudosos, para constatar que una reunión no es pacífica, se requiere una interpretación del concepto "no pacífico". Dentro del marco de esta interpretación, es también siempre necesario sopesar el principio iusfundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional. Esto muestra que la cláusula no es nada más que una decisión del legislador constitucional en favor de determinadas razones en contra de la protección iusfundamental. Pero, las razones en contra de la protección iusfundamental, cualquiera que sea su formulación, pertenecen al ámbito de las restricciones. Si se renunciara a esta adscripción, existiría el peligro de que el juego de razones a favor y en contra fuera sustituido por intervenciones más o menos intuitivas.

Los problemas que plantea el carácter de restricción de la cláusula "pacíficamente y sin armas" se deben esencialmente a que ella es una parte de la frase mediante la cual se confiere el derecho fundamental. Problemas similares se plantean en las cláusulas "todos los alemanes" (por ejemplo, artículo 8 párrafo 1 LF), "con el arma" (artículo 4 párrafo 3 frase 1 LF) y "fuentes accesibles a todos" (artículo 5 párrafo 1 frase 1 LF). De acuerdo con lo aquí expuesto, estas cláusulas tienen que ser consideradas como formulaciones de restricciones de derechos fundamentales definitivas directamente constitucionales. Menos problemas plantea la identificación como cláusula restrictiva cuando aparece en un párrafo separado. Así, la prohibición expresada en el artículo 9 párrafo 2 LF de asociaciones que "contradicen la idea del entendimiento entre los pueblos" puede, sin más, ser reconocida como restricción definitiva directamente constitucional.

No muy fácil es la clasificación de cláusulas que, por una parte, no formulan ninguna autorización expresa para la imposición de restricciones pero, por otra, se refieren a normas que, al menos en parte, tienen un rango inferior al de la Constitución. Un ejemplo interesante lo ofrece el artículo 2 párrafo 1 LF. Los derechos de terceros son restricciones directamente constitucionales sólo en la medida en que son derechos de rango constitucional. Los derechos que no tienen rango constitucional, cuya existencia depende, pues, de las decisiones del legislador que puede crearlos, conservarlos y eliminarlos, no son restricciones directamente constitucionales. Lo mismo vale para el orden constitucional. De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional Federal, pertenece al orden constitucional toda norma de rango constitucional como así también "toda norma que formal y

²² Fr. E. Schnapp, "Grenzen der Grundrechte" en *JuS* 1978, pág. 730.

²³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 310, habla en este contexto de "límites inmanentes de derechos fundamentales".

²⁴ Este resultado puede ser evitado sólo con la introducción de una cláusula de excepción tácita en la cláusula escrita, es decir, a través de una decisión en contra del texto literal.

materialmente sea conforme con la Constitución”²⁵. Sólo las normas de rango constitucional son restricciones directamente constitucionales. En la medida en que la cláusula “orden constitucional” permite la restricción a través de normas de rango inferior a la Constitución, es una cláusula de reserva: autoriza al legislador a establecer restricciones mediamente constitucionales. La tercera parte de la triada restrictiva del artículo 2 párrafo 1 LF, la ley moral²⁶, hace referencia a normas no jurídicas. La restricción de un derecho fundamental por las normas no jurídicas abarcadas por el concepto de ley moral no presupone ninguna intervención intermedia de normas de rango inferior al de la Constitución. Por lo tanto, falta la referencia a la competencia del legislador, que es constitutiva para las restricciones indirectamente constitucionales. Por ello, las normas no jurídicas abarcadas por el concepto de ley moral pueden ser clasificadas como restricciones directamente constitucionales.

Problemas de un tipo especial plantean las cláusulas que se refieren a determinadas normas del derecho de rango inferior a la Constitución. Ejemplos al respecto son la prohibición de asociaciones “cuyas finalidades o actividad contradigan las leyes penales” (artículo 9 párrafo 2 LF) y las “prescripciones de las leyes generales”, las “disposiciones legales para la protección de la juventud”, como así también el “derecho al honor personal” en los que encuentran sus restricciones, de acuerdo con la disposición del artículo 5 párrafo 2 LF, los derechos del artículo 5 párrafo 1 LF. En la medida en que las normas a las que se hace referencia se encuentren a disposición del legislador, es decir, éste puede conservarlas, eliminarlas o modificarlas, deben, sin más, ser clasificados como restricciones constitucionales indirectas y las cláusulas que las cubren, como cláusulas de reserva que fundamentan la competencia para la imposición de restricciones. Problemas surgen sólo si se supone que la Constitución ordena que rijan determinadas normas restrictivas del tipo indicado. Aquí se puede partir, sin mayor fundamentación, del hecho de que el legislador violaría normas de la Ley Fundamental si derogara todo el derecho al honor personal. ¿Significa esto que aquellas normas para la protección del

honor personal que tendrían que valer de acuerdo con la Constitución son restricciones directamente constitucionales? Hay que dar una respuesta negativa a esta pregunta. Cuando el legislador deroga normas constitucionalmente ordenadas para la protección del honor personal, ellas dejan de tener validez²⁷. Lo que vale es el mandato constitucionalmente fundamentado dirigido al legislador en el sentido de proteger el honor personal en la medida exigida por la Constitución, como así también derechos fundamentales a la protección que responden a este mandato. La competencia para imponer restricciones, que le es concedida al legislador por la cláusula “derecho al honor personal”, es, pues una competencia enmarcada por deberes iusfundamentales de protección. Sin embargo, esto no altera en nada la existencia de la competencia y, con ello, el carácter indirectamente constitucional de las normas que el legislador tiene que imponer o no derogar para usar debidamente su competencia.

Hasta ahora, se han considerado cláusulas restrictivas expresas que establecen restricciones directamente constitucionales. El ejemplo modélico de una cláusula *táctica* es la fórmula del Tribunal Constitucional Federal según la cual “teniendo en cuenta la unidad de la Constitución y la totalidad del orden de valores protegido por ella, [...] los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional pueden excepcionalmente limitar, en respectos particulares, también derechos fundamentales irrestringibles”²⁸. Esta cláusula se refiere a restricciones con carácter de principio, es decir, a principios de derecho fundamental (derechos fundamentales de terceros que entran en colisión) y a otros principios de la Constitución (otros valores jurídicos de rango constitucional).

Se podría objetar que la aceptación de restricciones constitucionales directas con carácter de principios trae como consecuencia que todo órgano estatal, apoyándose únicamente en principios constitucionales, es decir, sin autorización legal, podría intervenir en los derechos fundamentales. Sin embargo, tal no es el caso, pues a las disposiciones iusfundamentales hay que adscribirles no sólo posiciones *materiales* sino también *formales*. Esto coincide con la distinción de Schwabe entre una orientación material y modal de la protección

²⁵ BVerfGE 59, 275 (278); 6, 32 (41).

²⁶ Cfr. al respecto C. Starek, “Das ‘Sittengesetz’ als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit” en G. Leibholz y otros (comps.) *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, *Festschr. f. W. Geiger*, Tübinga 1974, págs. 259 ss., con referencias bibliográficas.

²⁷ En una situación similar, el Tribunal Constitucional Federal ha recurrido a una ordenanza de acuerdo con el 35 BVerfGG (BVerfGE 39, 1 (2 s. 68)); cfr. al respecto, J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980, págs. 241 ss.

²⁸ BVerfGE 28, 243 (261).

iusfundamental. La orientación modal debe referirse “al tipo y forma de un afectamiento de un bien protegido”²⁹. Por “tipo y forma” entiende Schwabe las condiciones formales de la actuación de los tres poderes en el ámbito de los derechos fundamentales. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, el mantenimiento del orden de competencias constitucional, la autorización a través de una norma suficientemente determinada y el cumplimiento de las prescripciones procedimentales. Un ejemplo de una posición formal iusfundamental es el derecho que el Tribunal Constitucional Federal adscribe al Artículo 12 párrafo 1 LF a que quien dicta ordenanzas no regule el ejercicio de la profesión sin autorización legal suficiente³⁰. Las posiciones formales iusfundamentales que tienen importancia, sobre todo dentro del marco de la reserva legal de derecho fundamental³¹, tienen como consecuencia que el peso preponderante de principios constitucionales opuestos no les confieren ya el status de autorizaciones suficientes de intervención. Así, por ejemplo, el Ejecutivo tiene que poder apoyarse en una restricción indirectamente constitucional bajo la forma de una ley también cuando principios constitucionales opuestos, en tanto restricciones directamente constitucionales, justifican materialmente una intervención.

3.2 Restricciones indirectamente constitucionales

Las restricciones indirectamente constitucionales son aquéllas cuya imposición está autorizada por la Constitución. La competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera clarísima en las cláusulas de reserva explícitas. Cláusulas de reserva explícitas son aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de disposiciones iusfundamentales que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones (artículo 2 párrafo 2 frase 2; artículo 8 párrafo 2; artículo 10 párrafo 2; artículo 11 párrafo 2; artículo 13 párrafos 2 y 3; artículo 17a LF). Aquí, hay que distinguir entre reservas simples y calificadas, según que se confiera sin más la competencia para imponer restricciones (por ejemplo, artículo 2

²⁹ J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 23.

³⁰ BVerfGE 53, 1 (15 s.).

³¹ Cfr. al respecto W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, págs. 102 ss., 110 ss.; Th. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechts-schranken*, págs. 36 ss.

párrafo 2, frase 3 LF) o experimente una limitación de contenido (por ejemplo, artículo 11 párrafo 2 LF)³². Los análisis precedentes han mostrado que existen competencias para la imposición de restricciones no sólo allí donde expresamente se habla de ellas. Cada vez que se hace referencia a leyes ordinarias como restricciones, se establece una competencia para la imposición de restricciones. Ejemplos son el artículo 2 párrafo 1 2^a media frase; artículo 5 párrafo 2 y artículo 9 párrafo 2 LF. Estas disposiciones, en la medida en que en ellas se hace referencia a leyes ordinarias, pueden ser llamadas “cláusulas de reserva implícitas”.

El problema central de las reservas es el de su delimitación. Aquí hay que distinguir entre los aspectos formales y los materiales. El aspecto formal se refiere, sobre todo, a la competencia para imponer restricciones, como así también a su procedimiento y forma. Aquí habrá de interesar sólo el aspecto material y éste sólo en la medida en que se refiere a la competencia del legislador para imponer restricciones. Esta es limitada no sólo por las condiciones mencionadas en las reservas cualificadas y también —si se parte de una garantía absoluta del contenido esencial³³— por la valla de contenido esencial, sino también por el principio de proporcionalidad y, con ello, por el mandato de ponderación³⁴. A través de esta vinculación entre competencia y ponderación se evita, por cierto, el resultado, incompatible con la sujeción del legislador a los derechos fundamentales, en el sentido de que los derechos fundamentales, en todo caso más allá de la valla del contenido esencial, se encuentran a disposición del legislador y, por lo tanto, carecen de contenido; pero, surge un nuevo problema. Dicho brevemente es el siguiente: el peligro de una sujeción demasiado débil es sustituido por el peligro de una sujeción demasiado fuerte. Este peligro puede ilustrarse muy claramente sobre la base de la tesis según la cual las reservas confieren al legislador sólo la competencia para

³² Problemas presenta la clasificación del artículo 8 párrafo 2 LF que, en parte, es incluida en las reservas simples (así, por ejemplo, Th. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, pág. 27) y, en parte, en las calificadas (así R. Zippelius en Th. Maunz/R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 24 edición, Munich 1982, pág. 150). Si se la refiere a la libertad de reunión en tanto tal, entonces es una reserva calificada, pues sólo autoriza la restricción bajo la condición de que la reunión se realice al aire libre. Si se la refiere a las reuniones al aire libre, es entonces una reserva simple. Como el principio iusfundamental representa el punto de referencia del concepto de restricción, hay que preferir la primera interpretación.

³³ Al respecto infra en esta sección.

³⁴ Cfr. supra, Capítulo 2. I. 8.

expresar aquello que, de todas maneras, resulta ya de sopesar o evaluar los principios respectivamente relevantes. Si esto fuera correcto, todas las restricciones indirectamente constitucionales simplemente trazarían restricciones directamente constitucionales, tendrían un carácter puramente declaratorio y nunca constitutivo. En la medida en que también en el caso de restricciones directamente constitucionales hay que exigir su establecimiento por parte del legislador, desaparecería totalmente la diferencia entre restricciones indirectamente constitucionales y directamente constitucionales. La legislación de reserva no sería más que la interpretación de las restricciones que ya existen en virtud de la Constitución. Como lo expresa Häberle, "todos los límites admisibles de los derechos fundamentales serían inmanentes a ellos mismos"³⁵. Las reservas no normarían ninguna competencia para la imposición de restricciones, sino tan sólo una competencia de interpretación. La razón de la adscripción de estas competencias al legislador residiría, sobre todo, en que existe un campo de acción para la interpretación³⁶.

Una debilidad esencial de la teoría interpretativa de las reservas reside en el hecho de que existen numerosos casos en los cuales el legislador puede *decidir* si impone o no restricciones. Aquí hay que distinguir entre dos grupos de casos. Un caso del primer grupo se da cuando no es claro si una restricción *R* es admisible o no en vista del peso de los principios opuestos. Bajo estas circunstancias, la competencia de decisión del legislador es una competencia para la determinación de la interpretación vinculante. Un caso del segundo grupo se da cuando es claro que la restricción *R* es admisible en vista del peso de los principios opuestos, pero el legislador tiene la libertad de imponerla o no. La existencia de este tipo de casos estaría excluida sólo si toda restricción admisible (permitida) estuviera también ordenada. Esto no puede suponerse. Así, existen casos en los cuales el legislador puede ser más generoso en contra de bienes colectivos y a favor de derechos individuales que lo que tendría que ser. Un ejemplo lo ofrece la resolución sobre oficios manuales en la cual el Tribunal Constitu-

³⁵ P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, pág. 126; en esta misma línea, W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pág. 115.

³⁶ Cfr. W. Krebs, op. cit. pág. 116. La teoría de la interpretación, en contra de W. Kries, *Schranken der Kulturfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, Munich 1967, pág. 102, no tiene necesariamente como consecuencia que, en principio, se prive al legislador de la prerrogativa de establecer restricciones. La competencia de interpretación puede estar ligada al legislador.

cional Federal declara, por una parte, que la demostración de capacidad profesional es conciliable con la Ley Fundamental pero, por otra, constata que al legislador le había quedado abierta la posibilidad de "dejar librado al libre juego de las fuerzas económicas el cuidado y promoción de la capacidad profesional y del rendimiento de los propietarios de talleres de oficios manuales"³⁷. En ambos casos se puede hablar de una competencia constitutiva para la imposición de restricciones por parte del legislador. En el primero, porque al legislador le es concedido el dominio sobre interpretaciones competitivas; en el segundo, porque la reserva legal le otorga al legislador la posibilidad de realizar el derecho fundamental en una medida mayor que la ordenada por la Constitución en vista de principios en competencia. Por lo tanto, existe una competencia constitutiva del legislador para imponer restricciones.

Con esto se ha expuesto que, en modo alguno, las reservas autorizan al legislador sólo a constatar lo que ya vale. Naturalmente, queda pendiente la cuestión de saber si también lo autorizan a aquello que Bachof llama una "auténtica restricción de la libertad", que "desplaza las restricciones con efecto constitutivo, más adentro en el ámbito de la libertad, que lo que ha sido fijado directamente en la Constitución"³⁸. Si, en la primera de las constelaciones expuestas, el legislador se decide por *R*, se decide por una restricción interpretativamente posible en vista del peso de los principios opuestos. En este caso, no se puede decir que va más allá de lo que directamente la Constitución ha fijado como restricción, sino sólo que va más allá de lo que, de acuerdo con una interpretación alternativa, ha de ser considerado como restricción directamente trazada por la Constitución. La segunda constelación es la contrapartida exacta de la "restricción auténtica" de Bachof. El legislador se queda por detrás de lo que la Constitución misma fija como restricción. Parece, pues, que ninguna de las dos constelaciones responde a las intenciones de Bachof y que, por lo tanto, está pensando en un tercer grupo de casos, definido por el hecho de que el legislador traza una restricción que supera aquello que es admisible de acuerdo con la ponderación de los principios relevantes. Pero, es inadmisible una restricción de un principio de

³⁷ BVerfGE 13, 97 (113 s.)

³⁸ O. Bachof, "Freiheit des Berufs" en *Die Grundrechte*, tomo 3, 1^{er} medio tomo. Berlin 1958, pág. 208; cfr., además, *Deutsches Staatsrecht*, pág. 123, donde se habla de una autorización "para intervenir en el contenido propiamente dicho del derecho fundamental".

derecho fundamental que vaya más allá de lo que es admisible de acuerdo con el peso de los principios opuestos.

Naturalmente, esta refutación de la teoría de la restricción auténtica se logra tan simplemente porque no se hacen diferenciaciones en el costado de los principios opuestos. Si se las hace, se ve que la teoría de la restricción auténtica es, en cierta medida, correcta. Más arriba se ha expuesto que en las ponderaciones no sólo hay que colocar principios materiales sino también formales³⁹. Así, en una ponderación, a más del principio material de la libertad de profesión y un principio material de ordenamiento político, puede jugar también un papel el principio formal de la decisión a través del legislador democráticamente legitimado. Este principio referido a la competencia de decisión del legislador y, por ello, formal es la razón para una competencia constitutiva del legislador para imponer restricciones, aun cuando ella esté limitada por principios materiales. En la medida en que la teoría de la restricción auténtica apunta a esto es correcta.

4. Acerca de la garantía del contenido esencial como restricción a las restricciones

Hasta ahora se ha hablado de restricciones de los derechos fundamentales. Del carácter de principio de las normas iusfundamentales resultó no sólo que, en vista de los principios opuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles sino también que su restricción y restringibilidad son restringidas. Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental⁴⁰. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad.

El artículo 19 párrafo 2 LF parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial. La interpretación de esta disposición es objeto de polémica. Si se prescinde de múltiples matices, las teorías del contenido esencial pueden ordenarse sobre la base de dos pares de conceptos, es decir, primero, según que refieran la garantía

³⁹ Capítulo 3. I. 4 y II. 3.1.

⁴⁰ Cfr. para más detalles, supra Capítulo 3. III. 2.2.2.3.

del contenido esencial a posiciones *subjetivas* o a una situación *objetiva* de normación iusfundamental y, segundo, según que interpreten la garantía en un sentido *absoluto* o *relativo*. Aquí no interesa exponer la discusión acerca de la garantía del contenido esencial⁴¹. Simplemente, habrá de mostrarse qué es lo que resulta para ella sobre la base de la teoría de los principios.

En una de sus primeras decisiones, el Tribunal Constitucional Federal dejó abierta la cuestión de si el artículo 19 párrafo 2 LF tiene que ser interpretado en un sentido subjetivo u objetivo: "Puede dejarse de lado la cuestión de si, en un caso concreto, el artículo 19 párrafo 2 LF desea prohibir la privación total de un derecho fundamental o sólo impedir que el contenido esencial del derecho fundamental en tanto tal sea afectado, por ejemplo, a través de la eliminación fáctica de la garantía enraizada en la Ley Fundamental, dada para la generalidad"⁴². Sin embargo, en decisiones posteriores, ha referido permanentemente la garantía del contenido esencial a posiciones individuales⁴³. En esto hay que estar de acuerdo con el Tribunal. Como habrá de exponerse en lo que sigue, los derechos fundamentales son primariamente posiciones del individuo. Cuando la Ley Fundamental establece algo que, por su pretensión, es tan importante como una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, entonces hay que referir esto, *por lo menos*, también a las posiciones iusfundamentales de los individuos.

Una interpretación objetiva como, por ejemplo, la de Fr. Klein, según la cual el artículo 19 párrafo 2 LF prohíbe "que la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social"⁴⁴, puede aparecer al lado de

⁴¹ Cfr. al respecto las exposiciones de Th. Maunz en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Artículo 19; H. Häckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlín 1967, págs. 49 ss.; J. Closta, *Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung*, Berlín 1975, págs. 39 ss.; L. Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlín 1983.

⁴² BVerfGE 2, 266 (285).

⁴³ Cfr. BVerfGE 6, 32 (41); 7, 377 (411); 13, 97 (122); 15, 126 (144); 16, 194 (201); 21, 92 (93); 22, 180 (219); 27, 344 (352); 30, 1 (24); 31, 58 (69); 32, 373 (379); 34, 238 (245); 45, 187 (242, 270 s.).

⁴⁴ H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Artículo 19, nota V 2 a. Como otros representantes de la teoría objetiva, cabe mencionar: E. R. Huber, "Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht" en *DÖV* 1956, págs. 142 s.; H. Peters, "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule" en K. A. Bittermann/H. C. Nipperdey/

la teoría subjetiva, pero no sustituirla. El hecho de que los problemas de la garantía del contenido esencial sean quizás más fácilmente solucionables dentro del marco de una teoría objetiva que dentro del marco de una teoría subjetiva no es una razón suficiente para arrojar por la borda la teoría subjetiva. El carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales habla en favor de un mantenimiento de la teoría subjetiva, por lo menos, al lado de la objetiva⁴⁵.

Las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa⁴⁶, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Como, de todas maneras, este vale, el artículo 19 párrafo 2 LF tiene simplemente una importancia declaratoria. En cambio, según la teoría absoluta⁴⁷, existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado.

Numerosas manifestaciones del Tribunal Constitucional Federal sugieren la suposición de que sostiene una teoría absoluta. Así, en la decisión sobre la grabación con cintas magnetofónicas, se dice: "Ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo con el criterio del principio de proporcionalidad"⁴⁸. En otras decisiones, habla de un "límite absoluto cuyo traspaso afectaría el contenido esencial de este derecho fundamental"⁴⁹, de un "límite extre-

U. Scheuner (eds.), *Die Grundrechte*, tomo IV, 1^{er} medio tomo, Berlín 1960, pág. 383; H. Jäckel, *Grundrechtsgeitung und Grundrechtssicherung*, págs. 49 ss.; S. Hendrichs, Artículo 19, observación al margen 23 ss. en I. v. Münch (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, tomo 1, 2a edición, Munich 1981.

⁴⁵ Para una vinculación de la teoría subjetiva con la objetiva, cfr. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 332 ss.

⁴⁶ Cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, págs. 58 ss.; E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, págs. 47 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 332 s.; BGH, DVBl 1953, 371; BGHSt 4, 375 (377).

⁴⁷ Cfr. H. Krüger, "Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG" en DÖV 1955, págs. 597 ss.; J. P. Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechts-theorie*, Berna 1982, págs. 152 ss.

⁴⁸ BVerfGE 34, 238 (245).

⁴⁹ BVerfGE 16, 194 (201).

mo"⁵⁰ y de los "últimos ámbitos intangibles"⁵¹. Sin embargo, existen también decisiones del tribunal que pueden ser interpretadas sólo en el sentido de una teoría relativa. En el fallo sobre bienestar juvenil y ayuda social⁵², el Tribunal tenía que examinar, entre otras, disposiciones de la Ley federal de asistencia social que establecían la internación en instituciones de asistencia social de aquellas personas que padecen enormes debilidades de voluntad o en su vida instintiva carecen totalmente de inhibiciones o son descuidados o corren peligro de quedar abandonadas y a las cuales se les puede otorgar una ayuda efectiva sólo en esas instituciones. De acuerdo con la concepción del Tribunal, estas disposiciones afectan el artículo 2 párrafo 2 frase 2 LF en su contenido esencial. En la fundamentación, constata, por lo pronto, que la "libertad de la persona es un bien jurídico tan alto que sólo puede ser restringido en virtud de razones especialmente importantes". En un segundo paso, menciona como razones especialmente importantes la protección de la comunidad y del afectado. Aquí es interesante el hecho de que bajo estas razones subsume la internación en un instituto de enfermos mentales peligrosos para la comunidad y de personas declaradas incapaces debido a debilidades mentales, casos que pertenecen a los clásicamente problemáticos de la teoría subjetiva absoluta. Luego, en un tercer paso, constata que en el presente caso no se trata ni de la protección de la comunidad ni de la protección del afectado, sino de la mejoría del afectado⁵³. El resultado es formulado en un cuarto paso: "Como el fin de la mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal", el derecho fundamental de la libertad queda afectado en su contenido esencial⁵⁴. Esta argumentación responde exactamente a la ley de la ponderación y, con ello, a la tercera parte del principio de proporcionalidad, es decir, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Una intervención intensa está sólo justificada si lo está por razones de peso. Aquí se da una intervención intensa pero ninguna razón justificante de peso. Por lo tanto, la intervención no está justificada. La prohibición de afectar el contenido esencial, tal como el Tribunal la entiende en esta deci-

⁵⁰ BVerfGE 31, 58 (69).

⁵¹ BVerfGE 6, 32 (41); cfr., además, BVerfGE 32, 373 (379).

⁵² BVerfGE 22, 180.

⁵³ BVerfGE 22, 180 (219).

⁵⁴ BVerfGE 22, 180 (220).

sión, no agrega nada⁵⁵. Si el Tribunal hubiese sostenido una teoría absoluta, tendría que haber partido de algunas posiciones existentes. Como una posición tal podría considerarse el derecho a no ser interno permanentemente o por largo tiempo. Pero, no parte de una posición tal. Más bien, hace depender la posición abarcada por la garantía del contenido esencial de las respectivas razones en contra de una protección. Pero, ésta es justamente la concepción de la teoría relativa⁵⁶.

La decisión que se acaba de exponer contradice la frase presentada del fallo sobre grabaciones secretas con cinta magnetofónica, que expresa una clara toma de posición en favor de la teoría absoluta. En conexión con el análisis del concepto de principio absoluto, se ha expuesto ya⁵⁷ que o bien esta frase es contradictoria o no proporciona nada para la teoría absoluta. Se pretende que ni siquiera intereses mayores de la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada⁵⁸. Si, desde *el punto de vista del derecho constitucional*, los intereses de la comunidad tienen un peso mayor que la protección de la configuración de la vida privada, necesariamente desplazan a ésta. Si, desde algún otro punto de vista, son superiores, no pueden desplazar la protección ordenada desde el punto de vista de la Constitución, siendo indiferente aquí el que se suponga la teoría absoluta o la relativa. De aquí hay que inferir que una teoría absoluta del contenido esencial no puede decir que razones superiores no son superiores, sino tan sólo que no existen razones superiores.

Cuando la teoría absoluta dice que hay posiciones con respecto a las cuales no existe ninguna razón superior que las desplace, en cierta medida tiene razón. Pero, en esta medida, se basa en la teoría rela-

⁵⁵ El Tribunal constata, después de la violación del Artículo 19, párrafo 2 LF, también la violación del principio de proporcionalidad (BVerfGE 22, 180 (220)). Podría haber comenzado directamente con este principio.

⁵⁶ Una instructiva vinculación de la garantía del contenido esencial con el principio de proporcionalidad se encuentra también en la decisión sobre la remisión de expedientes en un proceso de divorcio. La remisión es calificada como una intervención en el derecho a la personalidad del cónyuge. Luego se dice: "Sin la autorización de la cónyuge es sólo admisible si está justificado de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Si tal no es el caso, entonces esta medida viola el artículo 2 párrafo 1 en vinculación con el artículo 1 párrafo 1 y artículo 19 párrafo 2 LF" (BVerfGE 27, 344 (352)).

⁵⁷ Cfr. supra, Capítulo 3, I, 7.2.

⁵⁸ BVerfGE 34, 238 (245).

tiva. Más arriba⁵⁹ se ha dicho que un principio cuanto más se lo desplaza, tanto más resistente se vuelve. La fuerza de las razones opuestas tiene que aumentar desproporcionadamente. Ello responde a la ley de la decreciente cuota marginal de la sustitución, representable con curvas de indiferencia. Por ello, existen condiciones en las cuales puede decirse con muy alta seguridad que no tiene precedencia ningún principio opuesto. Estas condiciones definen el "núcleo de la configuración privada de la vida"⁶⁰. Pero, el carácter absoluto de su protección es una cuestión de las relaciones entre los principios. No puede excluirse una constelación en la cual los principios opuestos tienen precedencia. Sin embargo, la seguridad de la protección es tan alta que, bajo circunstancias normales, puede de hablarse de una protección absoluta. Desde luego, no debe perderse de vista la fundamentación relativa de esta protección. El alcance de la protección "absoluta" depende de las relaciones entre los principios. La impresión de que puede ser conocida directa o intuitivamente, sin ponderaciones, surge de la seguridad de las relaciones entre los principios. La convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas —y sólo éstos son derechos absolutos genuinos⁶¹— puede ser que sea considerada autovinculante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, pero no puede valer desde el punto de vista del derecho constitucional.

Con esto, se ha logrado el resultado. La garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 LF no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales. Pero, como es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, es una razón más en favor de la validez del principio de proporcionalidad.

⁵⁹ Capítulo 3, III, 2.2.2.3.

⁶⁰ Cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, pág. 64: "Lo que es descrito como 'núcleo' inviolable de la libertad de acción o de contratar es aquel ámbito a partir del cual no hay duda que no existe ningún bien jurídico legítimo de igual o mayor valor que restrinja derechos fundamentales."

⁶¹ Con respecto al problema de los derechos absolutos, cfr. A. Gewirth, "Are there any Absolute Rights?" en *The Philosophical Quarterly*, 31 (1981), págs. 1 ss.; J. Levinson, "Gewirth on Absolute Rights" en *The Philosophical Quarterly*, 32 (1982), págs. 73 ss.; A. Gewirth, "There are Absolute Rights" en *The Philosophical Quarterly*, 32 (1982), págs. 348 ss.

II EL SUPUESTO DE HECHO DE DERECHO FUNDAMENTAL Y LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta ahora se han considerado las restricciones de los derechos fundamentales, es decir, aquello que conduce a una exclusión de la protección iusfundamental y, en este sentido, representa la parte negativa de la norma iusfundamental. Ahora hay que ver el lado positivo de la garantía iusfundamental. Aquí se trata de dos conceptos: el del supuesto de hecho de derecho fundamental y el del ámbito protegido iusfundamental. En lo que sigue se considerará primeramente la relación entre el concepto de supuesto de hecho y el de ámbito de protección. A continuación habrá que fundamentar una teoría amplia del supuesto de hecho o del ámbito protegido.

1. Ambito protegido y supuesto de hecho

Los conceptos de ámbito protegido⁶² y de supuesto de hecho han de ser definidos diferentemente. Según el tipo de norma iusfundamental de que se trate. Pero, hay algo que es común a sus diferentes formulaciones si, como aquí, han de ser utilizados como contrapartidas al concepto de restricción: se refieren a aquello que es concedido *prima facie* por las normas iusfundamentales, es decir, sin tomar en cuenta las restricciones⁶³. Aquí se tratarán los dos conceptos sólo con respecto a normas iusfundamentales permisivas, como así también con respecto a normas que otorgan derechos de defensa. Más adelante⁶⁴, será considerada la estructura de las normas iusfundamentales que confieren derechos a acciones preventivas del Estado, como así también las peculiaridades del principio general de igualdad.

Los conceptos de supuesto de hecho y de ámbito protegido ofrecen las menores dificultades en el caso de normas iusfundamentales

⁶² En vez de ámbitos protegidos se habla también de "ámbitos de validez" (cfr., por ejemplo, J. P. Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, págs. 89 ss.) y de "ámbitos normativos" (cfr., sobre todo, Fr. Müller, *Juristische Methodik*, págs. 117 ss.). En parte estas expresiones son usadas como sinónimas y en parte, no.

⁶³ J. Schwabe, *Probleme der Grundsatzdogmatik*, pág. 152 habla en este contexto de un "ámbito de protección potencial del derecho fundamental".

⁶⁴ Capítulo 8, nota 91; Capítulo 9, II y IV, 3.

permisivas⁶⁵. A la norma iusfundamental que permite la catequización de quien sustenta otra fe religiosa⁶⁶ puede dársele la siguiente forma condicional:

- (1) Si una acción es una catequización de alguien que sustenta otra fe religiosa, entonces, *prima facie*, su realización está iusfundamentalmente permitida⁶⁷.

El supuesto de hecho de esta norma está constituido por la catequización de una fe religiosa extraña: a su ámbito protegido pertenecen todas las formas de acción que constituyen una catequización de una fe extraña. Supuesto de hecho y ámbito protegido coinciden plenamente: lo que cae bajo el supuesto de hecho cae también en el ámbito protegido. Cabe constatar otra congruencia más. Se puede designar la catequización de una fe extraña como un "bien protegido" de la norma presentada.

No tan fácil es la conexión entre supuesto de hecho y el ámbito protegido en normas que otorgan derechos de defensa. Los derechos de defensa son *derechos a acciones negativas* por parte de los destinatarios de derechos fundamentales. Más arriba, se han clasificado los derechos a acciones negativas en derechos a no impedimento de acciones del titular de derecho fundamental (por ejemplo, a no impedimento de la elección de la profesión), no afectación de propiedades y situacio-

⁶⁵ Cfr. supra, Capítulo 4, I, 2.2.1.3.

⁶⁶ Cfr. BVerfGE 12, 1 (4).

⁶⁷ Koch considera que las normas iusfundamentales, en la medida en que autorizan algo a los titulares de derechos fundamentales, establecen permisiones incondicionadas (H.-J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, pág. 20). Aquí es correcto que una norma como (1) puede, sin más, ser formulada como norma permisiva incondicionada: (1') A cada cual le está *prima facie* permitido apartar a otros de su fe religiosa. Pero, toda norma permisiva puede ser condicionalizada. La forma más simple de condicionamientos de normas permisivas incondicionadas es la cuantificación de acciones. Se obtiene entonces el siguiente esquema: (1") (x) ($Fx \rightarrow Px$). "x" es una variable de acción sobre individuos de acción, "(x)" el cuantificador universal (para toda x vale ...), " \rightarrow " el signo para el condicional (siempre que ..., entonces). "F" un predicado de acción, "P" el operador de permisión y "V" un operador de acción. (1") debe, por lo tanto, leerse así: Para todas las acciones x vale, si x tiene la propiedad F, entonces está permitido realizar x. La ventaja de una tal condicionalización es que así se obtiene un supuesto de hecho claramente delimitado. Con respecto al concepto del individuo de acción, cfr. D. Davidson, "The Logical Form of Action Sentences" en N. Rescher (ed.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh 1967, págs. 84 ss. Con respecto al concepto de un operador de acción, cfr. L. Lindahl, *Position and Change*, págs. 50 ss.

nes (por ejemplo, no afectación del ámbito de la esfera privada) y no eliminación de posiciones de derecho ordinario (por ejemplo, no eliminación de determinadas posiciones de propiedad)⁶⁸. Los conceptos utilizados para la formulación de estos derechos pueden ser reducidos a dos: el de bien protegido y el de intervención. **Bienes protegidos** son las acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectadas o eliminadas. El concepto de **intervención** constituye el concepto superior de los conceptos de impedimento, afectación y eliminación⁶⁹. Los derechos a acciones negativas son, pues, derechos a que no se realicen intervenciones en determinados bienes protegidos. Como ya se ha expuesto⁷⁰, al derecho a la no realización de una intervención corresponde el deber de no intervenir.

Es posible dar a las normas que otorgan derechos a acciones negativas una formulación en la que en la cláusula "si ..." aparece sólo el bien protegido. Un ejemplo es:

(2) Si una acción es una acción de elección de una profesión, entonces existe un derecho *prima facie* a que no se intervenga en ella.

La formulación del correspondiente deber reza:

(3) Si una acción es una acción de elección de una profesión, entonces está *prima facie* prohibido intervenir en ella.

La ventaja de esta construcción es que con ella se obtiene un supuesto de hecho muy simple. El supuesto de hecho describe simplemente el bien protegido; en el ejemplo, las acciones iusfundamentalmente protegidas. Esta descripción puede, al mismo tiempo, ser concebida como descripción del ámbito protegido. Por lo tanto, en esta construcción, el supuesto de hecho y el ámbito protegido de normas iusfundamentales permisivas y normas que conceden derechos de defensa coinciden. El supuesto de hecho de esta construcción puede ser llamado "*supuesto de hecho de bien protegido*".

Sin embargo, la construcción presentada no es recomendable. El concepto de supuesto de hecho pierde el carácter de contrapartida del concepto de restricción. Una relación de este tipo entre estos concep-

tos existe sólo cuando en la realización del supuesto de hecho, el derecho *prima facie* o la prohibición *prima facie* se convierte en derecho definitivo o en prohibición definitiva, en caso de que no intervenga una restricción. Si uno elige la construcción del supuesto de hecho de bien protegido, el dualismo de supuesto de hecho y restricción es sustituido por la tríada de supuesto de hecho, intervención y restricción. Pero, si se ven las cosas más de cerca, se muestra que esto no es otra cosa que una división del supuesto de hecho en dos elementos. (3) puede ser reformulado en:

(4) Si una medida interviene en la elección de la profesión, entonces está prohibida.

A (4) se le puede dar la forma:

(5) Si la acción *h* de un titular de derechos fundamentales es una acción de elección de una profesión y si la medida *m* interviene en *h*, entonces *m* está *prima facie* prohibida.

Esto suena un poco rebuscado, pero pone claramente de manifiesto la estructura. Ahora bien, en contra de una estructura triádica del examen de derecho fundamental (bien protegido/intervención/restricción) no hay nada que objetar: por el contrario, está hasta sugerida por (5). Sin embargo, ésta no es una razón suficiente en favor de una construcción de bien protegido del supuesto de hecho. El concepto de supuesto de hecho, en tanto concepto opuesto al de restricción, tiene la tarea de resumir totalmente los presupuestos materiales para la consecuencia jurídica *prima facie*. En el caso de las normas que otorgan derechos de defensa, esta tarea puede ser realizada sólo por un supuesto de hecho que, a diferencia de lo que sucede en las normas permisivas simples, está integrado por dos elementos: el bien protegido y la intervención. Un supuesto de hecho tal será llamado "*supuesto de hecho bien protegido/intervención*".

Que hay que incorporar en el concepto de supuesto de hecho el concepto de intervención lo muestra también el hecho de que la amplitud de la protección *prima facie* depende en igual medida de la amplitud del concepto que se refiere al bien protegido, como así también de la amplitud del concepto de intervención. La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre los derechos de ingreso e inspección establecidos por la Ordenanza de artes y oficios pone claramente de manifiesto esta conexión. El Tribunal lleva a cabo una

⁶⁸ Capítulo 4. II. 1.1.1.

⁶⁹ Con respecto a estos conceptos, cfr. supra loc. cit.

⁷⁰ Capítulo 4. II. 1.2.1.

interpretación tan amplia del concepto de domicilio que caen bajo él también talleres y negocios⁷¹ pero, luego, concibe el concepto de intervención tan estrechamente que ya no incluye inspecciones y visitas de los comisionados de las Cámaras de oficios manuales. No obstante la amplia versión del bien protegido abstracto, el resultado es una concepción estrecha del supuesto de hecho.

Si en los derechos de defensa se parte de un supuesto de hecho bien protegido/intervención, surgen entonces problemas con respecto a la coincidencia de contenido entre el concepto de supuesto de hecho y el de ámbito protegido. El discurso habitual de intervenciones en el ámbito iusfundamentalmente protegido presupone un concepto del ámbito protegido que se corresponda con el de bien protegido. Entre este concepto del ámbito protegido y un concepto de supuesto de hecho en el que está incorporado el concepto de intervención no existe ninguna congruencia de contenido. Para lograr una congruencia de contenido, al ámbito protegido exclusivamente referido al bien protegido —que será llamado “ámbito protegido en sentido estricto”— hay que contraponerle un ámbito protegido en sentido amplio. En el ámbito protegido en sentido amplio, cae todo aquello que está prohibido *prima facie*. Entre este concepto amplio del ámbito protegido y el supuesto de hecho bien protegido/intervención, existe una congruencia de contenido. Ambos conceptos de ámbito protegido tienen su justificación. Como aquí ha de tratarse de la relación entre supuesto de hecho y ámbito protegido, por una parte, y restricción, por otra, por lo general, se hará uso del concepto de ámbito protegido en sentido amplio.

La construcción del supuesto de hecho bien protegido/intervención se basa en relaciones entre los conceptos de intervención, de bien protegido, de restricción, de prohibición (derecho) definitiva y *prima facie*, que pueden ser aclarados a través de las dos siguientes leyes —que serán llamadas “leyes de intervención”— como así también sus contraposiciones:

(I) Todas las medidas que constituyen una intervención en un bien iusfundamentalmente protegido están *prima facie* iusfundamentalmente prohibidas.

(II) Todas las medidas que constituyen intervenciones en un bien iusfundamentalmente protegido y no están justi-

⁷¹ BVerfGE 32, 54 (68 ss.).

ficadas por una restricción están definitiva y iusfundamentalmente prohibidas.

(I') Todas las medidas que no están *prima facie* iusfundamentalmente prohibidas no constituyen una intervención en un bien iusfundamentalmente protegido.

(II') Todas las medidas que no están definitiva y iusfundamentalmente prohibidas no constituyen una intervención en un bien iusfundamentalmente protegido o están justificadas por una restricción⁷².

Estas leyes ponen claramente de manifiesto que los conceptos de bien protegido y de intervención no tienen necesariamente que determinar los pasos sistemáticamente primeros de un examen de derecho fundamental. Se puede inferir de intervenciones en los bienes protegidos prohibiciones *prima facie* (I), pero, también de la no existencia de una prohibición *prima facie* es posible inferir la no existencia de una intervención en un bien protegido (I'). Lo primero es recomendable en casos en los cuales es claro que existe una intervención. En cambio, en los casos en los que no es claro si algo ha de ser calificado como intervención —este tipo de casos es analizado sobre todo bajo la expresión “afectamientos fácticos”⁷³— es adecuado seguir la vía de la prohibición *prima facie*. Entonces, el que algo esté o no iusfundamentalmente prohibido es decidido directamente recurriendo al respectivo principio iusfundamental. Cuando, siguiendo la teoría del fin de la norma en el derecho civil⁷⁴, se propone no hacer depender

⁷² Puede verse fácilmente que (I') deriva lógicamente de (I) y (II') de (II) pues, en una representación simplificada, de *I* (intervención) → *F* (prohibición) se sigue $\neg F \rightarrow \neg I$. Una cuestión interesante para el concepto de intervención, que aquí no será decidida, es si vale: (III) Todas las medidas que *prima facie* están iusfundamentalmente prohibidas son intervenciones en un bien iusfundamentalmente protegido.

⁷³ Cfr. H.-U. Gallwas, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlin 1970; U. Ramsauer, *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums*, Berlin 1980; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 176 ss.; A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, págs. 230 ss.

⁷⁴ Cfr., por ejemplo, E. v. Caemmerer, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Friburgo 1956; J. G. Wolf, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Gotinga 1962; H. Stoll, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübinga 1968; E. Deutsch, *Haftungsrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich 1976, págs. 234 ss.; J. Esser/E. Schmidt, *Schuldrecht*, tomo 1, medio tomo 2, 5a edición, Heidelberg/Karlsruhe 1976, págs. 184 ss.

la existencia de una intervención de propiedades de la intervención, tales como inmediatez o finalidad, sino de la finalidad normativa iusfundamental⁷⁵, se apunta justamente en esta dirección.

2. Teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho

La consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones. Se puede construir un concepto de supuesto de hecho de derecho fundamental que abarque la totalidad de las condiciones de una consecuencia jurídica iusfundamental definitiva. Este concepto del supuesto de hecho de derecho fundamental será llamado "supuesto de hecho de derecho fundamental en sentido amplio". Dentro del supuesto de hecho de derecho fundamental en sentido amplio deben ser distinguidos el supuesto de hecho de derecho fundamental en sentido estrecho, que es exactamente lo que hasta ahora ha sido designado simplemente como "supuesto de hecho" y cláusula de restricción. En lo que sigue, se entenderá siempre por "supuesto de hecho" el supuesto de hecho de derecho fundamental en sentido estrecho.

Para que se produzca la consecuencia jurídica iusfundamental definitiva (la protección iusfundamental definitiva) tiene que estar satisfecho el supuesto de hecho y no estar satisfecha la cláusula restrictiva; para que no se produzca, o bien tiene que no satisfacerse el supuesto de hecho o satisfacerse la cláusula restrictiva. Este resultado simple es la base lógica de dos tipos de construcción totalmente diferentes de fundamentaciones iusfundamentales, es decir, la de la teoría *amplia* y la de la teoría *estrecha* del supuesto de hecho.

Cuando se trata de la cuestión de saber si una determinada forma de acción está iusfundamentalmente protegida, por ejemplo, si está iusfundamentalmente permitida, hay dos respuestas: o bien está permitida o no lo está. Estas dos respuestas pueden ordenarse en cuatro construcciones de fundamentación sobre la base de la división en supuesto de hecho y restricción, tal como se expone en el siguiente esquema:

- (1) supuesto de hecho (+), restricción (+): no permitida
- (2) supuesto de hecho (+), restricción (-): permitida
- (3) supuesto de hecho (-), restricción (+): no permitida
- (4) supuesto de hecho (-), restricción (-): no permitida

⁷⁵ U. Ramsauer, "Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck" en *VerwArch* (1981), págs. 99 ss. J. P. Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, pág. 90.

En la primera línea, la forma de acción (*h*) que hay que juzgar cumple el supuesto de hecho (+), está abarcada por la restricción (+) y por ello no está permitida; en el segundo caso, *h* cumple el supuesto de hecho pero no está abarcada por la restricción y, por lo tanto, está permitida, etc. Llama la atención que para la fundamentación de la permisión, sirve sólo una construcción pero, para la fundamentación de la no-permision, tres. Las tres construcciones son *equivalentes con respecto a su resultado*. Quien sostenga una teoría *amplia* del supuesto de hecho elegirá, de ser posible, la primera construcción. Quien prefiera una teoría *estrecha* del supuesto de hecho se decidirá, de ser posible, por la tercera o por la cuarta construcción. La tercera construcción tiene la estructura de una fundamentación doble: el supuesto de hecho no está satisfecho y, si lo estuviera, entendería una restricción.

A las relaciones entre la primera y la cuarta construcción, se refiere la frecuente constatación según la cual la restricción tiene que ser tanto más amplia cuanto más amplio sea el supuesto de hecho⁷⁶. Pero, esto vale sólo si —como en la primera y la cuarta construcción en el esquema—, no obstante la versión más amplia o más estrecha del supuesto de hecho, ha de lograrse el mismo resultado. Quien dese proteger definitivamente iusfundamentalmente lo más posible puede intentar hacerlo concibiendo ampliamente al supuesto de hecho y estrechamente a la restricción. Un supuesto de hecho amplio no está necesariamente vinculado con una restricción amplia. El que haya de ser vinculado con una restricción amplia es una cuestión normativa.

Por lo tanto, hay que distinguir entre una teoría amplia del supuesto de hecho, en tanto *teoría de la construcción*, y una teoría amplia del supuesto de hecho, en tanto *teoría normativa* referida al resultado. Sin embargo, como la vía o la construcción de una fundamentación puede tener influencia en su resultado, también una teoría amplia del supuesto de hecho bajo la forma de una teoría de la construcción tiene importancia normativa.

Tal como ya se señalara más arriba, aquí se sostendrá una teoría amplia del supuesto de hecho como teoría de construcción. Para su fundamentación, se requiere, por lo pronto, echar una mirada crítica a dos versiones de la teoría estrecha del supuesto de hecho, es decir,

⁷⁶ Cfr. W. Berg, *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, Berlín/Francfort 1968, pág. 42; U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", pág. 508; M. Kloepfer, "Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz", pág. 44.

a la teoría del alcance objetivo de Fr. Müller y la teoría de la limitación del supuesto de hecho sobre la base de leyes generales, formulada por Rüfner.

2.1. Teorías estrechas del supuesto de hecho

2.1.1. La teoría del alcance objetivo de Fr. Müller

La teoría del supuesto de hecho de derecho fundamental de Müller se basa en su teoría de las normas, que ya fuera expuesta y criticada⁷⁷. El rechazo de su teoría de las normas no implica necesariamente el rechazo de su teoría con respecto al problema acerca de qué es lo que *prima facie* está iusfundamentalmente protegido y, en este sentido, pertenece al supuesto de hecho de derecho fundamental. Habrá, pues, que analizar las respuestas de Müller a esta cuestión.

Según Müller, “ningún derecho fundamental está garantizado ilimitadamente”⁷⁸. Esto se sigue “de la única restricción realmente ‘inmanente’: de su calidad de derecho”⁷⁹. Müller fundamenta esta “reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales” con la pertenencia de los derechos fundamentales al orden jurídico constitucional y la imposibilidad de su ilimitabilidad que de aquí resulta: “En tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistématico de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’, como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución o, si se prefiere otra formulación, como elemento tácito de todo programa normativo iusfundamental. Se puede llamar también a esta reserva, la reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales”⁸⁰.

Sin embargo, según Müller, esta “reserva de la calidad de derecho” no significa, en modo alguno, que todas las normas iusfundamentales o bien presentan una cláusula restrictiva expresa o bien tienen que ser equipadas con una cláusula tácita. Justamente esto lo

rechaza tajantemente⁸¹. Más bien, significa “que a todo derecho fundamental, debido a su calidad de derecho, le están impuestas restricciones concretas a su otorgamiento”⁸². Por ello, según su “comprensión subyacente de las normas [...] en la determinación de garantías iusfundamentales [...] objetivas (no se trata) de anexos tácitos sino de contenidos escritos de normas, es decir, del *alcance normativo-objetivo* del *ámbito normativo* formulado por el texto de la ley, insinuado [...] o claramente presupuestado”⁸³. Por lo tanto, “la determinación de ‘límites’ y la determinación de ‘contenidos’” deben decir “objetivamente lo mismo”⁸⁴. “La cuestión dogmática primaria no (debe ser) cómo puede ser restringido un derecho fundamental sino: hasta dónde llega su contenido de validez que ha de ser desarrollado a partir del *análisis del ámbito normativo* [...] y su transmisión con el programa normativo de derecho fundamental”⁸⁵.

Por lo tanto, totalmente de acuerdo con el sentido de la teoría general de las normas de Müller, lo decisivo para el “alcance objetivo de un derecho fundamental”⁸⁶ es el *ámbito normativo*. Las formulaciones presentadas ponen claramente de manifiesto que el concepto de *ámbito normativo* juega dos papeles: el de un supuesto de hecho (“alcance normativo-objetivo del [...] *ámbito normativo*”) y el de una fuente de argumentos (“a partir del *análisis del ámbito normativo*”). Aquí habrá de interesar sólo el primer papel⁸⁷, el que juega el *ámbito normativo*, por ejemplo, cuando Müller dice que el pintar en cruces de calles no “pertenece” al *ámbito normativo* del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF⁸⁸.

Lo hasta ahora expuesto indica ya que en la teoría del alcance objetivo de Müller se trata de una teoría estrecha del supuesto de hecho. Esto se vuelve plenamente claro sólo con la teoría de Müller sobre las modalidades objetivas específicas. Al *ámbito normativo* deben pertenecer sólo modalidades del ejercicio de derechos funda-

⁷⁷ Ibídem, págs. 40, 50. Esta es probablemente la razón por la cual Müller considera que la expresión “reserva” en su fórmula “reserva de la calidad jurídica” es “prescindible y equívoca” (loc. cit., pág. 67).

⁷⁸ Ibídem, pág. 32.

⁷⁹ Ibídem (subrayado de R. A.).

⁸⁰ Ibídem, págs. 32 s.

⁸¹ Ibídem, pág. 87 (subrayado de R. A.).

⁸² Ibídem, pág. 20. Esta formulación ha sido tomada de BVerfGE 12, 45 (53).

⁸³ Para lo segundo, cfr. supra, Capítulo 2. II. 3.

⁸⁴ Fr. Müller, *Freiheit der Kunst*, pág. 59.

mentales protegidas “objetivo-específicamente”⁹⁹, “específicamente”¹⁰⁰, “iufundamentalmente específicas”¹⁰¹ u “objetivamente” pertenecientes¹⁰² pero no “modalidades no específicas del ejercicio de derechos fundamentales”¹⁰³. El concepto central en estos giros, es decir, el de “específico” es definido por Müller de la siguiente manera: “Una forma de ejercicio es específica cuando no se puede demostrar que carece de la conexión objetiva con la estructura (que previamente tiene que ser desarrollada dogmáticamente) del ámbito normativo de derecho fundamental”¹⁰⁴. Si una modalidad de acción es específica o no para el respectivo derecho fundamental ha de decidirse, pues, sobre la base del criterio “conexión con la estructura del ámbito normativo”. Müller formula exigencias relativamente altas con respecto a esta conexión. Ella se da cuando la modalidad cae en el ámbito “de lo estructuralmente necesario, esencial, para el ámbito normativo objetivo”¹⁰⁵. Para saber si tal es el caso o no, Müller ofrece un test simple. Una modalidad de acción no es específica si es *intercambiable*, si le queda abierta una “posibilidad [...] específica, equivalente, intercambiable, del ámbito normativo”¹⁰⁶ a quien le ha de estar prohibida la modalidad “inespecífica”. Este test de intercambiabilidad responde a la distinción entre ejercicios de derechos fundamentales y las “circunstancias accidentales ‘en la ocasión’ de un ejercicio de derecho fundamental”^{107, 108}.

⁹⁹ Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 74; cfr., además, págs. 93 y 98.

¹⁰⁰ Ibídem, pág. 73.

¹⁰¹ Ibídem, pág. 64.

¹⁰² Ibídem, pág. 74.

¹⁰³ Ibídem, pág. 88.

¹⁰⁴ Ibídem, pág. 100.

¹⁰⁵ Ibídem, pág. 99.

¹⁰⁶ Ibídem, pág. 101.

¹⁰⁷ Ibídem, pág. 96.

¹⁰⁸ Müller intenta completar estos criterios puramente formales con otros criterios. Esto sucede, sobre todo, en su teoría de lo *típico*. Según ella, en la determinación del “ámbito normativo objetivamente específico” hay que partir “por lo pronto, de las formas de ejercicio y de las situaciones típicas” (loc. cit., pág. 98). Desde luego, lo *típico* no debe ser “reducido a lo convencional, a lo habitual” (loc. cit., pág. 98; del mismo autor, *Freiheit der Kunst*, pág. 64) pues “justamente también lo atípico, lo individual, lo nuevo y espontáneo pueden ser protegidos objetiva y específicamente” (del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 99). Pero, si lo no-*típico* puede caer bajo el supuesto de hecho, entonces el concepto de lo *típico* puede ser un criterio para la inclusión en, pero no para la exclusión del

Lo que Müller quiere decir con esto se manifiesta en sus ejemplos. Especialmente instructivo es el caso que presenta Müller de un pintor que pinta en el cruce de dos calles muy transitadas¹⁰⁹. La solución de Müller es la siguiente: el pintar, en tanto tal, está protegido por el artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF. Sin embargo, no está protegido el aspecto de la acción “en un cruce de calles”. Por ello, una ley que prohíbe pintar en un cruce de calles no reduce ninguna “forma de acción específicamente protegida por un derecho fundamental”¹¹⁰, no limita ninguna “posibilidad específica de acción” del ámbito normativo¹¹¹. Se dirige “en contra de un hacer que cae dentro del círculo de la libertad artística y, sin embargo [...] no (pertenece) a su ámbito normativo”¹¹². Por ello, una ley tal no representaría o posibilitaría ninguna intervención ni necesitaría una reserva¹¹³. Lo mismo valdría “por ejemplo, para una prohibición de predicar o una prohibición de expresar opiniones políticas en aquellos cruces de calles, reiteradamente mencionada”¹¹⁴ o para un “músico que en horas de la noche en la calle o en viviendas con paredes delgadas improvisara su composición para timbales”¹¹⁵.

Las debilidades de esta construcción se vuelven notorias cuando uno realiza una subsunción bajo el artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF. No puede haber ninguna duda de que bajo esta disposición, cualquiera

supuesto de hecho. Interesante es un segundo criterio que apunta a la *finalidad* de la garantía iufundamental incluyendo aquello “por lo cual, de acuerdo con la experiencia histórica, con la convicción política y la intelección jurídica, ha sido garantizado el derecho fundamental” en lo “estructuralmente necesario, esencial para el ámbito normativo, objetivamente signado” (loc. cit.). Las finalidades de los derechos fundamentales podrían ser utilizadas para la delimitación del supuesto de hecho sólo si estuvieran tan determinadas que pudieran atribuirse características del supuesto de hecho que posibilitaran la decisión también en casos dudosos de exclusión. Sin embargo, esto puede ser objeto de duda no sólo porque, en general, es difícil la adscripción de finalidades a las normas (cfr. al respecto R. Alexy, “Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung” en *Sprache und Recht*, Loccumer Protokolle 31 (1980), págs. 143 ss.), sino, sobre todo, porque las finalidades que hay que adscribir a las disposiciones iufundamentales tienen esencialmente el carácter de principios.

¹⁰⁹ Ibídem, págs. 64, 73; del mismo autor, *Freiheit der Kunst*, págs. 56 s.

¹¹⁰ Del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 64; del mismo autor, *Freiheit der Kunst*, págs. 56, 65.

¹¹¹ Del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 73.

¹¹² Del mismo autor, *Freiheit der Kunst*, pág. 59; cfr., además, pág. 124.

¹¹³ Del mismo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 64.

¹¹⁴ Del mismo autor, *Freiheit der Kunst*, pág. 60.

¹¹⁵ Ibídem, pág. 124.

que sea lo demás que ella proteje, en todo caso están permitidas acciones de ejercicio del arte. Si uno se orienta por el texto del artículo 5 párrafo 3 frase 1 LF, que garantiza la libertad del arte sin restricción alguna y como no restringible, parece entonces plausible aclarar a esta disposición la siguiente norma de permisión¹⁰⁶:

(1) Si una acción es una acción artística, su realización está permitida¹⁰⁷.

Si se parte de esta norma, la cuestión decisiva para el cumplimiento del supuesto de hecho es si el pintar en un cruce de calles es o no una acción artística. La respuesta es fácil: es una acción artística pero, al mismo tiempo, es otra cosa, es decir, una perturbación y puesta en peligro del tránsito callejero. Esta segunda propiedad es una razón para prohibir la acción pero, lo que se prohíbe sigue siendo una acción artística. Esto significa que el pintar en un cruce callejero satisface el supuesto de hecho de una norma de permisión. Si, a pesar de ello, debe ser prohibido, hay que cambiar la norma. No puede tener como contenido el expresado en (1).

Cabe preguntarse cómo se comporta la teoría de la modalidad objetivamente específica de Müller frente a esta simple intelección. El hecho de que las "modalidades no específicas del ejercicio de derechos fundamentales"¹⁰⁸ no pertenezcan al ámbito normativo significa que, aun cuando presenten la propiedad indicada en el supuesto de hecho de una norma de permisión iusfundamental, las acciones no gozan de protección iusfundamental si, además, presentan otras determinadas propiedades que deben ser catalogadas como no específicas. Pero, esto significa justamente que en la norma permisiva presentada más arriba se incluye una cláusula de excepción referida a las modalidades no específicas:

(2) Si una acción es una acción artística y no presenta ninguna propiedad que sea una modalidad no específica, entonces su realización está permitida.

Si se quiere modificar la norma de esta manera y, al mismo tiempo, sostener que no se estatuye ninguna cláusula de restricción tácita,

¹⁰⁶ Con respecto al concepto de adscripción, cfr. supra, Capítulo 3, II. 1.1.

¹⁰⁷ Con respecto a la estructura lógica de las normas permisivas como (1), cfr. supra, nota 66.

¹⁰⁸ Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 88.

hay que sostener que la cláusula de excepción no es una cláusula restrictiva sino una parte del supuesto de hecho. Pero, esta tesis es insostenible, tanto por razones materiales como formales.

Es insostenible por razones materiales porque tanto el criterio de la especificidad como el de la intercambiabilidad es inadecuado para la delimitación de la protección o no protección iusfundamental. ¿Sería el pintar en un cruce callejero también una modalidad no específica y, por lo tanto, excluida de la protección iusfundamental, si el cruce callejero estuviera cerrado al tránsito y el pintar no molestara a nadie, es decir, si no hubiera ningún motivo razonable para la exclusión de la protección iusfundamental?¹⁰⁹ Si también en este caso fuera posible una exclusión del cruce callejero aduciendo que la permanencia en este lugar no es específica del pintar, es decir, que el lugar es intercambiable, entonces toda acción podría ser prohibida si tan sólo hubiera la posibilidad de realizarla en otro lugar, en otro momento y de otra manera. Pero, así, se habría privado al titular de derecho fundamental del derecho de determinar la manera de hacer uso de su libertad iusfundamental. Pero, este derecho es una posición iusfundamental esencial¹¹⁰.

La razón formal se vincula directamente con la material. Si en el caso del pintor callejero, no son la inespecificidad y la intercambiabilidad las que excluyen la protección, entonces tiene que serlo alguna otra cosa. Qué sea esto otro es fácilmente comprensible. Son los derechos de terceros y bienes colectivos, tales como la seguridad y la rapidez del tránsito. Esto pone claramente de manifiesto que si los criterios de Müller conducen en algún caso a un resultado correcto,

¹⁰⁹ Cfr. J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 160.

¹¹⁰ El derecho a determinar por sí mismo la forma y tipo de ejercicio de los derechos fundamentales no debe ser confundido con un, sin duda, no existente derecho del titular de derecho fundamental a definir por sí mismo el supuesto de hecho de las normas jusfundamentales (cfr. al respecto J. Isensee, *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, Heidelberg/Karlsruhe 1980, págs. 10 ss.). En tanto derecho *prima facie*, aquel derecho llega sólo hasta donde llega el supuesto de hecho referido a él, y vale como derecho definitivo sólo en la medida en que no esté abarcado por una restricción. El que *dentro del marco* del supuesto de hecho se determine por sí mismo no significa que se determine *sobre* el supuesto de hecho. Con respecto al derecho a determinar la forma y tipo del ejercicio del derecho fundamental, cfr. W. Schmitt Glaeser, "Die Freiheit der Forschung" en *Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung* 7 (1974), pág. 119, quien con respecto a la libertad de investigación señala que el titular de derecho fundamental tiene que decidir qué es lo necesario para ella.

ello se debe sólo al hecho de que detrás de ellos se encuentran razones correctas de restricción. Cuando tal es el caso, la racionalidad de la argumentación jurídica exige mencionar estas razones. Pero, esto significa que en la norma de permisión hay que incluir una cláusula restrictiva referida a razones permisibles de restricción. Como la libertad artística está garantizada sin limitaciones, esta cláusula restrictiva puede referirse sólo a normas de restricción de jerarquía constitucional. Una cláusula tal puede formarse siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal con respecto a la restricción de derechos fundamentales garantizados sin reserva alguna¹¹¹.¹¹² Si se la incluye en la norma permisiva, entonces ella adquiere la siguiente forma:

(3) Si una acción es una acción artística, entonces su realización está permitida a menos que principios de jerarquía constitucional que, debido a las circunstancias del caso, tengan prioridad sobre el principio de la libertad del arte, exijan su prohibición¹¹³.

Pero, de esta manera, la norma con su cláusula restrictiva hace expresa referencia al juego de argumento y contraargumento que los criterios de Müller ocultan pero no vuelven superfluo. Para que este juego pueda intervenir y se pueda comenzar a determinar racionalmente las restricciones definitivas, hay que mantener el supuesto de hecho amplio. Por ello, no puede aceptarse la versión de Müller de una teoría estrecha del supuesto de hecho.

2.1.2. La delimitación del supuesto de hecho sobre la base de leyes generales

Un segundo grupo de teorías estrechas del supuesto de hecho es el constituido por aquellas concepciones que excluyen del ámbito de protección aquello que es abarcado por leyes generales. Por genera-

¹¹¹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 28, 243 (261); 30, 173 (193).

¹¹² Cfr. supra, Capítulo 3, II, 3.3.

¹¹³ J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 163, propone una cláusula de contenido similar que desea agregar a "la garantía jusfundamental del arte libre" la restricción general: "La libertad del arte tiene que ceder en el caso particular frente a bienes jurídicos de mayor valor".

lidad de una ley pueden entenderse cosas muy diferentes¹¹⁴. Aquí interesan sólo dos tipos de generalidad, es decir, aquéllas que Smend llamaría "generalidad material" y "generalidad objetiva"¹¹⁵.

Según Smend— quien hiciera esta distinción dentro del marco de su interpretación del artículo 118 de la Constitución de Weimar —son *materialmente* generales todas las "leyes que tienen prioridad frente al artículo 118 porque el bien social por ellas protegido es más importante que la libertad de opinión"¹¹⁶. Häberle extiende la teoría de la generalidad material a todos los derechos fundamentales y llama, en este sentido, "general" a aquellas "leyes que, en virtud de la Constitución, tienen una jerarquía igual o superior frente al respectivo derecho fundamental"¹¹⁷. De ambas manifestaciones se infiere claramente que la generalidad material es una cuestión de precedencia y ponderación. Pero, esto significa que la teoría de la generalidad material no puede ser una teoría estrecha del supuesto de hecho. Para lograr una ponderación, la conducta que hay que ponderar tiene, por lo pronto, que estar abarcada por el derecho fundamental. Tiene que estar protegida *prima facie*. Pero, esto significa que cae en el ámbito protegido. El concepto de generalidad material es un concepto de resultado que depende de la ponderación. Representa el resultado de una ponderación entre las razones que deben ser adscriptas al costado del supuesto de hecho y las razones que deben ser adscriptas al costado de las restricciones en contra de una protección definitiva iusfundamental.

En cambio, el concepto de generalidad objetiva puede conducir a una teoría estrecha del supuesto de hecho. Segund Smend, una ley es *objetivamente* general cuando no contiene "limitaciones legales especiales, justamente de las manifestaciones de la opinión"¹¹⁸. Para subrayar que se trata de un concepto opuesto al de generalidad material, se puede también hablar de "generalidad formal"¹¹⁹. El concepto de generalidad objetiva o formal puede conducir a una teoría estrecha del

¹¹⁴ Cfr. C. Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1970, págs. 49 ss.

¹¹⁵ R. Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung" en del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2a edición Berlín 1968, págs. 96 ss. Con respecto a esta diferencia cfr., con amplia bibliografía, E. Schwark, *Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Berlín 1970.

¹¹⁶ R. Smend, loc. cit. págs. 97 s.

¹¹⁷ P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, pág. 32.

¹¹⁸ R. Smend, loc. cit. pág. 96

¹¹⁹ Cfr. R. Scholz, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Munich 1971, págs. 335 ss.

supuesto de hecho porque con ella es posible llegar a una exclusión definitiva de la protección iusfundamental, sin recurrir a ponderaciones. Se han propuesto numerosas variaciones de la exclusión definitiva de la protección iusfundamental sobre la base de leyes (formal o objetivamente) generales¹²⁰. Rüfner ha formulado una versión especialmente elaborada que explícitamente se presenta como teoría estrecha del ámbito de protección y del supuesto de hecho.

Rüfner comienza con la constatación de que "ni la Ley Fundamental ni ninguna Constitución democrática de Estado de derecho pretende una protección legalmente ilimitada de la libertad"¹²¹. Esto puede admitirse sin más. La cuestión es saber cómo ha de construirse la limitación. La construcción de Rüfner consiste en una vinculación de los conceptos de ley general y de orden jurídico general con el de ámbito protegido. La invocación de un derecho fundamental no otorgaría "ningún privilegio con respecto al *orden jurídico general*"; más bien, "las leyes generales han de ser respetadas también en el ejercicio de un derecho fundamental"¹²². Esto no significaría que se "postule una reserva legal general para todos los derechos fundamentales"¹²³. Las leyes generales, que Rüfner define como aquéllas "que no tienen ninguna relación con el ejercicio del respectivo derecho fundamental relevante", deben —y esto es decisivo para su construcción— "no afectar el ámbito de protección del— limitado!— derecho fundamental"¹²⁴. Deben referirse a "acciones fuera del ámbito protegido". La inclusión en el orden jurídico general comenzaría allí donde el derecho fundamental "tiene su límite objetivo". Con ello, las leyes generales no impondrían "ninguna restricción adicional al derecho fundamental". Por lo tanto, una ponderación no sería ni necesaria ni permisible¹²⁵: "En tales casos, la tarea importante y difícil del intér-

¹²⁰ Cfr. O. Bachof, "Freiheit des Berufs", págs. 195 s.; K. A. Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, págs. 26 ss.; U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", págs. 510 s.; P. Selmer, "Generelle Norm und individueller Grundrechtsschutz" en *DÖV* 1972, pág. 558; U. Schwäbile, *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*, Berlin 1975, págs. 176 ss.; H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, pág. 78.

¹²¹ W. Rüfner, "Grundrechtskonflikte" en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, compilado por C. Starck, tomo 2, Tübingen 1976, pág. 456.

¹²² Loc. cit., pág. 457.

¹²³ Ibídem.

¹²⁴ Loc. cit. pág. 458.

¹²⁵ Esto debe ser diferente sólo dentro del marco del artículo 5 párrafo 2 LF. La reserva de la ley general allí formulada tiene una doble función. Por una parte,

prete consiste tan sólo en delimitar correctamente el ámbito protegido del derecho fundamental"¹²⁶.

Por lo tanto, los conceptos de ámbito protegido y de ley general se refieren a dos aspectos de una misma cosa. Si una ley no interviene en el ámbito protegido de un determinado derecho fundamental, entonces para este derecho fundamental es general y, si es general para un determinado derecho fundamental, entonces no interviene en el ámbito protegido de este derecho fundamental. Por lo tanto, del ámbito protegido puede inferirse la generalidad y de la generalidad el ámbito protegido. Cuando Rüfner dice que de lo que se trata es de "reconocer el ámbito de protección de los diferentes derechos fundamentales"¹²⁷, expresa una cierta preferencia en favor de la vía a través del ámbito de protección. Por ello, la cuestión consiste en saber cómo puede reconocerse el ámbito protegido. Rüfner ofrece el siguiente test: "Supongamos que el derecho opuesto al (supuesto) ejercicio del respectivo derecho fundamental no está contenido en la Ley Fundamental y tampoco encuentra en ella ningún apoyo. ¿Podría entonces sostenerse seriamente [...] que una procesión no podría ser prohibida a causa del peligro de una epidemia [...]? Plantear esta pregunta significa negarla"¹²⁸.

Las debilidades de este criterio se vuelven patentes si uno amplía este experimento mental. Supongamos que la evitación de un peligro de epidemia no sólo no sea una razón de prohibición contenida en la Ley Fundamental o que pueda basarse en la Ley Fundamental ni tampoco ninguna razón que deba ser tenida en cuenta independientemente de la Ley Fundamental. Entonces, la procesión sería una acción de práctica de la religión en contra de cuya protección iusfundamental no podría aducirse nada. Bajo estas circunstancias, caería sin duda dentro del ámbito de protección iusfundamental. Esto pone claramente de manifiesto que cuando se produce una exclusión del ámbito de

expresa el principio general según el cual el actuar fuera del ámbito protegido encuentra una restricción en las leyes generales y, por otra, abre la posibilidad de intervenir en los ámbitos protegidos por el artículo 5 párrafo 1 LF. Sólo en este último caso sería permisible una ponderación. Rüfner renuncia expresamente (cfr. su "Grundrechtskonflikte", pág. 547, nota 16) a su antigua concepción según la cual en toda ley general puede ser necesaria una ponderación (cfr. su "Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte" en *Der Staat* 7 (1968), págs. 57 s.).

¹²⁶ Ibídem, pág. 458.

¹²⁷ Ibídem, pág. 460 (subrayado de R. A.).

¹²⁸ Ibídem, págs. 460 s.

protección debido al peligro de una epidemia, ello se debe a una *razón en contra de la protección iusfundamental*. Pero, si existe una protección iusfundamental, cuando no hay una razón en contra, entonces la razón en contra tiene que poseer propiedades que justifiquen desplazar a segundo plano la protección iusfundamental que existe sin ella. Esta propiedad la posee cuando satisface una cláusula como la del Tribunal Constitucional Federal para la restricción de los derechos fundamentales otorgados sin reserva. Pero, carece de estas propiedades si no puede ser equiparada al principio iusfundamental que habla a favor de una protección iusfundamental.

Esta simple reflexión no sólo priva de fundamento al test de Rüfner sino que plantea serios problemas a la teoría estrecha del supuesto de hecho en general, pues muestra que la protección iusfundamental depende siempre de una relación entre una razón para una protección de derecho fundamental y una contrarrazón admisible, y no de propiedades independientemente reconocibles del ámbito de protección de los objetos de protección que deben o no ser incluidos en él o de las leyes generales. A la teoría estrecha del supuesto de hecho le queda sólo una salida para escapar a este problema. Puede admitir que la exclusión del supuesto de hecho o del ámbito de protección tiene, por cierto, algo que ver con el juego de razones y contrarrazones pero no con una ponderación. En los casos de exclusión, el mayor peso de la contrarrazón sería tan patente que la ponderación se vuelve totalmente superflua. Una prueba al respecto serían los casos del artista que roba su material o del homicidio en un escenario teatral¹²⁹. Sin embargo, no todos los casos en los que Rüfner aboga por una exclusión del supuesto de hecho son tan claros como éstos. No hay duda que, en caso de un peligro serio de epidemia, puede prohibirse una procesión. Pero, en el caso de un reducido peligro de epidemia, ¿quedan también excluidas la invocación al derecho fundamental del ejercicio de la propia religión? En este caso, no podría hacerse nada en contra de medidas de persecución religiosa adoptadas ante el menor peligro de epidemia, algo que puede suceder muy fácilmente. La teoría estrecha del supuesto de hecho es demasiado basta para aprehender este tipo de casos. En caso de un peligro serio de epidemia puede admitir una exclusión definitiva del supuesto de hecho y en caso de que no exista peligro de epidemia sostener definitivamente la protección iusfundamental; pero, para los casos intermedios jurídica-

mente interesantes, en los que se requiere una ponderación, o bien no proporciona ninguna respuesta o conduce a contradicciones o a construcciones demasiado complicadas. Conduce a contradicciones cuando hace depender la exclusión del ámbito de protección de ponderaciones, pues su programa consiste en la exclusión del ámbito de protección sin recurrir a ponderaciones. Conduce a construcciones demasiado complicadas si, en el caso de una clara primacía de la razón opuesta, supone una exclusión del ámbito de protección y, en los casos intermedios, un problema de restricción solucionable a través de una ponderación. En cambio, la solución de la teoría amplia del supuesto de hecho es no contradictoria y simple. Si una razón habla a favor de la protección iusfundamental, hay que afirmar su tipicidad, por más fuertes que puedan ser las razones en contra. Esto no significa que en todos los casos haya que llevar a cabo ponderaciones amplias. Pero sí que también los casos claros de no-protección iusfundamental son el resultado de una ponderación y que hay que mantener abierta la *posibilidad* de ponderación para todos los casos y que en modo alguno puede ser reemplazada por evidencias, de cualquier tipo que ellas sean.

2.2 Una teoría amplia del supuesto de hecho

La debilidad de las dos teorías estrechas del supuesto de hecho consideradas más arriba reside en que no construyen la exclusión definitiva de la protección iusfundamental como un juego de razones y contrarrazones, es decir, como el resultado de una ponderación entre principios, sino, al menos en una serie de casos, como el resultado de la aplicación de criterios supuestamente libres de ponderación. Se ha mostrado que estos criterios, cuando conducen a resultados justificados, son el resultado de ponderaciones correctas. Esto puede ser generalizado. Los juicios de derecho fundamental son correctos sólo si pueden ser el resultado de una ponderación correcta. Si son fundamentados sin ponderación, su corrección depende de que el resultado fundamentado sin ponderación pueda también ser el resultado de una ponderación correcta.

Esta concepción requiere una teoría amplia del supuesto de hecho. Una teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en el ámbito protegido todo aquello en favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental. La forma de la inclusión

¹²⁹ Cfr. W. Rüfner, loc. cit., pág. 460.

en el ámbito de protección y del caer bajo el supuesto de hecho puede ser muy diferente. Por ello, la teoría amplia del supuesto de hecho contiene un haz de reglas que se refieren a diversas formas de inclusión. Aquí serán presentadas tan sólo dos especialmente importantes:

(1) Todo lo que presenta una propiedad que —considerada aisladamente— basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades.

Ejemplos al respecto son los casos analizados más arriba del pintar en un cruce callejero y de la procesión en caso de peligro de epidemia.

(2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias.¹³⁰

Como ejemplo puede presentarse el concepto de la prensa. Una serie de autores propone una interpretación estrecha. Así, la prensa ha de ser "sólo la publicación en periódicos y revistas de noticias y opiniones político-culturales-cosmovisionales, como así también de la demás información objetiva". En cambio, el Tribunal Constitucional Federal ha sostenido una interpretación amplia: "El concepto 'prensa' debe ser interpretado amplia y formalmente; no puede hacérselo depender de una valoración —cualesquiera que sea su amplitud— de los diferentes productos impresos. La libertad de prensa no está limitada a la prensa 'seria'".¹³¹ Interesantes son las consecuencias que el Tribunal saca de aquí para el costado de las restricciones. La versión amplia no significa que haya que otorgar protección iusfundamental "en igual medida a todo órgano de prensa en todo contexto jurídico y para cada contenido de sus manifestaciones". Más bien, "en la ponderación entre la libertad de prensa y otros bienes jurídicos iusfundamentalmente protegidos" podrían ser consideradas las propie-

¹³⁰ Con respecto al concepto del campo semántico, cfr. R. Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", págs. 186 ss.

¹³¹ H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, artículo 5, nota VI 3. Para otras interpretaciones estrechas, cfr. H. Krüger, "Der Wesensgehalt der Grundrechte" (1976), pág. 58; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 394.

¹³² BVerfGE 34, 269 (283).

dades especiales del respectivo producto de prensa.¹³³ Esto responde exactamente a la teoría amplia del supuesto de hecho.

Más arriba se ha subrayado que en el caso de los supuestos de hecho bien protegido/intervención, la amplitud del supuesto de hecho depende no sólo de la amplitud del concepto referido al bien protegido sino también de la amplitud del concepto de intervención.¹³⁴ Por ello, la regla (2) requiere un concepto amplio de intervención. Un ejemplo de una decisión que toma esto en cuenta es el fallo sobre la Ley del horario de cierre de los comercios, en el cual el Tribunal Constitucional Federal trata la norma sobre las horas de cierre dirigida al propietario del comercio como un impedimento para la compra por parte del cliente y, por lo tanto, como una intervención en su libertad general de acción.^{135, 136}

La teoría amplia del supuesto de hecho está expuesta a numerosas objeciones. El primer grupo de ellas apunta a un dilema. En efecto, una teoría amplia del supuesto de hecho o bien otorgaría demasiada protección iusfundamental, lo que tendría como consecuencia una paralización de la legislación¹³⁷ y una puesta en peligro de otros bienes jurídicos¹³⁸, o bien, para lograr una medida adecuada de protección iusfundamental, no tomaría en serio la sujeción al texto de la Constitución.¹³⁹ Además, no sería honesta porque quitaría, por la vía de las restricciones, lo que previamente habría garantizado a través del supuesto de hecho.¹⁴⁰

¹³³ Ibídem.

¹³⁴ Supra, II, 1.

¹³⁵ BVerfGE 13, 230 (232 s.).

¹³⁶ Como ya se señalara más arriba, el análisis de la teoría amplia del supuesto de hecho se limitará aquí a los derechos de defensa. Los supuestos de hecho de normas que confieren derechos de igualdad serán analizados más adelante. Que también normas que confieren derechos a acciones positivas pueden presentar la separación entre supuesto de hecho y cláusula restrictiva lo pone de manifiesto la "reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede pretender razonablemente de la sociedad", que el Tribunal Constitucional Federal cotrapone a una por él no decidida "pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio" (BVerfGE 33, 303 (333)). Tan pronto como, en los derechos a prestaciones positivas, se lleva a cabo la separación entre supuesto de hecho y restricción, se plantea también en ellos necesariamente la cuestión de una teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho.

¹³⁷ W. Rüfner, "Grundrechtskonflikte", pág. 456.

¹³⁸ J. Isensee, *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, pág. 30.

¹³⁹ W. Rüfner, loc. cit., pág. 456.

¹⁴⁰ J. Isensee, loc. cit., pág. 31.

Estas objeciones pueden apoyarse en el hecho de que una teoría amplia del supuesto de hecho tiene que excluir más a través de las restricciones que una teoría estrecha. Esto tiene relevancia práctica, sobre todo en el caso de los derechos fundamentales garantizados sin reservas. Una teoría estrecha del supuesto de hecho tiene la ventaja de poder renunciar totalmente o en gran medida a cláusulas restrictivas tácitas. Sin embargo, para ello tiene que pagar un alto precio. Tiene que excluir aquí acciones que, de acuerdo con el texto de las normas iusfundamentales, caen bajo el supuesto de hecho. También en caso de peligro de una epidemia, una procesión sigue siendo una acción de práctica de la religión y el pintar en lugares en los que se pone en peligro o se molesta a otras personas sigue siendo una acción artística. El argumento de que el texto de la Constitución no es tomado en serio puede, pues, ser también utilizado en contra de la teoría estrecha del supuesto de hecho. En contradicción con el texto, excluye del supuesto de hecho algo que cae bajo él. Por lo tanto, la cuestión puede tan sólo rezar qué es lo que debe preferirse: un aflojamiento de la sujeción al texto desde el costado del supuesto de hecho o desde el costado de la restricción, que puede orientarse por una cláusula como la formulada por el Tribunal Constitucional Federal para la restricción de derechos fundamentales garantizados sin reservas.

En la respuesta a esta cuestión interviene el problema de la honestidad. Para su análisis es relevante el hecho de que se trata de un problema que afecta no sólo a los derechos fundamentales garantizados sin reserva, sino a todos los derechos fundamentales, es decir, también a aquellos otorgados con reservas. La técnica de la normación de derechos fundamentales ha provocado siempre observaciones críticas. Así, Fechner habla de una "problematicidad sumamente inquietante" y de una "ambigüedad de los derechos fundamentales" que llama especialmente la atención cuando un primer párrafo despierta "la ilusión de una validez ilimitada que queda frustrada cuando se sigue leyendo"¹⁴¹. En su informe sobre la Constitución de la República Francesa, Marx considera que es un "ardid el prometer la libertad plena, establecer los más bellos principios y dejar su aplicación, los *Details*, librada a la decisión de 'leyes posteriores'"¹⁴². Al comienzo de su investigación sobre la reserva legal, W. Jellinek se pregunta para

¹⁴¹ E. Fechner, *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tübingen 1954, páginas 1 ss.

¹⁴² K. Marx, "Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848" en K. Marx/Fr. Engels, *Werke*, tomo 7, Berlín 1960, págs. 503 s.

qué sirve que "la primera frase de un artículo sobre derecho fundamental confiera solemnemente un derecho si en la segunda permite restricciones a través de leyes"¹⁴³. Si con estas manifestaciones se quisiera eliminar totalmente el problema mencionado, el catálogo de derechos fundamentales tendría que ser sustituido por un sistema amplio de reglas objetivas. Ello conduciría a una codificación con respecto a la cual es de suponer que su extensión no sería inferior a la del Código Civil. Sin embargo, un procedimiento tal, que tendría como consecuencia que los derechos fundamentales ya no serían lo que son, no es la única solución del problema de la honestidad. La inseguridad que existiría si uno no pudiera atenerse nada más que al texto de las cláusulas restrictivas puede ser eliminada mediante una jurisprudencia constitucional continuada y racional orientada por el principio de proporcionalidad. Cuando tal es el caso, ya no puede hablarse seriamente de ambigüedad, ardil, inutilidad o deshonestidad. De esta concepción hay sólo un pequeño paso al conocimiento de que la objeción de deshonestidad no afecta la teoría amplia del supuesto de hecho. Por el contrario, un ciudadano considerará más honesto y convincente —si está interesado no sólo en el resultado sino también en su construcción y fundamentación— que un no otorgamiento de la protección iusfundamental sea fundamentado aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta en virtud de la Constitución, que cuando se le dice que su comportamiento no está abarcado por leyes objetivamente específicas o generales o que está excluido de la protección iusfundamental, desde el comienzo, por no pertenecer al ámbito protegido.

Un segundo haz de objeciones tiene que ser tomado en cuenta más seriamente. Cuanto más ampliamente sean concebidos los supuestos de hecho, tanto mayor es el número de casos en los cuales tienen relevancia las normas iusfundamentales y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales. En contra de esto se objeta una "iusfundamentalización de todo el derecho", una "expansión de los derechos fundamentales", que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal¹⁴⁴.

¹⁴³ W. Jellinek, "Grundrechte und Gesetzesvorbehalt" en *Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1 (1946), pág. 4.

¹⁴⁴ C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", págs. 245 s.

Se ha señalado más arriba que la teoría amplia del supuesto de hecho, en tanto teoría constructiva, no conduce necesariamente a una mayor protección iusfundamental definitiva que la teoría estrecha. Aquello que una teoría estrecha excluye del supuesto de hecho, puede dejarlo caer en una teoría amplia, al menos en principio, bajo las restricciones. Sin embargo, hay algo de correcto en la tesis de la expansión. Lo que se expande no es necesariamente la protección definitiva pero sí la protección *prima facie*. Pero, esto significa que se aumenta el número de los casos cuya solución puede ser presentada como el resultado de una ponderación entre la razón que ha de ser adscripta al costado del supuesto de hecho y una razón, adscripta al costado de la restricción, en contra de la protección iusfundamental. La cuestión es si esto ha de ser valorado negativamente.

En favor de una valoración negativa pueden aducirse varias razones. Según la primera de ellas, como casi todo caso jurídico se convertiría en un caso de derecho fundamental, se llegaría a una superposición superflua y errónea de la argumentación jurídica ordinaria con la argumentación iusfundamental. Esta objeción puede ser refutada con la ayuda de la diferencia entre casos de derecho fundamental actuales y potenciales. Por un caso de derecho fundamental *potencial* habrá de entenderse un caso en el que ciertamente puede argumentarse iusfundamentalmente pero, una argumentación iusfundamental es totalmente superflua porque no hay ninguna duda con respecto a la admisibilidad iusfundamental de la solución jurídica ordinaria. Un caso *actual* de derecho fundamental se diferencia de ello porque en él cabe dudar acerca de la protección o no protección iusfundamental, de forma tal que hay que argumentar iusfundamentalmente. Si siempre fuera perfectamente claro si un caso es un caso actual o potencial de derecho fundamental, la teoría estrecha del supuesto de hecho tendría algo a su favor. En los casos potenciales de derecho fundamental podría negarse la tipicidad mientras que la solución de los casos actuales de derecho fundamental podría lograrse a través de las restricciones. Sin embargo, la distinción entre los casos potenciales y actuales de derecho fundamental no es en modo alguno clara. Más bien, entre la total certeza de la protección o no protección iusfundamental y la total incertidumbre acerca de si cabe o no una protección, hay que suponer una escala de grados de certeza/incertidumbre. La existencia de diferentes grados de certeza e incertidumbre es sólo el aspecto objetivo del asunto. A ello se suma un aspecto subjetivo. Diferentes personas atribuyen a casos diferentes puestos diferentes en la escala

certeza/incertidumbre. Debido a ello, toda teoría estrecha del supuesto de hecho tiene una posición difícil. Aunque es plausible en los casos en los que cada cual —o, al menos, todo aquel que posea un cierto grado de información o razonabilidad— supone con plena certeza la no protección, se vuelve problemática en los casos en los que algunos no poseen este grado de certeza. Quienes abogan por una exclusión de la protección pueden intentar convencer a sus adversarios con argumentos que apuntan a la voluntad de los padres de la Constitución, a la costumbre, al carácter no específico del ejercicio de derecho fundamental o a algo parecido. En la medida en que esto suceda, pueden permanecer dentro del marco de la teoría estrecha del supuesto de hecho. Pero, si todo esto no convence, lo único razonable es oponer a las razones substanciales en pro de la protección de los adversarios de la exclusión de protección, razones substanciales en contra que apuntan a los derechos de terceros o a bienes colectivos. Pero, tan pronto como comienza este juego de razones y contrarrazones se ingresa en el campo de la teoría amplia del supuesto de hecho que, en caso de que se den razones iusfundamentales, también cuando sean fácilmente refutables, en favor de la protección, afirma la tipicidad. Pero, esto significa que la teoría estrecha del supuesto de hecho sólo vale para los casos en los que no hay ninguna duda acerca de la no protección. Una teoría jurídica que en casos de duda no aporta nada o sólo proporciona algo incompleto no es de mucha utilidad.

En cambio, la teoría amplia del supuesto de hecho tiene ventajas claras. Puede, por una parte, tratar los casos no dudosos de no protección iusfundamental como meros casos potenciales de derechos fundamentales, en los cuales, por cierto, es concebible una fundamentación iusfundamental pero, ella es totalmente superflua. Se evita así el peligro de una desproporcionada superposición de la argumentación jurídica ordinaria y de la argumentación iusfundamental. Por otra parte, cada vez que surge duda acerca de la protección o no protección iusfundamental, la teoría amplia puede partir de un caso actual de derecho fundamental, con lo que se abre la vía hacia una argumentación iusfundamental sustancial, orientada por el principio de proporcionalidad. Con esto evita el peligro de un desplazamiento de la argumentación iusfundamental por parte de una argumentación de derecho ordinario.

La teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un *modelo de dos ámbitos*. El primero es el de los casos *potenciales* de derecho fundamental; el segundo, el de los casos *actuales* de derecho funda-

mental. Cada vez que sea relevante un principio iusfundamental, el caso es —sin que importe con qué certeza el principio sea desplazado por principios opuestos—, por lo menos, un caso potencial de derecho fundamental. Un ejemplo es el caso de la prohibición del hurto. En virtud de ella, el individuo queda limitado en su libertad general de acción. La libertad general de acción está *prima facie* iusfundamentalmente protegida por el principio de la libertad de acción¹⁴⁵. En el caso del hurto, no hay duda que el principio es correctamente desplazado por principios opuestos. Se trata, pues, de un mero caso potencial de derecho fundamental. Pero, también un caso potencial de derecho fundamental es un caso de derecho fundamental. De esta manera, el orden jurídico adquiere el carácter de un sistema amplio de soluciones de colisiones iusfundamentales. La mayoría de las normas del sistema jurídico han de ser incluidas en el ámbito de los meros casos potenciales de derecho fundamental. El ámbito de los casos potenciales de derecho fundamental constituye el sustrato del ámbito propiamente dicho de los problemas iusfundamentales y del argumentar iusfundamental, es decir, del ámbito de los casos *actuales* de derecho fundamental. Este ámbito, en el que hay que incluir todo lo dudoso y discutible, se basa en aquél en que cae la masa de lo no dudoso y lo consensuado. Lo más importante en el modelo de dos ámbitos es el hecho de que la pertenencia a uno u otro ámbito no es algo que esté determinado de una vez para siempre. Un caso puede, a través de la duda, salir del ámbito de lo no dudoso, es decir, del de los casos potenciales de derecho fundamental, y algo que antes era dudoso puede transformarse en no dudoso a través de una decisión, argumentación y/o praxis, y así volver del ámbito de los casos actuales de derecho fundamental al ámbito de los casos potenciales. La posibilidad de este paso de la frontera ha de mantenerse abierta en ambas direcciones. No debe impedirse, a través de una concepción estrecha del supuesto de hecho, que algún caso pueda transformarse en un caso actual de derecho fundamental.

La plausibilidad de este modelo puede ser discutida tomando en cuenta, sobre todo, casos como el del hurto. Así, Starck habla de una “concepción grotesca —que distorsiona la conciencia jurídica— de un derecho fundamental a matar, hurtar y encubrir” y aboga por exclu-

¹⁴⁵ Sobre el hecho de que “el mandato ‘No debes hurtar’ reduce las posibilidades de uso de mi libertad”, cfr. H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 89 (nota 59).

siones del supuesto de hecho¹⁴⁶. Esta objeción no puede ser refutada con la referencia al hecho de que en la teoría amplia del supuesto de hecho se trataría de una teoría constructivista y que existiría acuerdo con respecto al resultado pues, en otro pasaje, Starck subraya que lo que le interesa “no es el resultado sino la vía que conduce al resultado”¹⁴⁷. Lo que debe ponerse en duda es que la conciencia jurídica pueda ser sustituida por la construcción jurídica de casos potenciales, es decir, por formas de la fundamentación de algo que en la vida jurídica cotidiana no requiere fundamentación. Esto vale especialmente cuando las fundamentaciones conforme a la construcción en los casos presentados (muerte, hurto, encubrimiento) son totalmente correctas. La impresión de lo grotesco es provocada, sobre todo, por la ambigüedad de la expresión “derecho fundamental”. No puede hablarse en absoluto de un derecho definitivo a hurtar, etc. Pero, lo que la teoría amplia del supuesto de hecho supone es un derecho *prima facie* a hacer y omitir lo que uno quiera. Este derecho es restringido, entre otras cosas, por la prohibición de hurtar. En el caso del hurto, una construcción tal puede ser superflua, pero no es grotesca. Adquiere su sentido cuando es concebida como un punto lógico final en una escala de grados de certeza para la restricción. Pero, ¿por qué las construcciones jurídicas, cuando de la forma más racional posible conducen a resultados lo más correctos posibles no han de poder apartarse un poco de las concepciones intuitivamente existentes y seguir sus propias leyes?

Estrechamente vinculada con las objeciones hasta aquí consideradas se encuentra la objeción que afirma que la teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un aumento del número de colisiones y competencias entre derechos fundamentales¹⁴⁸. Esto es indiscutible.

¹⁴⁶ C. Starck, “Die Grundrechte des Grundgesetzes”, págs. 245 s.

¹⁴⁷ C. Starck, “Noch einmal: Die Grundrechte des Grundgesetzes” en *JuS* 1981, pág. 644.

¹⁴⁸ Sobre los conceptos de colisión de derechos fundamentales y la competencia entre derechos fundamentales como así también sobre algunas propuestas de solución, cfr. W. Berg, *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, págs. 49 ss.; M. Lepa, “Grundrechtskonflikte” en *DVBl* 1972, págs. 161 ss.; H. Blaesing, *Grundrechtskollisionen*, tesis doctoral, Bochum 1974; P. Schwacke, *Grundrechtliche Spannungslagen*, Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia 1975; W. Rüfner, “Grundrechtskonflikte”, págs. 453 ss.; H. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Munich 1977; L. H. Fohmann, *Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht*, Berlín 1978; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 304 ss.

Cabe constatar, además, que la solución de competencias y colisiones en la dogmática de los derechos fundamentales plantea hasta ahora considerables dificultades. En última instancia, todos los intentos de solución conducen a problemas de valoraciones. Pero, las valoraciones se encuentran también detrás de las concepciones estrechas del supuesto de hecho. En vista de ello, es discutible que el aumento del número de colisiones —que, de todas maneras, tiene sólo relevancia cuando se trata de un caso actual de derecho fundamental— sea algo negativo. ¿No vale lo contrario, es decir, que justamente la reducción del número de casos de colisión y competencia tiene que ser evaluada como algo negativo, en virtud del postulado que exige tomar en cuenta todos los puntos de vista relevantes para un caso? De que el cumplimiento de este postulado no conduzca a exigir demasiado de quien argumenta iusfundamentalmente se encarga el postulado opuesto de racionalidad, es decir, el que afirma que lo que no es puesto en duda y es consensuado no requiere ninguna fundamentación. Una teoría amplia del supuesto de hecho basada en el modelo de los dos ámbitos responde mejor a las exigencias de estos dos postulados que una teoría estrecha del supuesto de hecho.

Queda todavía una objeción competencial. La teoría amplia del supuesto de hecho es afectada por ella cuando conduce a un inadmisible “aumento de la competencia del Tribunal Constitucional”, sea frente al legislador, sea frente a los tribunales que juzgan el caso¹⁴⁹. Sin embargo, una consecuencia tal no está necesariamente vinculada con la teoría amplia del supuesto de hecho. Puede hasta dudarse también que conduzca a un aumento de los recursos presentados ante el Tribunal Constitucional Federal. Quien recurre a él está interesado en una protección iusfundamental definitiva y no en la determinación dogmático-iusfundamental de que su comportamiento cae ciertamente bajo un supuesto de hecho, pero está abarcado por restricciones. Si, sin embargo, se presenta un recurso constitucional unilateralmente orientado por el supuesto de hecho, su aceptación puede ser rechazada por la Comisión de jueces, por no existir suficientes probabilidades de éxito (§ 93a párrafo 3 BVerfGG). Otro filtro está constituido por la decisión de aceptación del Senado (§ 93a párrafo 4 BVerfGG). Cuando la denegación de la aceptación es fundamentada, una referencia a las restricciones es, por lo menos, tan convincente como una referencia al hecho de que no está abarcado por el supuesto de hecho.

¹⁴⁹ Cfr. C. Starck, “Die Grundrechte des Grundgesetzes”, pág. 246.

Si el recurso de constitucionalidad es aceptado, entonces la teoría amplia no conduce necesariamente a decisiones que traspasan la competencia y tampoco las sugiere. Como se expusiera más arriba, los principios formales, es decir, aquéllos que toman en cuenta puntos de vista de competencia, se cuentan entre los principios opuestos. El traspaso o no traspaso de competencia no depende de la construcción de la fundamentación sino del peso de los principios intervenientes y, con ello, del contenido de la fundamentación. Por cierto, una teoría estrecha del supuesto de hecho puede, en algunos casos, a través de las determinaciones de contenido tomadas con versiones estrechas del supuesto de hecho, excluir, desde el comienzo, decisiones que violen la competencia. Sin embargo, si esto ha de tener relevancia no sólo en los casos triviales en los cuales no puede haber ninguna duda de que el resultado de la teoría amplia no difiere del de la teoría estrecha, hay que pagar un alto precio. Hay que asumir el peligro de que ni siquiera sea considerada la protección material iusfundamental, tampoco allí donde podría ser posible. Las consideraciones de competencia no deben conducir a que un aspecto, es decir, el de la no intervención en decisiones del legislador y de los tribunales especializados, obtenga un peso demasiado grande. Cuenta también la protección material iusfundamental¹⁵⁰. Para la optimización de ambos aspectos, es decir, para lograr una decisión correcta, tanto desde el punto de vista material como del de la competencia, la teoría amplia del supuesto de hecho abre una vía más promisora que la teoría estrecha.

III. RESTRICCIÓN Y CONFIGURACIÓN

No todas las normas del derecho ordinario que tienen como objeto algo que es abarcado por un derecho fundamental son restricciones de este derecho fundamental. Así, el § 1922 párrafo 1 del Código Civil: “Con la muerte de una persona (caso de herencia), el patrimonio (herencia) como un todo pasa a una o más personas (herederos)” no restringe la garantía iusfundamental del derecho de herencia. Con esto se plantea la cuestión de saber cómo han de distinguirse las normas restrictivas de las no restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. Esta cuestión tiene una importancia práctica considerable:

¹⁵⁰ Cfr. infra, Capítulo 10, III, 2.

una norma que no restringe un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a este derecho fundamental.

Las normas de derecho ordinario en el ámbito de los derechos fundamentales pueden ser clasificadas de muchas maneras. Un ejemplo al respecto lo ofrece la ya mencionada clasificación de Lerche en normas intervintes, aclaratorias, definitorias, para evitar abusos y solucionar conflictos de competencia¹⁵¹. Por más esclarecedoras que puedan ser este tipo de clasificaciones, sigue siendo fundamental la distinción entre normas *restrictivas* y *no restrictivas*, debido a la mencionada consecuencia para la justificación iusfundamental.

Una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida, puede decirse que esta norma lo *configura*¹⁵². Las normas que no tienen nada que ver con un derecho fundamental no son con respecto a este derecho fundamental normas restrictivas y tampoco normas configuradoras. La cuestión es, pues, saber qué es lo que diferencia la restricción de la configuración.

La discusión acerca de la distinción entre restricción y configuración suele encontrar un primer punto de partida en las disposiciones iusfundamentales con las que se dice que algo, a través de o en virtud de una ley, puede ser "reglado" o que tiene que ser "reglado" o "determinado" por ley (por ejemplo, artículo 4 párrafo 3 frase 3, artículo 12 párrafo 1 frase 2, artículo 12 a párrafo 2 frase 2, artículo 14 párrafo 1 frase 2, artículo 38 párrafo 3, artículo 104 párrafo 2 frase 4 LF). Pero, ella conduce más allá de una interpretación de estas formulaciones. Quien más lejos llega es Häberle. Según él, *todos* los derechos fundamentales son "susceptibles y requieren" no sólo una restricción legal sino también una "configuración legal"¹⁵³. Häberle no sólo extiende el ámbito de la configuración a todos los derechos fundamentales, sino que utiliza también un concepto muy amplio de configuración. En la configuración, de lo que se trata es del "objetivo de la Constitución, de la realización de los derechos fundamentales en la vida social"¹⁵⁴. Para lograr este objetivo, la Constitución necesitaría "la legislación como 'medium' y medio para

¹⁵¹ P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, págs. 106 ss.

¹⁵² P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, págs. 180 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 303 ss.

¹⁵³ P. Häberle, loc. cit., pág. 181.

¹⁵⁴ Ibidem, pág. 184.

la realidad social". El legislador configurante tendría que llevar a cabo "configuraciones creadoras"¹⁵⁵ y proporcionar "contribuciones constitutivas" para el contenido de los derechos de libertad"¹⁵⁶. Como configuración se considera también la actividad del legislador penal: "Cuando el legislador penal actúa de una manera tal que garantiza los derechos fundamentales del uno frente a los mismos derechos fundamentales del otro, configura los derechos fundamentales como un todo, prescindiendo totalmente del hecho de que también se determina el contenido del derecho fundamental del individuo"¹⁵⁷. De aquí hay sólo un pequeño paso a una extensión del concepto de configuración al ámbito del concepto de delimitación: "La legislación que delimita los derechos fundamentales en interés de bienes jurídicos de valor igual o superior, no pierde su elemento de configuración. No sólo los derechos fundamentales sino también los límites de los derechos fundamentales son objeto de una actividad configuradora del legislador"¹⁵⁸.

No habría nada que objetar en contra de una tal concepción amplia del concepto de configuración si se utilizara el concepto de configuración como concepto superior, tanto para la actividad restrictiva como no restrictiva del legislador. Pero, mientras juegue (también) un papel como concepto opuesto al de restricción (limitación), hay razones para criticarlo. Cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador.

¹⁵⁵ Ibidem, pág. 186.

¹⁵⁶ Op. cit., pág. 187. Según Häberle, las "contribuciones constitutivas" del legislador al contenido de los derechos fundamentales no excluye su sometimiento a los mismos. Esto plantea problemas conceptuales. El legislador, cuando determina el contenido, no puede estar sometido al contenido de los derechos fundamentales que él mismo está en condiciones de determinar a través de la legislación. Por lo tanto, la vinculación ha de ser creada por algo diferente. Pueden intervenir aquí los principios jufusfundamentales. Pero, el caso de una legislación constitutiva está definida por el hecho de que los principios correspondientes no establecen obligatoriamente una sola regla pues si lo hicieran sólo estaría permitido una sola "dación de contenido" por parte de la legislación, algo que le quitaría el carácter constitutivo. Pero, si varias reglas son en igual medida conciliables con los principios, su elección no está sometida a ninguna vinculación por parte de ellos. El legislador tiene, entonces, un campo de acción libre en el que puede elegir constitutivamente, pero sin vinculación. Lo constitutivo y la vinculación se refieren, pues, a dos cosas totalmente diferentes: lo constitutivo a un campo de acción libre y la vinculación a sus límites.

¹⁵⁷ Ibidem, pág. 189.

¹⁵⁸ Ibidem, págs. 190 s.

Los problemas de las teorías de la configuración resultan esencialmente de las confusiones que surgen del hecho de que el concepto de configuración es utilizado de múltiple manera. Aquí habrá que distinguir entre dos tipos de uso. En el primero, el concepto de configuración se refiere a la situación total de la normación en el ámbito de los derechos fundamentales. Esto es lo que tiene en mira Häberle cuando dice que el legislador penal, al "garantizar los derechos fundamentales del uno frente a los mismos derechos fundamentales del otro" configura "los derechos fundamentales como un todo"¹⁵⁹. Es claro que este tipo de configuración abarca restricciones. A través de una prohibición jurídico-penal, se elimina la libertad jurídica de hacer lo prohibido. Así la prohibición de coacción elimina la libertad jurídica de coaccionar de *a*. Esta situación no cambia en absoluto por el hecho de que, por ser una prohibición dirigida a todos, defiende, al mismo tiempo, la libertad general de *a* al protegerlo de las coacciones por parte de sus conciudadanos¹⁶⁰. Las prohibiciones jurídico-penales siguen siendo restricciones, aun cuando toda persona razonable tendría que prestarle su aprobación y hasta existe un derecho fundamental a que el Estado proteja la libertad del individuo a través de leyes penales frente a sus conciudadanos¹⁶¹. Dicho brevemente: el hecho de que una norma restrictiva sea razonable, por razones iusfundamentales, necesaria para la defensa de libertades no le quita el carácter de restricción.

En la segunda forma de uso, el concepto de configuración es utilizado como concepto opuesto al de restricción. Se puede decir que en esta forma de uso de lo que se trata es del concepto de configuración en sentido estricto y propiamente dicho. En tanto concepto opuesto al de restricción, el concepto de configuración no puede referirse a normas de mandatos y prohibiciones, sino sólo a normas de competencia¹⁶² pues, por definición, las normas de mandatos y de

¹⁵⁹ Op. cit., pág. 189. Probablemente, Scholz apunta a la primera forma de uso cuando habla de la "legislación acorde con la Constitución" como configuración (acuñamiento) de la libertad general de acción" (R. Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" en *AöR* 100 (1975), pág. 100).

¹⁶⁰ Sobre el concepto de protección de una libertad cfr. supra, Capítulo 4, II, 2.2.2.1.

¹⁶¹ Cfr. H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 57, quien subraya que las normas "no pierden su carácter como restricciones porque y en la medida en que crean condiciones de la utilidad efectiva de la libertad individual".

¹⁶² Sobre el concepto de competencia, cfr. supra Capítulo 4, II, 3.1.

prohibiciones tienen un carácter restrictivo¹⁶³. Ejemplos modélicos de normas de competencia configuradoras son las normas de las instituciones del derecho civil. Garantías iusfundamentales, tales como las del matrimonio, la propiedad y el derecho sucesorio, presuponen normas de derecho civil¹⁶⁴. Sin normas del derecho de propiedad, no tendría sentido la garantía iusfundamental de la propiedad. El haberlo puesto claramente de manifiesto es el mérito de la teoría de las garantías institucionales¹⁶⁵. En tanto tales, las normas de derecho civil necesarias para la garantía iusfundamental restringen no sólo el derecho fundamental del individuo sino que, además, son abarcadas positivamente por él. Un legislador que derogara las normas del matrimonio civil violaría no sólo una garantía objetiva de la institución jurídica del matrimonio sino que también lesionaría el derecho subjetivo del individuo a contraer un matrimonio jurídicamente válido y poder practicarlo conforme a derecho.

Sin embargo, la clasificación de las normas de competencia del derecho civil como normas configuradoras en sentido estricto y propiamente dicho trae aparejada una serie de problemas en los casos individuales. El primero de ellos resulta del hecho de que el ejercicio de competencias jurídico-civiles conduce a derechos y deberes, es decir, a mandatos y prohibiciones y, por lo tanto, a restricciones de la libertad jurídica general. La peculiaridad de estas restricciones de la libertad jurídica general reside en el hecho de que ellas se basan directamente en actos jurídicos de los ciudadanos cuya realización está en sus manos. La cuestión de saber si y en qué medida las así fundamentadas restricciones de la libertad jurídica general deben ser consideradas como restricciones de derechos fundamentales conduce al problema del llamado efecto horizontal o en terceros de los derechos fundamentales. Este problema será tratado más adelante¹⁶⁶. Aquí tan sólo cabe constatar que la normación legislativa de compe-

¹⁶³ Aquí se trata del carácter restrictivo y no restrictivo (configurante) de las normas. Si se relativiza el concepto a la configuración de *posiciones*, es posible introducir otras diferenciaciones. Así, la prohibición de coacción configura la defensa de la libertad jurídica, pero interviene en la libertad jurídica. Lo primero se realiza a través de esto último.

¹⁶⁴ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 24, 367 (389); 36, 146 (161); 58, 300 (330).

¹⁶⁵ Fr. Klein habla acertadamente de "garantías de creación que, por razones conceptuales, necesariamente están dadas" (H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, observación preliminar A VI 3 d).

¹⁶⁶ Capítulo 10, II, 2; cfr. también Capítulo 9, II, 2.2.

tencias jurídico-civiles no tiene, *en tanto tal*, ningún carácter restrictivo.

Un segundo problema resulta del hecho de que las competencias jurídico-civiles pueden ser configuradas de diferente manera. El legislador puede concederle a los sujetos jurídicos privados más o menos competencias. Puede eliminar competencias existentes y no crear competencias inexistentes pero posibles. La cuestión es saber si en todos estos casos se trata siempre de meras configuraciones o si también pueden darse restricciones. Un ejemplo al respecto lo ofrece la exclusión de la llamada rescisión de un contrato de locación por reformas en la vivienda, con lo que se elimina una competencia anteriormente existente del locatario¹⁶⁷. ¿Se ha simplemente configurado la posición del propietario iusfundamentalmente protegida o se la ha restringido? Se llega fácilmente a una restricción si se considera que lo restringido es la posición total de derecho ordinario del propietario, que existía antes de la exclusión de la rescisión por reformas. Sin embargo, esto no sirve de mucha ayuda pues se trata de la restricción de posiciones *iusfundamentales*. Y justamente la cuestión es saber si la competencia para la rescisión por reformas forma parte o no de las posiciones del propietario iusfundamentalmente protegidas. Si la exclusión de la rescisión por reformas es una restricción y no una mera configuración de un derecho fundamental, hay que encontrar algo que sea iusfundamental y que pueda ser considerado como restringido. Podría pensarse en el principio iusfundamental de la propiedad privada¹⁶⁸. Al igual que todos los principios, el principio iusfundamental de la propiedad privada exige la mayor medida posible de realización¹⁶⁹.

Una medida lo más grande posible de realización del principio iusfundamental de la propiedad privada incluye una medida lo más amplia posible de la utilidad privada y de la capacidad de disposición. Pero, con la exclusión de la rescisión por reformas, se realiza una

¹⁶⁷ Cfr. al respecto BVerfGE 37, 132 (139 ss.).

¹⁶⁸ En algunas decisiones se habla expresamente de un examen de las normas de instituciones jurídicas de derecho simple desde el punto de vista de los derechos fundamentales, así por ejemplo, en la prohibición de contraer matrimonio entre personas de un mismo sexo en la que se dice que las "regulaciones particulares del derecho civil tienen que ser medidas de acuerdo con el artículo 6 párrafo 1 LF en tanto norma rectora prioritaria que contiene ella misma los principios fundamentales" (BVerfGE 36, 146 (162)).

¹⁶⁹ Cfr. supra, Capítulo 3, I, 2.

medida menor de este derecho que en el caso de que hubiera sido conservada. Con la exclusión, el principio iusfundamental es desplazado en cierta medida. Esto significa que el derecho *prima facie* que corresponde a este principio es restringido. Por lo tanto, desde la perspectiva de la teoría de los principios, puede hablarse de una restricción del derecho de propiedad, que requiere ser justificada.

Justamente en este sentido debe ser interpretada la decisión del Tribunal Constitucional Federal del año 1974 con respecto al derecho de rescisión de contratos de locación de viviendas¹⁷⁰. El Tribunal parte del hecho de que aquí se da una colisión de principios. En su fallo se dice que el legislador "dentro del marco de las normaciones jurídico-civiles del artículo 14 párrafo 1 frase 2 LF [...] (tiene que) tomar en cuenta igualmente los dos elementos de la relación dialéctica dada en la Ley Fundamental entre la libertad garantizada constitucionalmente [...] y el mandato de un orden socialmente justo de la propiedad y poner en equilibrio justo y en una relación equilibrada los intereses dignos de protección de todos los afectados"¹⁷¹. Esta es una clara descripción de una colisión de principios. Con respecto a la "eliminación de la llamada rescisión por reformas" se dice que "en una cierta medida *restringe* el alcance de la libertad de acción del locador" algo que, sin embargo, estaría "*justificado* teniendo en cuenta la gran importancia que tiene la vivienda para el individuo y su familia de acuerdo con el artículo 14 párrafo 2 LF"¹⁷². Con esto se formula el resultado de una ponderación que conduce a una restricción. Se habla, por cierto, de una restricción de la libertad de acción y no de una restricción del derecho de propiedad. Pero, la restricción de la libertad de acción se realiza a través de la eliminación de una competencia jurídico-civil¹⁷³, a la que el principio de la propiedad privada confiere un derecho *prima facie*¹⁷⁴. Por ello, la eliminación de la rescisión por reformas no debe ser calificada como una mera configuración sino como restricción¹⁷⁵.

¹⁷⁰ BVerfGE 37, 132.

¹⁷¹ BVerfGE 37, 132 (140).

¹⁷² BVerfGE 37, 132 (141) (subrayado de R. A.).

¹⁷³ Con respecto a la conexión entre libertad y competencia, cfr. supra, Capítulo 4, II, 3.6.2.

¹⁷⁴ Con respecto a la estructura de este tipo de derechos, cfr. supra, Capítulo 4, I, 1.1.1.3.

¹⁷⁵ El Tribunal Constitucional Federal clasifica las prescripciones de la ley de provisión de aguas que tenían que ser examinadas en la resolución sobre extracción

Lo dicho acerca de la rescisión por reformas puede ser generalizado: cada vez que la eliminación de una competencia obstaculiza la realización de un principio iusfundamental, no estamos frente a una mera configuración, sino frente a una restricción que, en tanto tal, tiene que ser justificada.

El criterio de la no obstaculización de la realización de un principio iusfundamental puede ser utilizado en todos los casos para la delimitación de la configuración y de la restricción. Así, el Tribunal Constitucional Federal deja que la normación de un procedimiento de reconocimiento en tanto tal esté abarcado por el artículo 4 párrafo 3 frase 2 LF pero no la restricción del efecto de un reconocimiento como objeto de conciencia para el servicio militar al tiempo después de su entrada en vigencia. Esta restricción es tratada como limitación que debe ser solucionada dentro del marco de una ponderación entre el principio iusfundamental que ella obstaculiza en su realización, y los principios de rango constitucional opuestos y relevantes para el caso.¹⁷⁶

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción. Las ponderaciones que lleva a cabo el Tribunal Constitucional Federal dentro del marco de su jurisprudencia sobre la libertad de elección y ejercicio de la profesión¹⁷⁷ muestran que no concibe la

de gravilla húmeda (BVerfGE 58, 300), como regulación del contenido y restricciones de la propiedad en el sentido del artículo 14 párrafo 1 frase 2 LF, poniendo en parte el acento más del lado de la determinación del contenido, y en parte en el lado de la restricción (BVerfGE 58, 300 (332 ss.)). El objeto y el alcance de la protección otorgada por el artículo 14 párrafo 1 frase 1 LF deben resultar, entre otras cosas, de esta regulación (BVerfGE 58, 300 (336)). Se podría pensar que el concepto de restricción creado más arriba no es conciliable con esto. Sin embargo, tal no es el caso. El hecho de que el Tribunal parte de una restricción en el sentido aquí definido lo muestra su justificación de las normas que hay que examinar frente a las exigencias del derecho fundamental, que incluye también un examen de proporcionalidad (BVerfGE 58, 300 (338 ss.)). El punto decisivo de la resolución es que el punto de referencia de la expropiación no es el —por definición, ilimitado— derecho *prima facie* sino un derecho definitivamente restringido por leves acordes a la Constitución, es decir, de manera permitida (BVerfGE 58, 300 (336)). Esto no contradice sino que presupone el concepto de restricción aquí elaborado.

¹⁷⁶ BVerfGE 28, 243 (260 s.).

¹⁷⁷ Cfr., sobre todo, BVerfGE 7, 377 (399 ss.).

autorización de regulación del artículo 12 párrafo 1 frase 2 LF como una autorización de configuración sino de restricción.

Sólo una tal concepción estrecha del concepto de conformación, a la que corresponde un adecuadamente amplio concepto de restricción responde a las exigencias de racionalidad de la fundamentación iusfundamental. Aquello que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental. Al mantenerse amplio el ámbito de lo que requiere y es susceptible de justificación, mediante un concepto estrecho de configuración, no se asegura todavía, por cierto, que sólo habrán de llevarse a cabo restricciones permitidas, pero sí que ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que sólo se normen restricciones permitidas.

Capítulo séptimo

El derecho general de libertad

La Constitución de la República Federal de Alemania confiere no sólo derechos a determinadas libertades —por ejemplo, la libertad de expresión y de elección de la profesión— como así también derechos frente a determinadas discriminaciones —por ejemplo, en virtud del sexo o de la raza— sino también un derecho general de libertad y un derecho general de igualdad. Pero, de esta manera, se han convertido en contenido directo de derechos positivos dos de los objetos más controvertidos de la filosofía política. No puede sorprender que ello haya provocado una serie de cuestiones dogmáticas. Aquí habrá de mostrarse —sobre la base de algunos problemas— hasta qué punto las tesis precedentemente presentadas acerca de la estructura de las normas iusfundamentales y de los derechos fundamentales pueden contribuir a su solución. Primeramente será considerado el derecho general de libertad.

I. EL CONCEPTO DEL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD

En una de sus primeras y más importantes resoluciones, el fallo *Elfes*¹, el Tribunal Constitucional Federal interpretó el derecho al libre desarrollo de la personalidad, establecido en el artículo 2 párrafo

¹ BVerfGE 6, 32.

1 LF, como derecho general a la libertad de acción y desde entonces —con la adición de múltiples refinamientos dogmáticos— ha mantenido esta concepción². De esta manera, ha rechazado claramente los intentos de controlar la amplitud de la disposición del artículo 2 párrafo 1 LF —a veces calificada de fórmula vacía³— tanto por lo que respecta al supuesto de hecho como a la cláusula restrictiva, mediante restricciones al supuesto de hecho o modificaciones de su carácter en general. Como intentos de este tipo, pueden considerarse, por una parte, las teorías *objetivas* que niegan al artículo 2 párrafo 1 LF el carácter de una norma que otorgue derechos subjetivos inmediatos⁴ y, por otra, las teorías *estrechas* que intentan una restricción del supuesto de hecho, tal como sucede, en un caso extremo, en la teoría del núcleo de la personalidad de Peters, según la cual el artículo 2 párrafo 1 LF protege sólo las “manifestaciones de la humanidad auténtica en el sentido de la concepción cultural occidental”^{5, 6}. En cambio, el Tribu-

² Cfr. recientemente BVerfGE 59, 275 (278).

³ Cfr. E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, pág. 113. H. C. Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit” en K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 4, 2º medio tomo, Berlín 1962, pág. 789, habla del problema de la “delimitación de dos cláusulas generales”.

⁴ Cfr. Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, nota III 5 a, b al artículo 2; D. Haas, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit” en *DÖV* 1954, págs. 70 s.; H. Wehrhahn, “Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes” en *AoR* 82 (1975), págs. 250 ss.; W. Wertenbruch, “Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG” en *DVBl* 1958, págs. 481 ss. Todas estas teorías están expuestas a la objeción decisiva de que la propia Ley Fundamental, con la cláusula “los siguientes derechos fundamentales” en el artículo 1, párrafo 3 LF, clasifica al artículo 2 párrafo 1 LF como una norma que confiere un derecho fundamental.

⁵ H. Peters, “Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel” en *Festschrift für R. Laun*, Hamburgo 1953, pág. 673; del mismo autor, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Colonia/Opladen 1963. Para una crítica a esta concepción, cfr. H. U. Evers, “Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, insbesondere zur Persönlichkeitstheorie” en *AoR* 90 (1965), págs. 94 s. quien formula la objeción correcta, según la cual la teoría de Peters intentaría positivizar una determinada antropología filosófica —que, desde el punto de vista de la Ley Fundamental, no habría necesariamente que suscribir— a costa de otras concepciones de la persona conciliables con la Ley Fundamental. De manera similar también H. C. Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, págs. 771. Esta objeción no afecta a teorías como la de Hesse, que en el artículo 2 párrafo 1 LF ve “la garantía de la esfera de la vida estrictamente personal, pero no limitada al desenvolvimiento puramente espiritual y moral” (K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 428). Sin embargo, a esta variante filosóficamente neutral de una teoría estrecha cabe objetar, siguiendo

nal Constitucional Federal, que no ha puesto nunca en duda⁷, desde sus primeras decisiones, el carácter de otorgamiento de derechos subjetivos del artículo 2 párrafo 1 LF, con su interpretación del libre desarrollo de la personalidad como “libertad de la acción humana en el más amplio sentido”⁸, en cierto modo, ha emprendido una huida hacia adelante y se ha decidido por una teoría extremadamente amplia y subjetiva: por el derecho general de libertad⁹.

La tesis según la cual el artículo 2 párrafo 1 LF contiene “un derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de la acción humana”¹⁰ tiene consecuencias de gran alcance. La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera. Que la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera está protegida por el artículo 2 párrafo 1 LF significa dos cosas. Por una parte, a cada cual le está *permido prima facie* —es decir, en caso de que no intervengan restricciones— hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos). De esta manera, el supuesto de hecho del artículo 2 párrafo 1 es ampliado considerablemente. Abarca todas las acciones de los titulares del derecho fundamental (norma permisiva) y todas las intervenciones del Estado en las acciones de los titulares de derecho fundamental (norma de derechos).

Por más amplia que pueda ser una versión del derecho general de libertad definida por este tipo de normas permisivas y de derechos, no es la más amplia de todas las versiones posibles. Tanto las normas permisivas como las de derechos se refieren sólo a *acciones* del titular de derecho fundamental. Pero, según el Tribunal Constitucional Fede-

⁷ Starck, que en la determinación de aquella “esfera de la vida (abre) de par en par las puertas a restricciones *incontroladas* de la libertad” porque desaparece su justificación como restricción (C. Starck, “Das ‘Sittengesetz’ als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit”, pág. 261).

⁸ Con respecto a la exposición y crítica de los diferentes intentos de solución, cfr. J. Müller, *Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Rechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG und zu dessen Schranken*, Hamburgo 1972.

⁹ BVerfGE 1, 7 (8); 1, 246 (273).

¹⁰ BVerfGE 6, 32 (36).

¹¹ Cuando a veces el Tribunal Constitucional Federal habla del “principio general de libertad” (BVerfGE 13, 21 (26)), se refiere a una norma que otorga el derecho general de libertad.

¹² BVerfGE 6, 32 (36).

ral, el derecho general de libertad puede extenderse —más allá de la protección de acciones— a la protección de situaciones¹¹ y posiciones jurídicas¹² del titular de derecho fundamental¹³. Protege entonces no sólo su “hacer” sino también su “ser” fáctico y jurídico. Sólo a través de una tal extensión, el derecho general de libertad se ha convertido en un derecho exhaustivo de libertad general frente a intervenciones.

Se puede fundamentar la inclusión de la protección de situaciones y posiciones jurídicas aduciendo que las intervenciones en situaciones y posiciones jurídicas de un titular de derecho fundamental afectan siempre indirectamente su libertad de acción. Así, por ejemplo, la violación de la situación de la libre comunicación mediante grabaciones secretas con cintas magnetofónicas¹⁴ y la eliminación de la posición jurídica de un miembro del consejo de personal¹⁵ afectan las posibilidades de acción del respectivo titular del derecho. Desde este punto de vista, el derecho general de libertad tiene el carácter de un derecho que protege directa e indirectamente (a través de la protección de situaciones y posiciones jurídicas) la libertad general de acción. En cambio, si se restringe el derecho de libertad general de acción a la protección directa de acciones, representa entonces solamente un segmento del derecho general de libertad. Aquí interesa tan sólo no perder de vista las diferencias.

Un supuesto de hecho tan amplio como el del derecho general de libertad exige una correspondientemente amplia versión de la cláusula restrictiva¹⁶. Por ello, era coherente que, con su fórmula “toda norma de derecho formal y materialmente acorde con la Constitución”¹⁷, el Tribunal Constitucional Federal se decidiera por la más amplia de todas las posibles cláusulas restrictivas, compatible con la Ley Fundamental. La contraposición de aquel supuesto de hecho extremadamen-

¹¹ Cfr. BVerfGE 34, 238 (246): *Libertad de la comunicación. De la protección de situaciones se trata, sobre todo, en las diferentes manifestaciones del derecho general de la personalidad*, cfr. BVerfGE 54, 148 (153 s.).

¹² Cfr. BVerfGE 51, 77 (89): posición jurídica de un miembro del consejo de personal.

¹³ La tríada de acciones, situaciones y posiciones jurídicas puede ser resumida en la fórmula del perjuicio del Tribunal Constitucional Federal; cfr. BVerfGE 9, 83 (88); 19, 206 (215); 29, 402 (408). Con respecto a la distinción entre derechos referidos a acciones, situaciones y posiciones, cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.1.1.1

¹⁴ BVerfGE 34, 238 (246).

¹⁵ BVerfGE 51, 77 (89).

¹⁶ Cfr. supra, Capítulo 6. II. 2.

¹⁷ BVerfGE 6, 32 (38).

te amplio y esta cláusula extremadamente amplia tiene considerables consecuencias jurídico-procesales: “Toda persona puede aducir, a través de un recurso de inconstitucionalidad, que una ley que restringe su libertad de acción no pertenece al orden constitucional porque lesiona (formal o materialmente) disposiciones constitucionales concretas o principios constitucionales generales; por ello, es lesionado su derecho fundamental que resulta del artículo 2 párrafo 1 LF”¹⁸.

La concepción de un derecho general de libertad aquí esbozada ha estado y sigue estando expuesta a múltiples objeciones. Ellas son, en parte, objeciones en contra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal; en parte, se dice que el Tribunal Constitucional Federal no sigue coherentemente aquella concepción sino que, más bien, paulatinamente la ha ido reemplazado por una interpretación menos formal y más rica en contenido¹⁹. Aquí habrá de mostrarse que la concepción de un derecho general de libertad trae consigo más ventajas que inconvenientes y que también las decisiones del Tribunal Constitucional Federal que parecen no seguirla, pueden ser interpretadas a su luz.

II. UNA CONCEPCION FORMAL-MATERIAL DEL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD

Una de las objeciones más importantes en contra de la concepción de un derecho general de libertad afirma que un derecho tal es vacío, carece de substancia²⁰, y, por lo tanto, no contiene pauta alguna para juzgar acerca de la admisibilidad de restricciones a la libertad²¹. Sería un “derecho de libertad sin supuesto de hecho de libertad”²². Lo que otorga el derecho no resultaría de un “contenido de libertad” sino tan sólo de las admisibles “restricciones de las intervenciones legales en la libertad”²³. En lugar de libertad de acción, se podría tan sólo hablar de libertad de intervención²⁴. El derecho general de libertad se con-

¹⁸ BVerfGE 6, 32 (41).

¹⁹ Así R. Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts” en *AoR* 100 (1975), págs. 89 ss.

²⁰ W. Schmidt, “Die Freiheit vor dem Gesetz” en *AoR* 91 (1966), págs. 47, 49.

²¹ E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, págs. 76, 120, 124, 248.

²² W. Schmidt, op. cit. pág. 48

²³ Ibídem, pág. 49

²⁴ Ibídem.

vertiría así en un derecho fundamental a la constitucionalidad de toda la actividad estatal. El "principio fundamental del Estado de derecho" sería elevado a la categoría de derecho fundamental²⁵. Esto tendría amplias y no deseadas consecuencias procesales-constitucionales, que Ehmke resume con las siguientes palabras: "Toda ley que restringe la libertad general de acción —¿qué ley no lo hace?— puede ahora ser atacada a través de un recurso de inconstitucionalidad aduciendo que viola *alguna* disposición de la Constitución. Me parece que este resultado contradice directamente el sentido del 90 de la ley del Tribunal Constitucional Federal"²⁶.

1. La objeción de la falta de contenido

En estas objeciones están estrechamente vinculados el costado jurídico-material y el jurídico-procesal. Analicemos primeramente el aspecto jurídico-material. Aquí hay que preguntarse si la interpretación del artículo 2 párrafo 1 LF como derecho general de libertad conduce realmente a un vaciamiento de contenido del artículo 2 párrafo 1 LF. A tal fin, conviene dividir en dos tesis la objeción del contenido vacío: la tesis de la no tipicidad y la tesis de la falta de substancia. La tesis de la no tipicidad afirma que la concepción del derecho general de libertad conduce a una norma iusfundamental sin supuesto de hecho. La tesis de la falta de substancia dice que la concepción del derecho general de libertad vuelve imposible una vinculación del legislador "desde el costado de la libertad"²⁷.

1.1. La tesis de la no tipicidad

La tesis de la no tipicidad destaca correctamente una propiedad estructural importante del derecho general de libertad; sin embargo,

²⁵ H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", pág. 84. Cfr. la siguiente formulación del Tribunal Constitucional Federal: "Este derecho fundamental prohíbe intervenciones del poder estatal no acordes con el Estado de derecho" (BVerfGE 42, 20 (27)).

²⁶ Ibídem, págs. 84 s.

²⁷ E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, pág. 248. Cfr., además, W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", pág. 47; H. Schulz-Schaeffer, *Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlín 1971, pág. 28.

esta propiedad no fundamenta ninguna objeción. Quien interpreta la disposición del artículo 2 párrafo 1 LF en el sentido de un derecho general de libertad puede adscribirle, entre otras, la siguiente norma permisiva:

- (1) Toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional.

Esta norma puede ser reformulada de la siguiente manera:

- (2) Si *x* es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de *x*.

En su estructura externa, esta norma responde exactamente a las otras normas permisivas iusfundamentales cuyo antecedente está dividido en el supuesto de hecho (*S*) y la cláusula restrictiva (*R*) y cuyo consecuente contiene la consecuencia iusfundamental (*C*):

- (3) *S* y no *R* → *C*²⁸.

Las distinciones se refieren a la estructura *interna*, sobre todo de *S*. En las normas permisivas iusfundamentales especiales, *S* representa una determinada propiedad de la acción, por ejemplo, la de ser una expresión de opinión, el ejercicio de una acción artística o la práctica de una actividad religiosa; en cambio, en la norma permisiva iusfundamental general, *S* representa exclusivamente la propiedad de ser una acción. Se podría decir que es superfluo incorporar la propiedad de ser una acción en una norma permisiva pues, ¿qué otra cosa que no sea una acción ha de estar permitida? Que se trata de acciones es algo que está presupuesto por las normas permisivas y, por ello, no tendría que ser formulado como su contenido. Esto es correcto, pero no obliga a suponer la no tipicidad. También presupuestos evidentes de una consecuencia jurídica pueden ser formulados como características del supuesto de hecho. Por lo general, ello es superfluo y, por lo tanto, no funcional. En el caso del derecho general de libertad, esto es funcional y, por lo tanto, no superfluo. A través de la inclusión de la propiedad de ser una acción, el ámbito de lo *prima facie* protegido es descrito

²⁸ Cfr. al respecto supra. Capítulo 3. II. 3.3.

expresamente y con toda la claridad deseable. Pero, justamente ésta es la tarea de una característica del supuesto de hecho en una norma iusfundamental dividida en supuesto de hecho y cláusula restrictiva. Lo único que puede sorprender es la amplitud del supuesto de hecho. Pero, esto se refiere a su contenido y no a su adecuación como medio para la descripción de lo protegido *prima facie*, es decir, no a su adecuación como supuesto de hecho. Lo mismo vale para el supuesto de hecho de la norma de derechos que garantiza la permisión.

1.2. La tesis de la falta de substancia

Por lo tanto, la objeción del vaciamiento de contenido no puede apoyarse en la tesis de la no tipicidad. Pero, cabe preguntar si la tesis de la falta de substancia puede servir a tal efecto. El derecho general de libertad carecería de substancia porque la libertad general de acción, es decir, la libertad de hacer u omitir lo que uno quiera, no sirve como criterio o pauta para saber cuáles restricciones pueden ser impuestas y cuáles no²⁹; esto tendría como consecuencia que la libertad general de acción sería un derecho determinado única y exclusivamente desde las restricciones. Puede ponerse en tela de juicio la corrección de la tesis de la falta de substancia. A tal fin, hay que echar, ante todo, una breve mirada a dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal relativamente distantes la una de la otra: el fallo sobre la Ley de colectas³⁰ y la resolución sobre la prohibición de alimentar palomas³¹.

En el fallo sobre la Ley de colectas³², se trataba de la cuestión de si las colectas podían estar sometidas a una prohibición represiva con reserva de excepción. El Tribunal comienza con la constatación de que el realizar colectas es una actividad que cae dentro de la libertad general de acción y que una prohibición represiva con reserva de excepción la restringe³³. Para la admisibilidad de la restricción exige que ésta sea

²⁹ E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, págs. 120, 248; W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", pág. 51.

³⁰ BVerfGE 20, 150.

³¹ BVerfGE 54, 143.

³² Cfr. al respecto H. H. Rupp, "Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs 1 GG? en *NJW* 1966, págs. 1037 ss.

³³ BVerfGE 20, 150 (154).

compatible con el principio de proporcionalidad³⁴. Para ello, parte del siguiente postulado de ponderación que ya había establecido en la resolución sobre las centrales para viajeros acompañantes³⁵: "Cuanto más afecte la intervención legal manifestaciones elementales de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ser ponderadas las razones aducidas como justificación frente al derecho básico de libertad del ciudadano"³⁶. Este postulado coincide, salvo en el aspecto del cuidado, con la ley de ponderación formulada más arriba³⁷ que exige, a medida que aumenta el grado de afectación, un creciente grado de la importancia del cumplimiento del principio opuesto³⁸.

No en todas las decisiones en las que se trata de la restricción de la libertad general de acción se expresa tan explícitamente la necesidad de ponderación. Esto no dice nada en contra de la validez de la ley de ponderación. El que el Tribunal la sigue puede, a menudo, reconocerse sólo en el uso de algunos giros. Un ejemplo al respecto es la resolución sobre la prohibición de alimentar palomas en la que se habla, por una parte, de una "intervención muy limitada en la libertad de practicar el amor a los animales" y, por otra, de los "intereses superiores de la comunidad" que justifican la intervención³⁹.

Ambas decisiones —al igual que muchas otras⁴⁰— muestran que, en el examen de la violación del derecho general de libertad, el Tribunal Constitucional Federal aplica el principio de proporcionalidad cuyo tercer principio parcial, el de proporcionalidad en sentido estricto, es idéntico a la ley de ponderación⁴¹. Pero, si puede ponderarse

³⁴ BVerfGE 20, 150 (155).

³⁵ BVerfGE 17, 306 (314).

³⁶ BVerfGE 20, 150 (159).

³⁷ Capítulo 3. III. 2.2.2.3.

³⁸ Por cierto, frente a la ley de ponderación objetivamente formulada, el postulado de la ponderación del Tribunal contiene, con el aspecto del cuidado, un aspecto adicional subjetivo o procedimental pero, no puede haber ninguna duda que incluye la ley de ponderación. Una ponderación que, en caso de un alto grado de afectación y reducido grado de importancia del principio opuesto, otorgue a éste la prioridad no sería nunca una ponderación cuidadosa. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pág. 72, considera que con la formulación presentada del Tribunal Constitucional Federal, pasa "a primer plano un aspecto procedimental". Esta es una interpretación demasiado fuerte. Se menciona tan sólo un aspecto procedimental (el aspecto del cuidado) que es tan evidente que, en la mayoría de los casos de ponderación, no es presentado explícitamente.

³⁹ BVerfGE 54, 143 (147).

⁴⁰ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 10, 354 (364, 369); 13, 230 (235); 15, 235 (243); 17, 306 (314); 18, 315 (327); 19, 93 (96); 59, 275 (278).

frente al derecho general de libertad, entonces éste no puede carecer de substancia, pues no puede realizarse una ponderación frente a algo que carece de substancia. Por ello, del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal realiza ponderaciones frente al derecho general de libertad, parece plausible inferir que éste no carece de substancia.

Un representante de la tesis de la falta de substancia podría objetar que este argumento no es sostenible. La premisa sería falsa. El Tribunal no realizaría ponderación alguna frente al derecho general de libertad, aun cuando así lo presente. Los objetos de la ponderación del lado de la libertad serían, en verdad, principios concretos que aparecerían subrepeticamente. Así lo pondría de manifiesto el presentado postulado de ponderación en el fallo sobre la ley de colectas. Allí no se dice: "Cuanto más afecte la intervención legal la libertad de acción humana ..." sino: "Cuanto más afecte la intervención legal *manifestaciones elementales* de la libertad de acción humana ..."⁴² Esto expresaría que no se pondera frente a la libertad de acción sin más, sino frente a libertades *valoradas* como elementales.

Esta objeción conduce a la cuestión de la ponderabilidad de la libertad general de acción. Esta cuestión está vinculada con la de su adecuación como objeto de un principio. Que al individuo le corresponde, con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas, una medida lo más amplia posible de libertad para hacer u omitir lo que quiera parece, a primera vista, ser una exigencia no problemática, al menos desde el punto de vista lógico⁴³. Sin embargo, si se analiza el asunto más de cerca, surgen problemas. Su discusión presupone claridad acerca del contenido del principio que corresponde al principio general de libertad.

En el análisis del concepto de libertad, presentado más arriba⁴⁴, la libertad de hacer y omitir lo que se quiera, es decir, la libertad de

⁴¹ Cfr. al respecto *supra*, Capítulo 3. I. 8 y III. 2.2.3.

⁴² Subrayado de R. A.

⁴³ Aquí habrá de interesar sólo este punto de vista. El principio de la libertad general de acción vale para la libertad negativa en sentido estricto, liberal (cfr. al respecto *supra*, Capítulo 4. II. 2.1). Es obvio que en contra del principio de la libertad negativa en sentido estricto, liberal, pueden aducirse objeciones no sólo formales sino también materiales. Quien considera, por ejemplo, que la libertad proporciona desgracia y la falta de libertad, felicidad, puede atacar el principio de la libertad negativa con el argumento de que lo que importa es la felicidad. Sin embargo, ésta es una objeción en contra de la validez del principio pero no en contra de la adecuación de la libertad general de acción como objeto de un principio.

⁴⁴ Capítulo 4. II. 2.1.

elegir entre alternativas de acción, fue designada como "libertad negativa en el sentido amplio". Una persona fue calificada como libre en sentido negativo en la medida en que sus alternativas de acción no están obstaculizadas. Entre los obstáculos a la acción habría que introducir más diferenciaciones. Si los obstáculos a la acción son acciones positivas de impedimento por parte de otros, especialmente del Estado, se trata entonces de la libertad negativa en sentido estricto o libertad liberal. Existe una libertad negativa en sentido estricto, liberal, cuando se omiten acciones positivas de impedimento. El caso de libertad liberal definible con mayor precisión es el de la libertad jurídica. Una libertad jurídica consiste en el hecho de que está permitido tanto hacer como no hacer algo. Este es justamente el caso cuando algo no está ni ordenado ni prohibido⁴⁵.

La libertad negativa en sentido amplio va más allá de la libertad negativa en sentido estricto, es decir, la libertad liberal. Ella incluye la libertad liberal pero, abarca también cosas tales como la libertad socio-económica, que no existe en la medida en que situaciones económicas deficitarias impiden al individuo la utilización de alternativas de acción⁴⁶.

El principio cuya posibilidad hay que examinar aquí tiene como objeto la libertad negativa en sentido estricto, es decir, la libertad liberal. Apunta, con ello, a una medida lo más alta posible de libertad jurídica. El principio será llamado "principio de la libertad negativa de acción". En vista del carácter del principio general de libertad referido tanto a la acción como a la situación y la posición, hay que agregar a este principio otros dos: uno que exige la mayor medida posible de no afectación de situaciones y otro que exige la no eliminación de posiciones jurídicas en la mayor medida posible. Estos tres principios pueden ser resumidos bajo un principio superior, el "principio de la libertad negativa"⁴⁷. En lo que sigue, será tratado, sobre todo, el

⁴⁵ Cfr. *supra*, Capítulo 4. II. 2.2.

⁴⁶ Cfr. *supra*, Capítulo 4. II. 2.1.

⁴⁷ El principio de la libertad negativa presenta en su contenido y estructura una diferencia fundamental con el "principio constitucional de la libertad" de Grabitz. Este último abarca un haz de libertades (libertad negativa, real, social, democrática y política; cfr. E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, págs. 243 s.). Como de esta manera se incluye casi todo lo que puede entrar en colisión en nombre de la libertad, no formula, en sentido estricto, ningún principio sino el ideal de establecer un equilibrio razonable y justo entre todo aquello que puede ser concebido bajo el nombre de libertad.

principio parcial más simple, el principio de la libertad jurídica, que exige que las alternativas de acción sean afectadas lo menos posible por mandatos y prohibiciones.

Es fácil encontrar un punto en el que el principio de la libertad negativa no se diferencia en nada de los otros principios: todo aquello que afecta la realización del principio puede ser sometido a un examen de adecuación y necesidad. Sin embargo, surgen problemas cuando se trata del examen de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la ponderación. La ley de la ponderación exige —en caso de que aumente la intensidad de una afectación de la libertad— un creciente peso de las razones que justifiquen la afectación. Pero, ¿qué ha de entenderse por intensidad de una afectación de la libertad negativa? ¿Es posible hablar, sobre la base del concepto negativo de libertad, de grados de intensidad del afectamiento? ¿No es, desde el punto de vista de la libertad negativa, la prohibición de alimentar palomas y de asistir a un servicio religioso lo mismo, es decir, un afectamiento de la libertad negativa? ¿Cómo ha de decidirse sobre grados de intensidad? Por ejemplo, ¿quedan alguien más intensamente afectado por la prohibición de alimentar palomas que por la prohibición de asistir a servicios religiosos porque sin ambas prohibiciones alimentaría con mayor frecuencia a las palomas que lo que iría a servicios religiosos, es decir, son *más* acciones las afectadas? Pero, entonces, ¿no es la colocación de innumeros semáforos una restricción más intensa, es decir, que requiere una fundamentación más fuerte, que el cierre de iglesias que, en su totalidad, afecta mucho menos acciones?⁴⁸ Pero, si no puede procederse de acuerdo con el número de acciones, ¿cuál es el criterio? ¿No se requieren, entonces, pautas de evaluación que no tienen nada que ver con el principio de la libertad negativa? Si tal es el caso, ¿no significa esto que aquellas pautas de ponderación son las que, en verdad, constituyen el objeto de la ponderación? Si no puede ser ponderado, ¿no es entonces el principio de la libertad negativa superfluo en las ponderaciones?

Estos interrogantes ponen claramente de manifiesto cuáles son los argumentos que pueden ser esgrimidos en favor de la tesis de la falta de substancia. Sin embargo, si se los observa más de cerca, se ve que son insostenibles. Por una parte, es posible, constatar, en cierta medida, la intensidad de afectaciones a la realización del principio de la libertad negativa sin necesidad de recurrir a otros principios con-

cretos. Por otra, del hecho de que sólo sobre la base de este principio no pueda realizarse una tal constatación no se sigue que no juegue ningún papel en tales constataciones. En conexión con otros principios, sí puede jugar un papel.

Es fácil encontrar ejemplos de casos en los cuales pueden determinarse los grados de intensidad de la afectación, sin recurrir a la aplicación de otras pautas. Así, aumenta la intensidad de la afectación en la prohibición de las siguientes acciones: alimentar palomas en la Plaza del Mercado; alimentar palomas en el radio urbano; alimentar animales en el radio urbano; acercarse a animales. La subsiguiente afectación incluye la precedente y abarca más. De acuerdo con un tal criterio de amplitud, puede decirse que una prohibición represiva afecta más intensamente que una prohibición preventiva, una prohibición de viajar a todos los países, más que una prohibición de viajar a un país y un estorbamiento de larga duración, más que uno de corta duración.

Podría objetarse que con este tipo de juicios comparativos de intensidad no se ha ganado mucho. En esto hay algo de cierto. De esta manera no puede determinarse la intensidad de la afectación "en sí". Con todo, algo se ha ganado. Se ha mostrado que existe algo así como grados de afectación de la libertad negativa. Se puede decir, además, que la prohibición de una acción en todas sus formas representa siempre *prima facie* una afectación realmente intensa. El Tribunal Constitucional Federal ha calificado correctamente el alimentar palomas en el radio urbano de Mönchengladbach como "una intervención muy limitada en la libertad de practicar el amor a los animales"⁴⁹. En cambio, una prohibición amplia de toda práctica del amor a los animales, en tanto la intervención más amplia en esta libertad, sería una intervención más intensa en la libertad negativa.

2. La vinculación entre principios formales y materiales

Naturalmente, sobre la base de lo hasta ahora dicho, no puede decidirse si una prohibición de alimentar palomas constituye una afectación más intensa que la prohibición de asistir a servicios religiosos. Para ello, se requieren otros criterios concretos. En el ejemplo se puede intentar obtener un criterio tal a partir de la garantía jurídico-

⁴⁸ BVerfGE 54, 143 (147).

⁴⁹ Cfr. Ch. Taylor, "What's Wrong with Negative Liberty", pág. 183.

positiva de la libertad de cultos. Si se prescinde de esto, la norma de la dignidad de la persona se presenta como la fuente jurídico-positiva más general de criterios concretos. Justamente en este sentido dice el Tribunal Constitucional Federal: "En la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental del artículo 2 párrafo 1 LF, hay que tomar en cuenta que, según la norma fundamental del artículo 1 párrafo 1 LF, la dignidad de la persona es intangible y exige respeto y protección frente a todo poder público"⁵⁰.

Se podría pensar que con esto se renuncia a la concepción de un derecho general de libertad negativa y se la sustituye con una concepción concreta de la libertad orientada por la dignidad de la persona en la que, en lugar de la libertad general de hacer u omitir lo que uno quiera, aparecen determinadas libertades evaluadas positivamente. Que tal no es el caso lo muestra una mirada a la conexión entre la libertad negativa y la dignidad de la persona. Esta conexión puede describirse con las siguientes tesis: la libertad negativa es una condición necesaria pero no suficiente de la dignidad humana. Por ello, un recurso a la dignidad humana no puede conducir nunca a una *sustitución* del principio "formal" de la libertad negativa por los principios concretos exigidos por la norma de la dignidad de la persona. Algo que es necesario para la dignidad de la persona no se convierte en algo no necesario —y, por lo tanto, sustituible— porque algo más sea necesario para la dignidad de la persona. Por lo tanto, la referencia a la norma de la dignidad humana no puede conducir a una sustitución de la libertad negativa por principios concretos que pertenecen a la norma de la dignidad de la persona sino sólo a una *complementación* de aquel principio. Ahora hay que explicitar y fundamentar estas tesis.

Se ha expuesto ya⁵¹ que al artículo 1 párrafo 1 LF puede también adscribirse una norma que tiene carácter de principio: el principio de la dignidad de la persona. El principio de la dignidad de la persona es tan vago como el concepto de la dignidad de la persona. El concepto de la dignidad de la persona puede ser explicitado —a más de a través de fórmulas generales como la que dice que la persona no puede ser convertida en mero objeto⁵²— por un haz de condiciones más concretas que tienen que darse o que no deben darse si ha de garantizarse

⁵⁰ BVerfGE 34, 238 (245); 32, 373 (379).

⁵¹ Capítulo 3, I, 7.2.

⁵² Cfr. BVerfGE 27, 1 (6); 28, 389 (391); 45, 187 (228); 50, 125 (133); 50, 166 (175); 50, 205 (215).

la dignidad de la persona. Con respecto a algunas condiciones, es fácil obtener consenso. Así, la dignidad de la persona no está garantizada si el individuo es humillado, discriminado, perseguido o despreciado⁵³. Sobre otras condiciones puede discutirse, por ejemplo, si un desempleo permanente no obstante el deseo de trabajar, o la falta de determinados bienes materiales, lesionan la dignidad de la persona. Es un hecho que diferentes personas explicitan el concepto de la dignidad de la persona a través de diferentes haces de condiciones. Por otra parte, cabe constatar que los haces no se diferencian totalmente entre sí. Muchos divergen en algunos puntos y coinciden en otros y, a menudo, existen diferencias sólo en el peso que se otorga a las diferentes condiciones en el haz. Además, con respecto a fórmulas generales como la fórmula del objeto, puede lograrse un consenso amplio⁵⁴. Esto justifica hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona⁵⁵. Las diversas concepciones son difíciles de clasificar, no existen entre ellas fronteras precisas sino más bien aquello que Wittgenstein llamara "parecido de familia": "una red complicada de semejanzas que se superponen y entrecruzan recíprocamente. Semejanzas en lo grande y en lo pequeño"⁵⁶.

El Tribunal Constitucional Federal resume su concepción en su fórmula sobre la imagen de la persona⁵⁷. Según ella, a la norma de la dignidad de la persona subyace "la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad"⁵⁸. Aquí habrá de tener importancia sólo el hecho de que en esta fórmula

⁵³ BVerfGE 1, 97 (104).

⁵⁴ Con respecto a las dificultades de la aplicación de esta fórmula en los casos concretos, cfr. BVerfGE 30, 1 (25 s.).

⁵⁵ Con respecto a la diferencia entre concepto y concepción, cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, pág. 5; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 134 ss. Para la presentación de diferentes concepciones de la dignidad, cfr. B. Giese, *Das Würde-Konzept*, Berlín 1975, págs. 3 ss.

⁵⁶ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* 66, 67.

⁵⁷ Cfr. aquí principalmente R. Dreier, "Das Menschenbild im Recht" en W. Böhme (comp.), *Was halten wir für Recht?*, Herrenalber Texte 29 (1981), págs. 87 ss.; W. Geiger, "Das Menschenbild des Grundgesetzes", loc. cit., págs. 9 ss.

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (227); cfr. además, E 4, 7 (15 s.); 27, 1 (7); 30, 173 (193); 32, 98 (108); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 166 (175); 50, 290 (353).

el concepto de libertad juega un papel central y se sostiene que cuando no juega ningún papel, no se trata de una concepción de la dignidad⁵⁹. Dèsde luego, en vista de la ambigüedad del concepto de libertad, poco es lo que se ha ganado con esta constatación. Para lograr una aclaración, hay que subrayar que en el presente contexto de lo que se trata es del aseguramiento de la dignidad de la persona a través del derecho. Por ello, no puede querer hacerse referencia a una libertad positiva interna, como la que existe en el cumplimiento de la ley ética por deber⁶⁰. A lo que se hace referencia tiene que ser una libertad externa⁶¹ que consiste en que no se impide al individuo, a través de la coacción externa, la elección entre diversas alternativas de decisión, pues, de otra manera, en un contexto *jurídico*, no podría hablarse de la "independencia de la persona" y de una "personalidad autorresponsible"⁶³. Pero, una tal libertad incluye siempre esencialmente la libertad jurídica negativa. Puede, por lo tanto, decirse que sin libertad jurídica negativa no existe la dignidad de la persona en un sentido jurídicamente relevante⁶⁴.

Ninguna objeción en contra de esta conexión entre la dignidad de la persona y la libertad negativa fundamenta que la libertad que el Tribunal Constitucional Federal vincula con el concepto de la dignidad de la persona no sea una libertad ilimitada sino la de un "individuo referido a y vinculado con la comunidad"⁶⁵. Lo que esto significa lo resume el Tribunal Constitucional Federal con las siguientes palabras: "el individuo tiene que aceptar aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador traza para el cultivo y promoción de

⁵⁹ Con respecto a la conexión entre dignidad y libertad, cfr. G. Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde" en *AoR* 81 (1956), pág. 125; K. Stern, "Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und der Grundrechte" en *Festschrift für H. U. Scupin* compilado por N. Achterberg/W. Krawietz/D. Wydruk, Berlin 1983, pág. 632; E. Benda, "Die Menschenwürde" en *Handbuch des Verfassungsrechts*, editado por E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel, Berlin/Nueva York 1983, pág. 112. Cfr., además, I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, pág. 436: "autonomía es, por lo tanto, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional".

⁶⁰ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, págs. 446 ss.

⁶¹ Con respecto a la distinción entre libertad interna y externa, cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, págs. 214, 380, 396, 406.

⁶² BVerfGE 4, 7 (16).

⁶³ BVerfGE 45, 187 (228).

⁶⁴ Cabe señalar que esta frase formula sólo una condición necesaria pero no suficiente.

⁶⁵ BVerfGE 45, 187 (227).

la convivencia social dentro de los límites de lo, en general, exigible, de acuerdo con el estado de cosas dado, siempre que se mantenga la independencia de la persona"⁶⁶. Esta formulación, en la que resuena claramente el principio de proporcionalidad, no sólo dice que la libertad es restringible, sino también que no es restringible en virtud de razones cualesquiera sino sólo en virtud de razones suficientes. Pero, justamente esto es el contenido del principio de la libertad negativa ya que éste, en tanto principio, no otorga una permisión definitiva de hacer u omitir lo que se quiera, sino que tan sólo dice que cada cual puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes (derechos de terceros e intereses colectivos) no justifiquen una restricción de la libertad negativa. Con ello, el principio de la libertad negativa puede tomar en cuenta, en toda su amplitud, la vinculación del individuo con la comunidad.

Naturalmente queda la peculiaridad de que el principio de la libertad negativa exige una razón suficiente para toda restricción de la libertad, es decir, también para aquellas relativamente insignificantes y se podría pensar que, en este sentido, no tiene nada que ver con la dignidad de la persona. Para comprender que esto no es correcto, basta pensar qué significaría si no fuera necesaria ninguna razón suficiente para las restricciones de la libertad cuando ellas son insignificantes. Significaría que en estos casos serían posibles restricciones arbitrarias. En las cosas pequeñas, el individuo estaría expuesto a chicanas carentes de todo fundamento. Pero, ser restringido arbitrariamente en la libertad contradice la dignidad de la persona, también cuando se trata de pequeñeces, prescindiendo del hecho de que las opiniones divergen considerablemente cuando se trata de determinar qué es lo "pequeño" o lo "insignificante"⁶⁷. Por ello, el principio de

⁶⁶ BVerfGE 4, 7 (16).

⁶⁷ Buenos ejemplos de "casos pequeños" son aquéllos en los que se trata de la alimentación de pájaros. Ehmke y W. Schmidt han señalado que hablar de un derecho fundamental a alimentar gorriones es una consecuencia absurda y ridícula del derecho de libertad general de acción (H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, pág. 58; W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", pág. 81). Suena casi a una ironía de la historia de la interpretación constitucional el hecho de que veinte años más tarde el Tribunal Constitucional Federal afirme que el alimentar palomas está *prima facie* iusfundamentalmente protegido (BVerfGE 54, 143). Tiene razón el Tribunal Constitucional Federal. Ciertamente, no es plausible considerar la alimentación de palomas como algo especialmente digno de protección. Pero, ello no justifica que se lo considere como algo que no merece protección alguna. Puede haber personas para quienes este tipo de actividades sea muy importante; más importante, quizás, que las

la libertad negativa puede apoyarse en toda su amplitud en el principio de la dignidad de la persona.

El principio de la libertad negativa formula sólo una de las condiciones para la garantía de la dignidad de la persona. A más del principio formal de la libertad negativa, al principio de la dignidad de la persona hay que vincularlo con principios materiales que se refieren a las condiciones concretas de las cuales depende el cumplimiento de la garantía de la dignidad de la persona. Entre los principios materiales se cuentan, entre otros, aquéllos que valen para la protección del ámbito más interno y aquéllos que otorgan al individuo un derecho *prima facie* a la autopresentación frente a sus congéneres. Los aspectos concretos expresados por este tipo de principios materiales aparecen junto con el aspecto formal de la libertad negativa y no lo desplazan porque la libertad negativa en tanto tal es una razón independiente para la protección iusfundamental. La libertad negativa es una razón independiente para la protección iusfundamental porque es un *valor en sí*. Para decirlo con las palabras de Isaiah Berlin: "To be free to choose, and not to be chosen for, is an inalienable ingredient in what makes human beings human"⁶⁸. Cuando dos situaciones son iguales en todos los respectos menos en uno, de forma tal que en la primera existe una libertad negativa que no se da en la segunda, la primera es mejor que la segunda.

Por lo tanto, el principio de la libertad de la persona puede tanto apoyar como completar el de la libertad negativa. Esto es posible porque el principio de la dignidad de la persona debe ser precisado por un haz de subprincipios entre los cuales se cuentan, a más del principio formal de la libertad negativa, numerosos principios materiales que pueden aparecer en ponderaciones al lado del de la libertad negativa y determinar su peso. Cuando en lo que sigue se diga simplificadamente que el principio de la dignidad de la persona aparece en las ponderaciones junto con el de la libertad negativa, se hace referencia a esta conexión.

La concepción del derecho general de libertad aquí expuesta puede ser llamada una "concepción formal-material". Es formal en la

acciones religiosas. Sin duda, de la importancia subjetiva no se sigue sin más la importancia desde el punto de vista de la Constitución; pero, la importancia subjetiva es relevante para la Constitución en la medida en que el respeto que ella impone de las decisiones y formas de vida del individuo exige que no se intervenga sin razón suficiente.

⁶⁸ I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, pág. LX.

medida en que parte de la libertad negativa y la trata a ésta como valor en sí. Es material porque, en caso de colisiones, determina el peso relativo del principio de la libertad negativa en el caso concreto también sobre la base de otros principios que, frente al de la libertad negativa, tienen un carácter material.

III. ESFERAS DE PROTECCION Y DERECHOS • DE LIBERTAD TACITOS

La concepción formal-material puede renunciar a contraponer una "concepción de la libertad (vacía de contenido) formal (libertad general de acción)" a una "concepción de la libertad (concreta, es decir, valorativamente cerrada) material (núcleo intangible)" en el sentido de una "interpretación escindida del artículo 2 párrafo 1 LF"⁶⁹. Permite, más bien, reunir en un todo no contradictorio y coherente las facetas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que, a primera vista, parecen ser divergentes⁷⁰. Para que ello se logre, tiene que tener bajo control dos cosas: la teoría de las esferas, inclusive la con ella vinculada teoría de los derechos de libertad tácitos, como así también las consecuencias que resultan de la aceptación de un derecho general de libertad de acción e intervención. Se tratará, por lo pronto, el primer complejo de problemas. El segundo será analizado a continuación, dentro del marco de una discusión de las objeciones todavía no eliminadas en contra del derecho general de libertad.

1. La teoría de las esferas

La teoría de las esferas se encuentra ya en el fallo Elfes en el que el Tribunal habla de un "ámbito último intangible de la libertad humana"⁷¹. La garantía de la libertad general de acción es presentada como una extensión de la protección más allá de este ámbito: "Con el 'libre desarrollo de la personalidad', la Ley Fundamental *no* puede

⁶⁹ Cfr. R. Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit", pág. 91.

⁷⁰ Es interesante señalar que, en la colección oficial, a la resolución sobre la alimentación de palomas sigue inmediatamente la resolución Eppler (cfr. BVerfGE 54, 143; 54, 148).

⁷¹ BVerfGE 6, 32 (41).

haber querido designar sólo el desarrollo dentro de aquel ámbito central de la personalidad”⁷². En muchas decisiones, el Tribunal ha seguido ampliando la distinción de esferas de diferente intensidad de protección que se percibe en estas manifestaciones⁷³. Es posible distinguir tres esferas con decreciente intensidad de protección: la *esfera más interna* (“ámbito último intangible de la libertad humana”⁷⁴, “ámbito más interno (íntimo)”⁷⁵, “esfera íntima intangible”⁷⁶, “ámbito núcleo absolutamente protegido de la organización de la vida privada”⁷⁷), la *esfera privada amplia*, que abarca el ámbito privado en la medida en que no pertenezca a la esfera más interna⁷⁸, y la *esfera social*, que abarca todo lo que no ha de ser incluido en la esfera privada amplia⁷⁹.

La teoría de las esferas puede ser entendida —en la medida en que es correcta y útil— como el resultado de ponderaciones del principio de la libertad negativa *conjuntamente* con otros principios, por una parte, y principios opuestos, por otra. Se podría pensar que esto no vale para la *esfera más interna*, ya que su amplitud no tiene nada que ver con ponderaciones. Sin embargo, tal no es el caso. Si se define la esfera más interna como aquella en la que el individuo *no* “influye con su ser o su comportamiento en otros y, por lo tanto, no afecta la esfera personal de los congéneres o intereses de la vida de la comunidad”⁸⁰, entonces la esfera más interna es, *per definitionem*, la esfera en la que siempre son decisivos los principios que hablan en favor de la protección, pues no es posible aducir principios opuestos que sólo podrían referirse o bien a derechos de otros o a bienes colectivos, ya que no son afectados los derechos de otros o los intereses de la comunidad. A una tal concepción de la esfera más interna se refiere la frase del Tribunal Constitucional Federal: “no se da una ponderación según las

⁷² BVerfGE 6, 32 (36) (subrayado de R. A.).

⁷³ Cfr., al respecto, D. Rohlf, *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*, Berlín 1980, págs. 70 ss.

⁷⁴ BVerfGE 6, 32 (41); similarmente: BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350); 32, 373 (379); 34, 238 (245).

⁷⁵ BVerfGE 27, 1 (8).

⁷⁶ BVerfGE 32, 373 (379).

⁷⁷ BVerfGE 34, 238 (245).

⁷⁸ Cfr. BVerfGE 27, 1 (7 s.); 27, 344 (351); 32, 373 (379); 33, 367 (376); 34, 238 (246); 35, 202 (220).

⁷⁹ Con respecto a esta triple división, cfr. R. Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit”, págs. 92, 266 ss., 273 ss.

⁸⁰ BVerfGE 35, 202 (220).

pautas del principio de proporcionalidad”⁸¹; ello es trivial ya que no hay nada frente a lo cual pudieran ser ponderados los principios que hablan a favor de la protección. Sin embargo, también este caso puede ser considerado como un caso de aplicación de la ley de ponderación: como el caso más extremo. Pero, puede dudarse que una concepción de la esfera más interna de este tipo tenga importancia práctica. Cabe preguntar si hay un ser o un comportamiento de una persona que en ningún respecto afecte la esfera de otras o los intereses de la vida en comunidad. Con independencia de la respuesta que se dé a esta pregunta, puede decirse que si hay tales casos, se trata de casos que no pueden dar lugar a una polémica seria pues, ¿quién habría de querer restringir algo que no lo afecta en ningún respecto ni a él ni a los demás y tampoco los intereses de la comunidad? Si el discurso del “ámbito intangible de la organización de la vida privada” ha de tener algún sentido práctico, entonces debe subyacer a él una concepción más fuerte de la esfera más interna. Una concepción más fuerte surge si uno considera determinadas situaciones y formas de comportamiento del individuo como protegidas en todos los casos, es decir, también cuando pueden aducirse derechos de otros o intereses de la comunidad en contra de la protección. Pero, una tal concepción es el resultado de una ponderación y, por cierto, de una ponderación que, bajo determinadas circunstancias (en determinados comportamientos y situaciones del individuo), conduce a una prioridad absoluta del principio de la libertad negativa conjuntamente con el principio de la dignidad de la persona frente a cualesquier principios opuestos concebibles. Ya se ha señalado más arriba que no deja de ser problemática una prioridad absoluta, también cuando es relativizada con respecto a determinadas circunstancias, ya que ello presupone que no pueden presentarse otras circunstancias que, desde el punto de vista del derecho constitucional, pudieran otorgar mayor peso a principios opuestos⁸². Naturalmente, esto no cambia en nada el hecho de que existen circunstancias bajo las cuales el resultado de la ponderación es tan seguro que puede hablarse de *reglas* aseguradas en alto grado, que protegen el ámbito más interno⁸³. El Tribunal Constitucional Federal puede aplicar estas reglas sin entrar en una ponderación. Pero, sigue siendo cierto que estas reglas son el resultado de ponderaciones;

⁸¹ BVerfGE 34, 238 (245).

⁸² Capítulo 6, I, 4.

⁸³ De acuerdo con la ley de colisión presentada más arriba, estas reglas se infieren de la determinación de la relación de precedencia, cfr. Capítulo 3, I, 3.2.1.

en todos los casos de duda —sea en el marco de una precisión, sea en el marco de una reducción o de una extensión⁸⁴— la ponderación vuelve a tener relevancia.

En la *esfera privada más amplia*, el Tribunal Constitucional Federal subraya la necesidad de un “estricto respeto del mandato de proporcionalidad”⁸⁵. Se podría pensar que con esto se quiere decir que en la esfera social el principio de proporcionalidad vale en menor medida que en la esfera privada. Pero, esto no sería correcto. La validez jurídica es una cuestión de todo o nada y el hecho de que el Tribunal examine la proporcionalidad en la esfera social muestra que considera que el principio de proporcionalidad vale también para este ámbito. Por ello, con el postulado de la aplicación estricta del principio de proporcionalidad puede querer decirse sólo que para restricciones en el ámbito de la esfera privada se requieren razones de peso. Esto es, en parte, correcto y, en parte, falso; esto último pone de manifiesto las debilidades de la teoría de las esferas. No puede haber duda de que una afectación intensa en la esfera social requiere razones de más peso que una afectación insignificante de la esfera privada más amplia. Además, muchas veces, es difícil decidir si un caso pertenece a la esfera privada amplia o a la esfera social. Entre lo más privado y aquello que no tiene nada de privado existe una transición gradual. Por ello, no pueden formarse dos clases de las cuales en la una la protección iusfundamental es fuerte y en la otra débil, sino que hay que diferenciar según la intensidad de la afectación y también según el grado de privacidad. Lo que pone correctamente de manifiesto la distinción entre las esferas privada y social es que la protección iusfundamental es tanto más fuerte cuanto mayor peso tienen los principios que se añaden al principio de la libertad general de acción y que justamente protegen la privacidad.

Así, pues, la teoría de las esferas demuestra ser una descripción muy basta⁸⁶ de la protección iusfundamental de diferente intensidad

⁸⁴ Con respecto a los conceptos de precisión, reducción y extensión, cfr. A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, págs. 152 ss.; R. Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, págs. 68 s.

⁸⁵ BVerfGE 32, 373 (379); 33, 367 (377); 34, 205 (209); 34, 238 (246); 35, 35 (39); 35, 202 (232).

⁸⁶ Ya debido a la imprecisión de la clasificación, hay que estar de acuerdo con la crítica de D. Merten, “Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit” en *JuS* 1976, pág. 349, en el sentido de que “una clasificación rígida en esferas [...] (parece) algo artificial e impracticable”. La teoría de las esferas es criticada, además, por J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 314 ss.; E. Schwan, “Datenschutz. Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte” en *VerwArch* 66 (1975), págs. 147 ss.

según las circunstancias. En la medida en que es correcta, expresa que la protección de la libertad es tanto más fuerte cuanto más fuerte es el principio de la libertad negativa conjuntamente con otros principios, especialmente el de la dignidad humana. En el ámbito de la esfera más íntima, los pesos son tan obvios que pueden reformularse en reglas relativamente generales. Por lo demás, lo que importa decididamente son ponderaciones en las cuales del lado de la libertad se encuentra el principio de la libertad negativa conjuntamente con los principios que se le suman. Justamente esto responde a la concepción formal-material.

2. Los derechos de libertad tácitos

La teoría de los derechos de libertad tácitos⁸⁷ se apoya, en parte, en la teoría de las esferas y, en parte, va más allá de ella. Su discusión presupone claridad sobre el concepto del derecho de libertad tácito. Es aconsejable establecer tres distinciones para su aclaración.

En la primera, de lo que se trata es de saber si el bien protegido del derecho de libertad tácito es una *acción* o una *situación* del titular del derecho fundamental. Se trata de acciones en los casos del viajar⁸⁸, de quien realiza una *colecta*⁸⁹ y de alimentar palomas⁹⁰. En el caso de las acciones, puede formularse una norma permisiva: *a* puede realizar colectas. Se trata de situaciones, por ejemplo, en los casos de la intangibilidad del ámbito secreto⁹¹ y de la existencia de condiciones bajo las cuales la persona “puede desarrollar y conservar su personalidad”⁹². En el caso de las situaciones no pueden formularse normas permisivas, pero si prohibiciones dirigidas a los destinatarios de derechos fundamentales a las que corresponden derechos de igual contenido del titular del derecho fundamental: *le* está prohibido a *b* afectar el ámbito secreto de *a*; *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* no afecte el ámbito secreto de *a*⁹³.

⁸⁷ *Schutz. Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte* en *VerwArch* 66 (1975), págs. 147 ss.

⁸⁸ Con respecto a este término, cfr. BVerfGE 54, 148 (153).

⁸⁹ BVerfGE 6, 32.

⁹⁰ BVerfGE 20, 150.

⁹¹ BVerfGE 54, 143.

⁹² BVerfGE 21, 1 (7 s.).

⁹³ BVerfGE 35, 202 (220).

⁹⁴ Más exactamente, aunque más complicado: *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* no altere la situación en la que se encuentra *a* en virtud de que sólo *a* y las

La segunda distinción es la que se da entre derechos de libertad **tácitos abstractos y concretos**. Un derecho muy abstracto es el "derecho general a la personalidad garantizada constitucionalmente"⁹⁴, uno más concreto, el "derecho a disponer sobre presentaciones de la persona"⁹⁵ y uno muy concreto el derecho a que no se lleve a cabo "la repetición de un informe televisivo sobre un delito grave que no responde ya a intereses actuales de información" si "ello pone en peligro la resocialización del autor del delito"⁹⁶.

Finalmente, la tercera distinción se refiere a la diferencia entre posiciones *prima facie* y *definitivas*. Una posición *prima facie* es el derecho a viajar. El viajar está protegido por el artículo 2 párrafo 1 LF pero, puede ser restringido⁹⁷. Una posición *definitiva* es la permisión de un propietario de un automóvil a llevar personas en su vehículo con las que ha entrado en contacto a través de una intermediación pública o de la publicidad, a cambio de un pago que no supere el monto de los costos del viaje⁹⁸.

2.1. Derechos referidos a la acción

Sobre la base de esta triple distinción, puede confeccionarse una tabla amplia de las posiciones que hay que vincular con el artículo 2 párrafo 1 LF⁹⁹. Para poder calificar a algunas de ellas como "derechos de libertad tácitos", es necesario llevar a cabo una serie de determinaciones que, en última instancia, han de ser realizadas partiendo de ponderaciones de funcionalidad.

personas en las que a confia conoce determinados hechos, facilitando su conocimiento a b o a terceros, en contra de la voluntad de a. Si b quiere hacer conocer los hechos ordenando a a que los comunique, está en juego, a más de un derecho a no afectar una situación, una permisión para no llevar a cabo la comunicación. A menudo, los derechos a no afectación de una situación son descritos con la ayuda del concepto de tolerar. Si a tiene un derecho a no afectación no tiene que tolerar la correspondiente afectación.

⁹⁴ BVerfGE 54, 148 (153).

⁹⁵ BVerfGE 35, 202 (220).

⁹⁶ BVerfGE 35, 292 (237).

⁹⁷ Cfr. BVerfGE 6, 32 (42 ss.).

⁹⁸ BVerfGE 17, 306 (313 ss.). Cuando esta posición es llamada "definitiva", ello no significa que no pueda ser modificada, por ejemplo, restringida a la luz de nuevas constelaciones de casos. Pero, entonces, surge nuevamente una posición definitiva.

⁹⁹ Con respecto al concepto de adscripción, cfr. supra, Capítulo 2, 1, 2.

Especialmente notorio es el problema de la determinación en las posiciones *prima facie* referidas a acciones. Si todas las acciones están abarcadas por el artículo 2 párrafo 1 LF, entonces está abarcada toda acción determinada, por ejemplo, viajar, realizar colectas y alimentar palomas. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que la libertad de viajar es un "efluvio" de la libertad general de acción¹⁰⁰, con ello no puede querer decirse nada más que el concepto de acción incluye el concepto de viajar. Si en el caso de las posiciones *prima facie* referidas a acciones se apunta sólo a tales relaciones de inclusión, resultan para el concepto del derecho de libertad tácito consecuencias insostenibles. Existen entonces tantos derechos de libertad tácitos como descripciones de acciones. Pero, existe un número infinito de descripciones de acciones. De esta manera, el concepto del derecho de libertad tácito pierde todo sentido en las posiciones *prima facie* referidas a acciones. Esto puede evitarse a través de dos restricciones. La primera dice que sólo en descripciones de acción relativamente generales¹⁰¹ hay que suponer derechos de libertad tácitos. Por lo tanto, puede hablarse de un derecho de libertad tácito a viajar pero no de un derecho de libertad tácito a viajar vestido insólitamente. Si se le prohíbe a alguien viajar vestido insólitamente, no puede invocar un derecho concreto de libertad tácito a viajar vestido insólitamente, sino más bien dos derechos de libertad tácitos relativamente abstractos, es decir, el derecho a viajar y el derecho a vestirse como quiera. La segunda restricción dice que acciones que están prohibidas por normas con respecto a cuya constitucionalidad no existe ninguna duda deben ser excluidas del círculo de los derechos de libertad *prima facie* tácitos. La protección *prima facie* de la que gozan estas acciones de acuerdo con la teoría amplia del supuesto de hecho, no es conferida, por lo tanto, por un derecho de libertad tácito, sino por el derecho general de libertad. De esta manera, se obtiene un concepto delimitado y utilizable del derecho de libertad *prima facie* tácito y referido a acciones. Los derechos que caen bajo este concepto del derecho de libertad tácito responden, en su estructura, a los derechos de libertad "expresos", es decir, escritos.

¹⁰⁰ BVerfGE 6, 32 (42).

¹⁰¹ Con respecto al concepto de generalidad, cfr. supra, Capítulo 3, nota 11.

2.2. Derechos referidos a situaciones

Más complicados que los derechos referidos a acciones son los derechos referidos a situaciones. Un derecho sumamente abstracto de este tipo es el “derecho general a la personalidad garantizado constitucionalmente” cuya tarea es “garantizar la esfera personal estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas”¹⁰². Es característico del derecho general a la personalidad admitido por el Tribunal Constitucional Federal el hecho de que se apoya tanto en el artículo 1 párrafo 1 como en el artículo 2 párrafo 1 LF. Debe ser garantizado “por el artículo 2 párrafo 1 en conexión con el artículo 1 párrafo 1 LF”. Pero, no obstante esta conexión, el derecho que surge de esta manera sigue siendo adscripto al artículo 2 párrafo 1 LF que, así, a más del “elemento ‘activo’” (referencia a la acción: hacer), protege — como podría decirse — un elemento pasivo del desarrollo de la personalidad al garantizar un “derecho al respeto del ámbito protegido” (referencia a la situación: ser)¹⁰³. Esto responde exactamente a la teoría formal-material según la cual el principio de la libertad negativa, en tanto principio referido también a la situación, interviene conjuntamente con otros principios.

La estrecha conexión entre la teoría de las esferas y el derecho general a la personalidad es clara. El derecho general a la personalidad puede ser considerado como una parte de la teoría de las esferas elevada al nivel de los derechos. Es precisada a través de la adscripción de un haz de derechos más concretos. Los objetos de estos derechos más concretos pueden ser inferidos de la descripción de los “bienes protegidos del derecho general a la personalidad” que presenta el Tribunal Constitucional Federal en el fallo Eppler, que resume su jurisprudencia¹⁰⁴. Entre los derechos adscriptos al derecho general abstracto a la personalidad se contaría: el derecho a las esferas privada, secreta e íntima¹⁰⁵, el derecho al honor personal, el derecho a disponer sobre la presentación de la propia persona¹⁰⁶, el derecho a la propia imagen y a la palabra hablada¹⁰⁷, “bajo determinadas circuns-

tancias, el derecho a estar libre de la imputación de manifestaciones no realizadas”¹⁰⁸ y el derecho a no ser afectado en la “autodefinida pretensión de prestigio social”¹⁰⁹. Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal ha agregado un derecho a la protección de los datos personales¹¹⁰. La precisión del derecho general a la personalidad a través de estos derechos más concretos es un procedimiento típico para la precisión de las cláusulas generales¹¹¹.

Hasta qué punto estos derechos más concretos a la personalidad dependen de la ponderación, en el sentido de la concepción formal-material, lo muestra la resolución sobre la cinta magnetofónica¹¹², en el que se trata del derecho a la propia palabra, constitucionalmente garantizado. En todo caso, deben ser prohibidas las grabaciones secretas con cintas magnetofónicas que afectan “el ámbito absolutamente inviolable de la configuración de la vida privada”. Desde luego, el Tribunal agrega de inmediato que la cuestión acerca de qué es lo que pertenece al ámbito inviolable puede ser “difícilmente descrito abstractamente” y “sólo puede ser respondida, de caso en caso, tomando en cuenta sus peculiaridades”¹¹³. Esto sugiere considerar al “ámbito absolutamente inviolable” como un haz de posiciones protegidas definitivas concretas, que son el resultado relativamente seguro de ponderaciones. Se subraya la referencia a la ponderación en el ámbito amplio de la personalidad. El Tribunal habla de “tensiones” entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y las exigencias de un cultivo eficaz del derecho. Para la solución de estas tensiones, “hay que averiguar en cada caso [...] cuál de ambos principios constitucionalmente importantes (tiene) mayor peso en el caso concreto”¹¹⁴. El derecho a la propia palabra no podría ser tratado más claramente como derecho *prima facie* en el sentido de la teoría de los principios. El supuesto de hecho de la norma que confiere aquel derecho responde así, en su estructura, a los supuestos de hecho de las normas que confieren derechos fundamentales expresos, es decir, escritos.

Por lo tanto, los derechos de libertad tácitos no son algo cualitati-

¹⁰² BVerfGE 54, 148 (153).

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ BVerfGE 54, 148 (154).

¹⁰⁵ Haciendo referencia a: BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 s.); 32, 372 (379).
34, 238 (245 s.); 47, 46 (73); 49, 286 (298).

¹⁰⁶ Haciendo referencia a: BVerfGE 35, 202 (220).

¹⁰⁷ Haciendo referencia a: BVerfGE 34, 238 (246).

¹⁰⁸ Haciendo referencia a: BVerfGE 34, 269 (282 s.).

¹⁰⁹ BVerfGE 54, 148 (155 s.); 54, 208 (217).

¹¹⁰ BVerfGE 65, 1 (41 ss.).

¹¹¹ Cfr. Fr. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 BGB*, Tübingen 1956.

¹¹² BVerfGE 34, 238.

¹¹³ BVerfGE 34, 238 (248).

¹¹⁴ BVerfGE 34, 238 (249).

vamente diferente del derecho general de libertad, que vale tanto para la libertad de acción como para la no afectación de situaciones y posiciones del titular de derecho fundamental sino que son, más bien, formas de la misma cualificadas en un doble respecto. Por una parte, están cualificadas porque presentan una descripción más precisa del supuesto de hecho, es decir, son más especiales, y, por otra, porque han experimentado una conformación y reforzamiento jurisprudencial. Se basan en normas del derecho judicial, surgidas en el marco y sobre la base de la norma general del derecho de libertad. Esto les otorga una cierta independencia y las coloca en la vecindad de los derechos especiales de libertad expresos. Por ello, entre el derecho general de libertad y los derechos de libertad tácitos existe la misma relación que entre el derecho general de libertad y los derechos de libertad expresos. Los derechos de libertad expresos son reacciones del constituyente a las amenazas de la libertad consideradas como especialmente acuciantes. De manera totalmente análoga, los derechos de libertad tácitos pueden ser entendidos como reacciones de la jurisprudencia constitucional a amenazas de la libertad consideradas como especialmente acuciantes. En este sentido, el artículo 2 párrafo 1 LF es una fuente escrita de derechos de libertad tácitos. Sin embargo, esto no significa que el artículo 2 párrafo 1 LF se convierta, como afirma W. Schmidt, "en derecho fundamental sólo en conexión con el nuevo ámbito de protección de la libertad"¹¹⁵. La concepción formal-material muestra que un derecho general de libertad es constructivamente posible y prácticamente aplicable. Los derechos de libertad tácitos, en tanto derechos especiales, no pueden nunca otorgar una protección exhaustiva de la libertad. Pero, como ella está ordenada, sigue estando ordenado proteger la libertad negativa no sólo a través de derechos de libertad tácitos. Allí donde éstos no pueden intervenir, hay que aplicar directamente el derecho general de libertad. Además, éste conserva su relevancia como fundamento jurídico-positivo de los derechos de libertad tácitos.

IV. PROBLEMAS DEL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD

De acuerdo con la concepción formal-material, el derecho general de libertad abarca un espectro caracterizado por una decreciente importancia del principio adicional de la dignidad de la persona. Uno de

¹¹⁵ W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", pág. 83.

los extremos del espectro está constituido por los casos en los que puede hablarse de un último ámbito inviolable porque al principio adicional le corresponde la más alta importancia concebible. Con la importancia decreciente del principio adicional, se obtienen los casos que son criticados como casos de una libertad de acción e intervención "meramente formal". Como la concepción formal-material incluye, con todo el espectro, también el derecho de la libertad de acción e intervención en sus manifestaciones más formales, ella depende de la sostenibilidad de un derecho tal. Su aceptabilidad es puesta en duda por muchas razones. La objeción más importante, la tesis de la falta de substancia, ha sido ya refutada. Cabe ahora echar una mirada a otras cuatro objeciones.

1. Derecho general de libertad y garantías puntuales

La objeción histórica es relativamente fácil de refutar. Según ella, los derechos fundamentales habrían surgido "históricamente de las respectivas situaciones especiales de deseo de seguridad o de peligro acuciantes" y, por ello, deberían ser considerados como "seguridades relacionadas con un ámbito de protección totalmente determinado"¹¹⁶ o, como suele decirse, como "garantías puntuales", lo que es inconciliable con la concepción de un derecho general de libertad. Sin duda, en favor de la tesis según la cual los diferentes derechos fundamentales habrían surgido como reacciones frente a amenazas concretas pueden aducirse muchos buenos argumentos. Pero, éste es sólo un costado del asunto. A más de la línea "concreta" de la tradición, hay una línea "abstracta". Testimonios de ella son el artículo 4 párrafo 1 de la *Déclaration des droits de l' homme et du citoyen* de 1789: "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce, qui ne nuit pas à autrui: ainsi l' exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que

¹¹⁶ U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", págs. 509 ss.; cfr., además, del mismo autor, "Pressefreiheit", pág. 37; H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", pág. 82; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 428; W. Rüfner, "Grundrechtskonflikte", pág. 456; Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, págs. 41 ss., 87 ss.; C. Graf v. Pestalozza, "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", pág. 437; W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", pág. 84; R. Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit", págs. 82 s.

celles, qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits" y la frase de Kant: "La libertad (independencia de la arbitrariedad coactiva de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cada cual de acuerdo con una ley universal, es este único derecho originario que le corresponde a toda persona en virtud de su humanidad"¹¹⁷. Por lo tanto, la tesis según la cual, desde la perspectiva histórica, los derechos fundamentales tienen que ser considerados como aportes puntuales está sujeta a algunas limitaciones. Un segundo argumento histórico en contra de la objeción histórica es el argumento de la *tabula rasa* de Dürig, quien se remite a la "vivencia histórica de una apocalíptica *tabula rasa* de derechos fundamentales a la cual la Ley Fundamental responde históricamente" y califica a las teorías del otorgamiento puntual como "totalmente a-históricas"¹¹⁸. Este argumento puede apoyarse en la génesis del artículo 2 párrafo 1 LF¹¹⁹.

A los argumentos históricos en contra de la objeción histórica se suma una reflexión sistemática. Aun cuando sólo existiera la línea concreta de la tradición y aun cuando los autores de la Ley Fundamental no hubieran querido dar ninguna nueva respuesta que incluyese el derecho general de libertad, no se estaría necesariamente obligado a seguir interpretando siempre el catálogo de derechos fundamentales en el sentido de la línea concreta de la tradición. Ni a la ciencia del derecho ni a la jurisprudencia judicial les está vedado fundamentar en normas generales las normas concretas históricamente desarrolladas¹²⁰. Por el contrario, ésta es una tarea esencial de la ciencia del derecho, y para la jurisprudencia, un procedimiento tal es, por lo menos, funcional. La cuestión puede sólo rezar si la aceptación de un

¹¹⁷ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 237.

¹¹⁸ G. Dürig, en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, Art. 3 Abs. 1, observación al margen 251, nota 1.

¹¹⁹ JöR, NF 1 (1951), págs. 54 ss.; BVerfGE 6, 32 (38 ss.). D. Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, Berlín 1976, pág. 52, señala con razón que, en contra de un giro del Tribunal Constitucional Federal, la versión originaria no rezaba "Cada cual puede hacer y omitir lo que quiera" (BVerfGE 6, 32 (36)). Sin embargo, las versiones originarias no se apartan mucho de ello. Esencialmente, la diferencia consiste sólo en que las versiones originarias contenían una cláusula restrictiva. Cfr., por ejemplo, el artículo 2 párrafo 2 del Proyecto de Chiemsee: "Cada cual tiene la libertad, dentro de los límites del orden jurídico y de las buenas costumbres, a hacer todo lo que no dañe a otro" (JöR, NF 1 (1951), pág. 54).

¹²⁰ Cfr. H. U. Gallwas, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, pág. 57.

derecho general de libertad es susceptible de una fundamentación iusfundamental razonable. En vista de la ambigüedad de la tradición y de la relativamente clara génesis, la objeción histórica no está en condiciones de poner ninguna piedra en la vía de una tal fundamentación.

2. El derecho general de libertad y el sistema de derechos fundamentales

La segunda objeción puede ser llamada "sistemática". Se recurre a ella cuando el derecho general de libertad es vinculado con la concepción de un "sistema axiomático cerrado"¹²¹ y se rechaza esta concepción. El objeto principal de esta crítica es el "sistema de valores y pretensiones" de Dürig en el que el derecho general de libertad juega un papel central¹²². Por ello, para el análisis de esta objeción es aconsejable echar una rápida mirada al sistema de Dürig.

El sistema de valores y pretensiones de Dürig puede ser llamado un modelo de los derechos fundamentales de tres gradas. En la primera se encuentra la dignidad de la persona como "principio constitucional supremo"¹²³. En la segunda, figura, por una parte, el derecho general de libertad como "derecho principal de libertad"¹²⁴ y, por otra, el derecho general de igualdad como "derecho principal de igualdad". Finalmente, en la tercera grada están situados los derechos especiales de libertad e igualdad¹²⁵. Estos derechos especiales son precisiones de contenido de los dos derechos principales¹²⁶. Entre los derechos principales y los especiales existe la relación *lex generalis* —*lex specialis*¹²⁷. Todo el sistema es calificado por Dürig como "cerrado"¹²⁸.

¹²¹ R. Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit", págs. 82 ss.; del mismo autor, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, págs. 91 s. Cfr., además, U. Scheuner, "Pressefreiheit", págs. 38 s.; H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", pág. 82.

¹²² G. Dürig, en Maunz/Dürig, GG, Art 1, observación al margen 6 ss.

¹²³ Loc. cit., Art. 1, observación al margen 14.

¹²⁴ Loc. cit., Art. 1, observación al margen 11.

¹²⁵ Loc. cit., Art. 1, observación al margen 12, Art. 3, observación al margen 248 ss.

¹²⁶ Loc. cit., Art. 1, observación al margen 10.

¹²⁷ Loc. cit., Art. 2, observación al margen 6.

¹²⁸ Loc. cit., Art. 3, observación al margen 254.

Este fascinantemente simple modelo que subyace claramente al fallo Elfes¹²⁹, está expuesto a una serie de preguntas y objeciones. Así, puede dudarse de su completitud y, por lo tanto, de su clausura. Existen, por lo menos, algunos derechos fundamentales a prestaciones fácticas positivas, por ejemplo, el derecho a un mínimo existencial¹³⁰ y el derecho de la madre a protección y cuidado (artículo 6 párrafo 4 LF). Pero, estos derechos no pueden ser considerados como precisiones de alguno de los dos derechos fundamentales principales¹³¹. Si esto es así, entonces el sistema de Dürig no abarca todos los derechos fundamentales y no es cerrado. Sin embargo, esto no dice nada en contra del derecho general de libertad. Como habrá de mostrarse más adelante, es perfectamente posible completar el sistema total de Dürig. Además, el sistema parcial constituido por el derecho general de libertad tendría gran interés dogmático, también en el caso en que no pudiera ser enmarcado en un sistema total completo.

En contra del sistema parcial que puede formarse con la ayuda del concepto del derecho general de libertad, no es posible aducir objeciones sistemáticas decisivas. Las objeciones pueden referirse o bien a la relación entre la primera y la segunda grada o entre la segunda y la tercera. Tal como se viera claramente más arriba¹³², entre la primera y la segunda grada, es decir, entre la dignidad de la persona y el derecho general de libertad existen dos relaciones, una de precisión y otra de complementación. Aquí interesa sólo la relación de precisión. El principio de la libertad negativa confiere precisión al principio de la dignidad humana al formular un aspecto de este principio amplio. Una relación de este tipo es siempre, al mismo tiempo, una relación de fundamentación ya que un punto de vista amplio puede ser presentado como fundamentación de un aspecto parcial. Quien presenta el principio de la dignidad de la persona como fundamento del principio de la libertad negativa no deduce simplemente éste de aquél sino que se apoya más bien en una precisión según el siguiente esquema deductivo:

(1) La dignidad de la persona debe ser respetada y protegida.

¹²⁹ Cfr. BVerfGE 6, 32 (37, 40) s.). Con respecto a algunas divergencias, cfr. G. Dürig, "Anmerkung zum Elfes-Urteil" en JZ 1957, págs. 169 ss.

¹³⁰ Cfr. BVerfGE 45, 187 (228) e infra, Capítulo 9, IV, 3.

¹³¹ Cfr. K. Löw, "Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?" en DÖV 1958, pag. 520.

¹³² Capítulo 7, I, 2.

(2) Si no vale el principio de la libertad negativa, la dignidad de la persona no es respetada y protegida.

(3) Debe valer el principio de la libertad negativa,

El principio de la libertad negativa y, con ello, el derecho general de libertad no se infiere ya únicamente de la norma de la dignidad de la persona, sino sólo de ésta en conexión con otra premisa (2) que le confiere precisión y que no es deducible de ella. Puede discutirse que la validez del principio de la libertad negativa sea condición necesaria para el respeto y la protección de la dignidad de la persona por parte del orden jurídico. En tal caso, hay que defender la segunda premisa con argumentos substantivos. Todo esto es característico de la sistematización y de la argumentación jurídicas y, en modo alguno, problemático. Muestra que y cómo es posible una sistematización sin que ella se apoye únicamente en deducciones. Si se tiene en cuenta que, a más de (2), pueden aparecer muchas otras premisas precisantes ((2) contiene sólo una condición necesaria) y que la precisión a través de (2) es sólo una precisión por medio de un principio que puede entrar en colisión con otros, pierde toda fuerza la objeción de un "sistema axiomáticamente cerrado", en la medida en que está referida a la relación entre la primera y la segunda grada.

En el presente contexto, es más importante la relación entre la segunda y la tercera grada, es decir, entre el derecho general de libertad y los derechos especiales de libertad. Dürig subraya que su tesis según la cual los "derechos especiales de libertad son sólo formas fenoménicas del derecho general de libertad [...] no debe ser entendida en el sentido de una inferencia a partir de una premisa lógica"¹³³. Para saber qué es lo que se quiere decir con esto, hay que pensar qué sucedería si en la Ley Fundamental se hubiera estatuido sólo el derecho general de libertad y ningún derecho especial de libertad. Todo lo que está protegido por derechos especiales de libertad estaría entonces protegido por el derecho general de libertad. En esta medida, existe una relación lógica de inclusión. El supuesto de hecho del derecho general de libertad incluye, por definición, los supuestos de hecho de todos los derechos especiales de libertad. Del hecho de que está permitido *prima facie* hacer u omitir lo que se quiera, se sigue lógicamente que *prima facie* está permitido expresar

¹³³ G. Dürig, loc. cit., artículo 1, observación al margen 11.

o no expresar la propia opinión, elegir o no elegir libremente una determinada profesión, etc. Pero, con esta relación de inclusión con respecto a los supuestos de hecho quedan agotadas las relaciones lógicas entre la segunda y la tercera grada. Las peculiaridades de la tercera grada no se siguen lógicamente del derecho general de libertad ni son incompatibles con él. Más bien, se trata de disposiciones adicionales al derecho general de libertad por parte del legislador constitucional. Así, la inviolabilidad del domicilio está más fuertemente protegida a través de la reserva cualificada, y la libertad artística, a través del otorgamiento sin reservas que lo que estarían si sólo se hubiera estatuido el derecho general de libertad, y entre la fuerza del derecho de libre desplazamiento de los alemanes y los extranjeros existiría una diferencia menor si también los alemanes en casos de libre desplazamiento, al igual que los extranjeros¹³⁴, sólo pudieran invocar el artículo 2 párrafo 1 LF. De la concepción del derecho general de libertad no sólo no se sigue que sus restricciones son aplicables a todos los derechos fundamentales; una tal aplicación contradiría también el mandato de tomar en serio el texto y, por lo tanto, las disposiciones del legislador constitucional. Ciertamente, las diferencias con respecto a la fuerza de protección son considerablemente relativizadas ya que también dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF hay que llevar a cabo exámenes de proporcionalidad, las cláusulas escritas de restricción son perfectamente susceptibles de interpretación y, si no existen cláusulas escritas, pueden suponerse cláusulas tácitas¹³⁵; pero, no por ello, dejan de haber diferencias. Es diferente el caso según que haya que argumentar, a fin de lograr una restricción, en contra del texto de una disposición constitucional o que el texto cubra también la restricción más amplia, es decir, sólo frene el principio de proporcionalidad. Con ello, los derechos especiales de libertad obtienen —totalmente de acuerdo con el sentido de la tesis del doble carácter de las normas iusfundamentales como reglas y principios¹³⁶— determinaciones adicionales, bajo la forma de reglas, frente al derecho general de libertad. Así como entre las determinaciones tomadas en el marco del derecho general de libertad para su aplicación y este derecho no existe una relación deductiva, así tampoco existe esta relación entre aquellas determinaciones y el derecho gene-

ral de libertad. Las determinaciones son el resultado de ponderaciones, es decir, de valoraciones¹³⁷.

En vista de este resultado, no puede hablarse de un sistema deductivo y sólo en un sentido restrictivo cabe hablar de un sistema cerrado. El sistema es cerrado en la medida en que el derecho general de libertad protege ampliamente *prima facie* la libertad negativa (en sentido estricto). Es abierto en la medida en que la existencia del derecho general de libertad mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos, como así también de nuevos derechos tácitos. Ambas cosas tienen que ser valoradas positivamente. También en este punto, la objeción sistemática en contra del derecho general de libertad es totalmente injustificada.

3. El derecho general de libertad y el “individuo aislado”

La tercera objeción se refiere al contenido. Según ella, el derecho general de libertad es expresión de una concepción errónea del individuo y de su relación con el Estado y la comunidad. En tanto derecho a una libertad general de acción e intervención, el derecho general de libertad respondería a una imagen de la persona que la Ley Fundamental habría superado, es decir, a la de “un individuo aislado y soberano” y no a la de una persona referida a y vinculada con la comunidad¹³⁸, como es la de la Ley Fundamental¹³⁹. La libertad es “mal entendida como liberación de todo vínculo”¹⁴⁰. Con ello se desconocería que “el Estado material y social de derecho [...] no (es) sólo el Estado ‘interviniente’, que potencialmente restringe las libertades ciudadanas”, sino “más bien también el Estado que realiza prestaciones, previsor, que asegura y constituye la libertad”¹⁴¹.

Esta objeción se dirige, sobre todo, en contra de dos propiedades

¹³⁷ Si en 1949 se hubiera estatuido sólo un derecho general y no un derecho especial de libertad, todas las determinaciones tendrían que haber sido realizadas por la jurisprudencia judicial. Es una cuestión interesante, pero insoluble, la de saber si y en qué medida las reglas iusfundamentales jurisprudenciales concretas hubieran sido diferentes a las actualmente vigentes.

¹³⁸ Cfr. BVerfGE 4, 7 (15 s.).

¹³⁹ Cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, págs. 227, 150 ss.

¹⁴⁰ U. Scheuner, “*Pressefreiheit*”, pág. 37, nota 110.

¹⁴¹ R. Scholz, “*Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit*”, pág. 97.

¹³⁴ Cfr. BVerfGE 35, 382 (399).

¹³⁵ Cfr. supra. Capítulo 6. I. 3.1.

¹³⁶ Cfr. supra. Capítulo 3. II. 3.3.

del derecho general de libertad, es decir, primero, en contra de que es un derecho ilimitado desde el punto de vista del supuesto de hecho y, segundo, en contra de que es un derecho negativo en el sentido expuesto. Efectivamente, el derecho general de libertad posee estas propiedades pero, ello no trae consigo las temidas consecuencias.

El supuesto de hecho de la libertad no está delimitado y, en este sentido, no tiene límites¹⁴² no dice mucho en vista de la cláusula restrictiva. Lo decisivo para la posición del individuo es lo definitivamente protegido. Pero, lo definitivamente protegido es todo menos ilimitado. Es el resultado de ponderaciones frente a principios opuestos y hay muchos de tales principios. Lo decisivo son los pesos relativos. Se puede sostener la concepción del derecho general de libertad y, sin embargo, conferir mayor relevancia, en general, a principios que apuntan a bienes colectivos de forma tal que, al final, la libertad negativa definitiva sea muy reducida. Esto muestra el alto grado de neutralidad del derecho general de libertad frente a las teorías concretas sobre la relevancia relativa de los derechos individuales y los intereses colectivos. Pero, la neutralidad del derecho general de libertad concluye en un punto decisivo. Las intervenciones en la libertad negativa siguen siendo siempre lo que son, es decir, intervenciones en un determinado tipo de libertad. Esto significa que, en tanto tales, tienen que ser justificables.

En contra de la concepción según la cual las intervenciones en la libertad negativa —por mejor fundamentadas que estén— son siempre lo que son, es decir, intervenciones en un determinado tipo de libertad y, en tanto tales, tienen que estar justificadas, se dirige la tesis de la “inclusión recíproca” de derecho y libertad” que subraya la “importancia creadora y otorgante de libertad del derecho y del legislador”¹⁴³. A este tipo de concepciones puede reprochárseles una deficiente diferenciación dentro del marco del concepto de libertad. En casi ningún otro concepto son tan necesarias las distinciones como en el caso del concepto de libertad. El ejemplo de la prohibición de la coacción presentado más arriba¹⁴⁴, lo pone claramente de manifiesto. La prohibición de la coacción priva a todos de la libertad jurídica de coaccionar y, en esta medida, restringe la libertad negativa de todos.

¹⁴² Con respecto a la crítica de la “ilimitabilidad del derecho subjetivo” que en ningún otro derecho parece tan plausible como en el de libertad, cfr. U. K. Preuss, *Dic Internalisierung des Subjekts*, pag. 37.

¹⁴³ P. Haberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, pag. 152.

¹⁴⁴ Capítulo 6, III.

Pero, al mismo tiempo, aumenta la libertad negativa de todos en la medida en que, en la relación ciudadano/ciudadano, conduce a que el individuo, en la elección de múltiples alternativas de acción se vea expuesto a coacciones por parte de sus conciudadanos en mucha menor medida a lo que sucedería si no rigiese la prohibición de coacción. Por múltiples y manifiestas razones, la situación en la que se está libre de la coacción por parte de los conciudadanos tiene que ser valorada como mejor que una situación en la que existe la libertad de coaccionar a los conciudadanos. Por ello, la primera puede ser calificada como “situación más libre” y puede decirse que en ella impera “más libertad”. Sin embargo, esto no modifica en nada el hecho que el plus de libertad es producido a través de la introducción de no-libertades jurídicas. Negarlo significaría no llamar a las cosas por su nombre y provocar una confusión conceptual. En los casos claros, como los de la prohibición de la coacción, esto puede no causar mayores daños. No puede haber duda que conviene cambiar la libertad de coaccionar por la libertad de no ser coaccionado. Pero, en los casos en los que la relación de cambio no es tan clara, no hay que subestimar el daño que puede ocasionar la falta de claridad conceptual. Existe el peligro de que las restricciones a la libertad no sean reconocidas y justificadas como tales sólo porque sirven al fin de la seguridad o de la creación de libertades valoradas más altamente, del mismo y/o otro titular de derecho fundamental.

No obstante su sencillez, el ejemplo de la coacción pone claramente de manifiesto que existen libertades muy diferentes que tienen que ser interrelacionadas para poder llegar a una situación total de libertad justificable que ha de ser llamada “situación total de libertad”. Parece ser absolutamente falso incluir bajo el concepto de libertad sólo aquello que ingresa en esta situación como resultado, es decir que está en ella protegido y que es el caso. Esto no toma en cuenta que la creación y el mantenimiento de una situación total de libertad cuesta sacrificios de la libertad. La justificación de la situación total de libertad presupone la justificación de los sacrificios de libertad con ella vinculados. Pero, si ni siquiera se reconoce un sacrificio de libertad en tanto tal, no puede hablarse para nada de su justificación.

Es trivial señalar que una situación total de libertad, que no es más que la situación correcta o justa de la sociedad, no puede agotarse en una maximización de la libertad jurídica negativa que consista en la ausencia de mandatos y prohibiciones. Sin libertad frente a la intervención de sujetos jurídicos de igual jerarquía (libertad negativa en la

relación entre iguales), sin las competencias jurídicas para participar en la formación de la voluntad colectiva (libertad negativa democrática), sin un cierto grado de ausencia de situaciones económicas deficitarias (libertad negativa social) y también sin las acciones de participación en la comunidad política, realizadas sobre la base de la convicción y la responsabilidad (libertad positiva democrática)¹⁴⁵, no puede haber ninguna situación total de libertad. A esto se agrega el hecho de que no sólo derechos y competencias subjetivos, al igual que acciones individuales, son las condiciones de su existencia, sino que también lo son numerosas características de la organización del Estado y de la sociedad, que se extienden desde la división de poderes hasta la estructura pluralista de los medios de comunicación. Pero, así como es seguro que la sola libertad negativa no puede constituir la situación total de libertad, así también lo es que sin ella una situación total no puede nunca llevar el calificativo positivo "de libertad". Ya por razones conceptuales, presenta dificultades una situación en la que no existe ninguna libertad negativa, en la que, por lo tanto, toda acción concebible está o bien ordenada o bien prohibida¹⁴⁶. En todo caso, una

¹⁴⁵ Con respecto a la clasificación de las libertades, cfr. supra págs. Capítulo 4. II. 2.1.

¹⁴⁶ Esta situación no puede ser creada introduciendo cada acción concreta en una norma. Esto presupondría que puede confeccionarse una lista completa de todas las acciones concebibles, lo que es imposible. Por lo tanto, esta situación puede lograrse sólo a través de normas de un grado superior de generalidad. Tienen que quedar excluidas las normas "Lo que no está ordenado está prohibido" y "Lo que no está prohibido está ordenado". Si una acción *h* hasta ahora no ha estado ni ordenada ni prohibida, es decir, si hasta ahora ni su realización (*h*) ni su no realización ($\neg h$) estaba ordenada, o ni su no realización ($\neg h$) ni su realización (*h*) estaba prohibida, entonces la primera de estas normas conduce a que tanto *h* como $\neg h$ están prohibidas y la segunda a que tanto *h* como $\neg h$ están ordenadas. En cada caso surge una contradicción. Esta contradicción puede fácilmente ser evitada con una norma tal como "Lo que no está ordenado hacer u omitir está ordenado hacer (prohibido hacer)". Una norma tal elimina, por cierto, muchas libertades pero, tiene sus límites en mandatos que pueden ser cumplidos de varias maneras. Además, hay que preguntar si la situación por ella creada tiene sentido. Dudosamente es también si todas las libertades pueden ser eliminadas con una norma teleológica de la forma "Lo que promueve mejor que cualquier otra alternativa la situación *S* está ordenado" o por una norma deontológica de la forma "Está siempre ordenado lo que en sí mismo es mejor". Pueden aducirse argumentos en favor de la hipótesis según la cual para cada objetivo o para cada haz de objetivos existen alternativas de acción neutrales con respecto al objetivo y que existen acciones para las cuales vale que ni su realización ni su omisión es en sí misma mejor. Así, pues, puede suponerse que no existe ningún sistema normativo no contradictorio y con sentido, en el que no exista ninguna libertad.

situación tal no sería una situación de libertad. Desde luego, esta intelección no constituye más que un primer paso hacia el conocimiento de la importancia de la libertad negativa para la situación de libertad. Una situación de libertad presupone no sólo que existen algunas libertades negativas sino, además, que sólo se intervendrá en una libertad del individuo o en una situación en la que se encuentra y en las posiciones jurídicas que posee, si existen razones que justifiquen la intervención. Pero, esto es justamente lo que exige el derecho general de libertad. Por lo tanto, es elemento constitutivo necesario de la situación total de libertad.

Así pues, el derecho general de libertad introduce una parte de la libertad del estado de naturaleza como así también una parte del aseguramiento del *status quo* en la situación total de libertad. En contra de esto no se puede aducir la imagen del individuo aislado. A través de la ley de ponderación, el derecho general de libertad es introducido en la situación total de libertad de forma tal que la "referencia de la persona a y la vinculación con la comunidad" puede, por una parte, ser tomada en cuenta sin mayor problema y, por otra, se mantienen los elementos de libertad necesarios para la "independencia de la persona"¹⁴⁷, también en la vida moderna.

4. El derecho general de libertad y otras normas constitucionales

Hay que tomar más en serio una cuarta objeción. Ella aduce que el derecho general de libertad, debido a su supuesto de hecho extremadamente amplio, que abarca no sólo toda acción sino también toda situación y posición jurídicas del titular de derecho fundamental¹⁴⁸, y a causa de su cláusula restrictiva que permite una intervención no sólo siempre sino sólo cuando ésta es formal y materialmente conforme a la Constitución¹⁴⁹, conduce a un derecho fundamental a la

¹⁴⁷ BVerfGE 4, 7 (15 s.).

¹⁴⁸ Especialmente clara se vuelve la amplitud del supuesto de hecho cuando el Tribunal Constitucional Federal recurre a la fórmula de la desventaja; cfr. BVerfGE 29, 402 (408) en donde se habla de un "derecho fundamental del ciudadano a que le pueda ser impuesta una carga sólo sobre la base de aquellas prescripciones acordes formal y materialmente con la Constitución". Cfr., además, BVerfGE 9, 83 (88); 19, 206 (215); 42, 20 (27).

¹⁴⁹ Cfr. BVerfGE 6, 32 (41); 42, 20 (27).

constitucionalidad de toda la actividad estatal¹⁵⁰. Pero, un derecho fundamental tal significaría la “subjetivización de principios constitucionales jurídico-objetivos”¹⁵¹ y conduciría procesalmente a una inaceptable ampliación del ámbito de los recursos de inconstitucionalidad¹⁵².

4.1. Normas de competencia

Con toda agudeza se muestran los problemas a los que hace referencia esta objeción en los casos en los que se supone una lesión del derecho fundamental del artículo 2 párrafo 1 LF debido a una violación de una norma de competencia dirigida al Estado. Instructiva al respecto es la resolución sobre la Ley de ingenieros¹⁵³. El Tribunal Constitucional Federal fundamenta en ella la lesión del derecho fundamental sólo por el hecho de que la regulación de la designación profesional “ingeniero” prevista en aquella ley no cae dentro de la competencia del legislador federal sino de los parlamentos del respectivo Estado federado. Uno puede preguntarse qué tiene esto que ver con el derecho fundamental de libertad general de acción. ¿Por qué una norma dictada por una legislatura de un Estado federado no ha de violar el derecho general de libertad y, en cambio, este derecho es violado cuando la dicta el legislador federal?

En la respuesta a esta pregunta hay, por lo pronto, que señalar que el “examen formal de la intervención”¹⁵⁴ no es ninguna peculiaridad del derecho general de libertad. El Tribunal Constitucional Federal lo realiza también cuando se trata de derechos fundamentales especiales¹⁵⁵. Por lo tanto, la cuestión tiene que rezar: ¿por qué hay que adscribir a las disposiciones iusfundamentales posiciones formales, a más de las materiales, es decir, posiciones que apuntan, por ejemplo, a que se respeten las disposiciones procedimentales y formales del Estado de derecho, tales como el mandato de determinación? Dos respuestas son concebibles. Según la primera —que podría ser llama-

¹⁵⁰ Cfr., sobre todo, W. Schmidt, “Die Freiheit vor dem Gesetz”, pág. 68.

¹⁵¹ R. Scholz, “Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit”, pág. 84.

¹⁵² Ibídem, pág. 84, con abundante referencia bibliográfica.

¹⁵³ BVerfGE 26, 246.

¹⁵⁴ Con respecto a esta expresión, cfr. W. Schmidt, loc. cit., pág. 66.

¹⁵⁵ Cfr. BVerfGE 13, 181 (190); 13, 237 (239); 14, 105 (116); 15, 226 (231); 24, 367 (385); 32, 319 (326); 34, 139 (146); 40, 371 (378); 53, 1 (15).

da la “tesis del Estado de derecho”— las posiciones formales son expresión de un derecho subjetivo al respeto del Estado de derecho en todas las intervenciones estatales¹⁵⁶. En la medida en que es afectado un derecho fundamental especial, este derecho se vincula con aquél; en la medida en que no es afectado ningún derecho fundamental especial, ese derecho es conferido por el artículo 2 párrafo 1 LF. No interesa aquí una relación interna con el respectivo principio iusfundamental. Más bien, el derecho al respeto de los principios del Estado de derecho se basa en una razón propia, es decir, la obligación del Estado, derivada del principio del Estado de derecho, de respetar las normas de la Constitución, que es subjetivizado cada vez que el no cumplimiento de esta obligación trae aparejado un inconveniente para el individuo al ser lesionado en un derecho fundamental, por lo menos, en el derecho general de libertad. La segunda respuesta procura establecer una conexión entre las posiciones materiales y formales. Según ella, una intervención en un derecho fundamental que viola normas de competencia lesionaría este derecho fundamental porque las normas de competencia de la Constitución, al igual que las otras normas de procedimiento y las disposiciones formales, cumplen, junto con otras funciones, también una función de protección de la libertad individual¹⁵⁷. Esta concepción puede ser llamada la “tesis de la protección de la libertad”. En la mayoría de los casos, la tesis del Estado de derecho y la tesis de la protección de la libertad conducen a resultados coincidentes, pues, el círculo de normas constitucionales que tienen alguna función de protección de la respectiva libertad es muy amplio. Pero, no obstante la amplia equivalencia de resultados, no es en modo alguno indiferente por cuál de estas tesis uno se decida. La tesis de la protección de la libertad justifica el tratamiento de las posiciones formales como posiciones iusfundamentales. Esta justificación puede apoyarse en el “significado primario” de los derechos fundamentales como posiciones *individuales*¹⁵⁸ y aducir que, sin las

¹⁵⁶ Cuando von Münch en I. v. Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, tomo 1, observación al margen 23 con respecto al artículo 2, dice que la posición formal estaría enraizada “en realidad más bien en el mandato del Estado de derecho que en el artículo 2 I”, pero que tendría que ser adscripta al artículo 2 párrafo 1 LF porque en caso contrario surgiría “una problemática laguna en el Estado de derecho”, se aproxima, por lo menos, a esta respuesta.

¹⁵⁷ Cfr. J. Schwabe, “Missdeutungen um das ‘Elfes-Urteil’ des BVerfGE und ihre Folgen” en *DÖV* 1973, pág. 623.

¹⁵⁸ Cfr. BVerfGE 50, 290 (337).

posiciones formales, surgiría una laguna en la protección iusfundamental de la libertad. A esto se agrega un segundo aspecto: la tesis de la protección de la libertad exige que las normas constitucionales que hay que examinar dentro del marco del examen iusfundamental cumplan una función protectora de la libertad con respecto a la correspondiente libertad individual. Por ello, hay que restringir la fórmula del fallo Elfes. Condición necesaria de la no lesión del derecho de libertad no es que se respeten todas las normas constitucionales, sino tan sólo que se respeten las normas constitucionales protectoras de la libertad individual en el caso respectivo. Habrá de mostrarse que, cuando se trata de la lesión de derechos fundamentales de terceros, esta restricción no deja de tener consecuencias.

Pero, por lo pronto, cabe constatar que, en el caso de las normas constitucionales formales, la tesis de la protección de la libertad no conduce a una restricción del alcance del examen, pues hay que partir del hecho de que estas normas tienen siempre también una función protectora de la libertad. En esta medida, la objeción de la extralimitación del recurso de inconstitucionalidad como control general de normas mantiene su objeto. Pero, pierde su fundamentación. También en el caso de los exámenes formales de intervención se trata de posiciones iusfundamentales individuales. Por ello, no puede hablarse peyorativamente de una "extralimitación" sino que, más bien, habría que hablar de una ampliación del ámbito del recurso de inconstitucionalidad iusfundamentalmente impuesta. Es verdad que, en principio, el derecho procesal tiene que seguir al derecho material y no al revés. A esto se agrega el hecho de que el rasgo objetivo fácilmente constatable del examen formal de intervención no contradice el objetivo del recurso de inconstitucionalidad. Como subraya correctamente el Tribunal Constitucional Federal, el recurso de inconstitucionalidad cumple una "función doble". Es, "por lo pronto, un recurso jurídico extraordinario concedido [...] al ciudadano para la defensa de sus derechos fundamentales" pero, tiene, además, "la función de proteger el derecho constitucional objetivo y servir a su interpretación y desarrollo"¹⁵⁹. En ambas funciones, lo decisivo para su admisibilidad es siempre la referencia a un "derecho constitucional subjetivo" pues "La Ley Fundamental no admite ninguna acción popular"¹⁶⁰. Pero, la referencia a un derecho constitucional material subjetivo es justamen-

te lo que, según la tesis de la protección de la libertad, hace que sean iusfundamentales las posiciones formales.

4.2. Normas iusfundamentales

Hasta ahora, de lo que se trataba era de la constitucionalidad formal. Dificultades totalmente diferentes plantea el postulado de la constitucionalidad *material*, que el Tribunal coloca al lado de la constitucionalidad formal¹⁶¹. Los problemas de la constitucionalidad formal pueden ser presentados de una manera especialmente clara sobre la base de las normas de competencia; los de la competencia material, sobre la base de las normas iusfundamentales. Toda norma de derecho fundamental es una norma constitucional material. Si se toma textualmente el postulado de la constitucionalidad material, esto significa que toda intervención en la libertad negativa es una lesión del artículo 2 párrafo 1 LF cuando viola alguna norma de derecho fundamental.

Un primer problema consiste en que esto conduce a un círculo. El artículo 2 párrafo 1 LF es, él mismo, una norma material de derecho fundamental. Por lo tanto, el artículo 2 párrafo 1 LF tendría que ser examinado dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF y, dentro de este examen, nuevamente el artículo 2 párrafo 1, etc. El mismo problema surge con los derechos fundamentales especiales, pues, también con respecto a ellos hay que exigir la constitucionalidad formal y material de la intervención. El derecho fundamental de propiedad sería lesionado si se lesionase el derecho fundamental de propiedad y la lesión del derecho fundamental de propiedad dependiera de la lesión del derecho de propiedad que, a su vez, dependería de la lesión del derecho de propiedad, etc. Así como es obvio este problema, así también lo es su solución. El Tribunal Constitucional Federal la formula cuando limita el concepto de orden constitucional, al que tiene que corresponder la intervención, a normas constitucionales "fuera del artículo 2 párrafo 1 LF"¹⁶² y, dentro del marco del examen del artículo 14 LF, no exige acuerdo con *todas* sino con "todas las restantes"¹⁶³, es decir, con "todas las demás"¹⁶⁴ normas constitucionales materiales.

¹⁵⁹ BVerfGE 6, 32 (41).

¹⁶⁰ BVerfGE 17, 306 (313); 9, 137 (146) (subrayado de R. A.).

¹⁶¹ BVerfGE 21, 150 (155); 34, 139 (146) (subrayado de R. A.).

¹⁶² BVerfGE 26, 215 (222) (subrayado de R. A.).

¹⁵⁹ BVerfGE 33, 247 (258 s.).

¹⁶⁰ BVerfGE 45, 63 (74 s.).

Steiger ha objetado que, de esa manera, no puede solucionarse el problema de la argumentación circular en el caso del artículo 2 párrafo 1 LF. La libertad forma parte de la dignidad de la persona y ésta debe ser tomada en cuenta en todo caso en el examen de la compatibilidad material con el orden constitucional¹⁶⁵. La concepción formal-material del derecho general de libertad puede solucionar este problema. Según ella, la norma de la dignidad de la persona y la norma que garantiza la libertad negativa no tienen que ser examinadas en gradas diferentes. Más bien, el peso de las razones que hablan en favor de la protección del derecho fundamental resulta de la conjunción del principio de la libertad negativa y del principio de la dignidad de la persona (más exactamente: de los subprincipios materiales del principio de la dignidad de la persona). Ambos principios *juntos* tienen que ser ponderados frente a los principios que hablan en favor de la intervención. Pero, si los subprincipios materiales del principio de la dignidad de la persona no deben ser examinados en una grada inferior al subprincipio formal de la libertad, entonces, con mayor razón vale que el principio de la libertad negativa no tiene que ser examinado en una grada inferior al principio de la libertad negativa porque sea un subprincipio del principio de la dignidad de la persona. Esta forma de ver las cosas es la que adopta el Tribunal Constitucional Federal cuando, en los casos en que al principio de la dignidad de la persona le corresponde un peso especial dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF, no supone una lesión del derecho fundamental del artículo 2 párrafo 1 LF debido a una violación del artículo 1 párrafo 1 LF, sino a una lesión del derecho fundamental del artículo 2 párrafo 1 en vinculación con el artículo 1 párrafo 1 LF.

Así, es posible solucionar el problema de la argumentación circular, que consiste en que el derecho fundamental de un determinado titular de derecho fundamental que hay que examinar debe ser examinado justamente dentro del marco de este mismo derecho fundamental. Sin embargo, con esto no se ha solucionado todavía el problema del examen de otros derechos fundamentales dentro del marco del derecho fundamental que hay que examinar. Se ha objetado reiteradamente que la pertenencia de todas las normas iusfundamentales al orden constitucional trae como consecuencia que toda lesión de un derecho fundamental tendría que ser examinada dentro del marco del

¹⁶⁵ H. Steiger, "Institutionalisierung der Freiheit?" en H. Schelsky (comp.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf 1970, pág. 97.

artículo 2 párrafo 1 LF¹⁶⁶. Todo examen de un derecho fundamental podría comenzar y terminar con el artículo 2 párrafo 1 LF y todos los recursos de anticonstitucionalidad podrían apoyarse en el artículo 2 párrafo 1 LF¹⁶⁷. Efectivamente, existen decisiones del Tribunal Constitucional Federal que refuerzan esta impresión. Así, el Tribunal Constitucional Federal, en una resolución sobre la Ley de transacciones inmobiliarias, examina el artículo 14 dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF¹⁶⁸ y en una resolución sobre el derecho de adopción constata que el artículo 2 párrafo 1 LF, no es violado, entre otras razones, porque no se han lesionado derechos fundamentales¹⁶⁹.

En el problema del examen de otros derechos fundamentales dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF, hay que distinguir si se trata de otros derechos fundamentales del mismo titular de derecho fundamental o de derechos fundamentales (inclusive el artículo 2 párrafo 1 LF) de otros titulares de derechos fundamentales. Si se trata de otros derechos fundamentales del mismo titular de derecho fundamental, hay nuevamente que distinguir si se trata de derechos de libertad o de derechos que no son derechos de libertad.

En el caso de otros derechos de libertad del mismo titular de derecho fundamental, es posible reducir el problema del examen de derecho fundamental dentro del examen de derecho fundamental haciendo referencia a la subsidiariedad del artículo 2 párrafo 1 LF frente a los derechos especiales de libertad¹⁷⁰. Lo que cae bajo el supuesto de hecho de un derecho especial de libertad ya no debe ser examinado, en virtud de la regla de subsidiariedad, sobre la base del artículo 2 párrafo 1 LF. Así pues, el problema del examen de derecho fundamental dentro del examen de derecho fundamental no puede ya presentarse. Esta no es, en modo alguno, sólo una solución técnica del problema. La regla de subsidiariedad expresa una intelección concreta. El supuesto de hecho del derecho general de libertad abarca todos los supuestos de hecho de los derechos especiales de libertad. Si no existieran los derechos especiales de libertad, el artículo 2 párrafo 1 LF protegería —aun cuando, en parte, con diferente intensidad— lo que aquellos protegen. Los derechos especiales de libertad son expresión

¹⁶⁶ Cfr. W. Schmidt, "Die Freiheit vor dem Gesetz", págs. 50, 52; R. Scholz, "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit", pág. 286.

¹⁶⁷ P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, pág. 299, nota 158.

¹⁶⁸ BVerfGE 21, 73 (79, 87).

¹⁶⁹ BVerfGE 24, 220 (235); cfr. además. E 10, 354 (363).

¹⁷⁰ Cfr. BVerfGE 32, 98 (107).

de decisiones del legislador constitucional en el ámbito del principio de la libertad negativa. Expresan el principio de la libertad negativa con determinados acentos. Tal como se mostrara más arriba en la teoría del doble carácter de las normas iusfundamentales como reglas y principios¹⁷¹, estas acentuaciones tienen el carácter de reglas. Por ello, si hubiera que examinar los derechos especiales de libertad del mismo titular de derecho fundamental dentro del marco del derecho general de libertad, habría, por una parte, que ponderar dos veces el principio de la libertad negativa, lo que sería disparatado, y, por otra, existiría el peligro de que fueran dejadas de lado decisiones del legislador constitucional que tienen carácter de reglas.

Lo dicho debe ser aplicado también a los derechos especiales de libertad tácitos cuando éstos están jurisprudencialmente tan afianzados que pueden ser equiparados a los derechos especiales de libertad expresos; esto vale especialmente para el derecho general a la personalidad y los derechos concretos adscriptos a él¹⁷². Debido a su afianzamiento jurisprudencial, el derecho general a la personalidad tiene que ser tratado como *lex specialis* y, por ello, tiene que ser examinado antes y no en el marco del derecho general de libertad. Su relación con los derechos especiales de libertad expresos corresponde a la que existe entre los derechos especiales de libertad expresos.

Más difícil es el asunto en el caso de los derechos fundamentales del mismo titular de derecho fundamental que no son derechos de libertad, sobre todo en el caso del derecho general de igualdad. El examen de la libertad no incluye el examen de la igualdad y el de ésta tampoco el de aquélla. Una intervención puede violar la libertad pero no la igualdad, porque todos pueden ser tratados de la misma manera violando su libertad y se puede lesionar la igualdad pero no la libertad porque los tratamientos desiguales, tomados en sí mismos, pueden no lesionar la libertad pero, en su relación recíproca, lesionar la igualdad. Esto vale, en todo caso, cuando el principio general de igualdad no es interpretado como una prohibición de arbitrariedad independiente de la comparación entre pares, que hace que toda lesión del derecho de libertad viole la igualdad por arbitrariedad y cuando no se concibe de antemano al derecho general de igualdad como elemento de los derechos de libertad. Por ello, la idea de la subsidiariedad no desplaza al artículo 3 LF del artículo 2 párrafo 1 LF al igual que tampoco lo hace

de los otros derechos de libertad. Permitiría, pues, examinar el derecho general de igualdad siempre dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF y también dentro del marco de los otros derechos de libertad. Sin embargo, en contra de esto hablan tanto un argumento jurídico-positivo como un argumento de funcionalidad. Como el legislador constitucional ha estatuido el derecho general de igualdad, se ha decidido a favor de que los ciudadanos tengan la posibilidad de invocar este derecho como derecho fundamental independiente. Por lo tanto —siempre que no existan razones vinculantes en contra— debe ser examinado como derecho fundamental independiente, es decir, no dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF o de algún otro derecho de libertad. No pueden aducirse razones vinculantes para examinar el derecho general de igualdad dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF, pues es posible, pero no necesario, proceder de esta manera. El concepto del orden constitucional, en el sentido del artículo 2 párrafo 1 LF, puede ser restringido de forma tal que, en general, no abarque los derechos fundamentales de igualdad del mismo titular de derecho fundamental¹⁷³. Una restricción tal es conveniente porque conviene no tratar diferentes puntos de vista dentro del marco de un examen total, sino sucesivamente.

Queda el problema del examen de los derechos fundamentales de terceros dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF. Instructivo al respecto es el fallo sobre la Ley de cierre de los comercios¹⁷⁴ en el que el Tribunal Constitucional Federal examina, sobre la base del artículo 2 párrafo 1 LF, recursos de inconstitucionalidad interpuestos por clientes que consideran que los comercios cierran a una hora demasiado temprana. Parece obvio examinar una ley sobre cierre de los comercios sobre la base del artículo 12 párrafo 1 LF. Sin duda, el artículo 12 párrafo 1 LF pertenece al orden constitucional. Por ello, el Tribunal podría haber preguntado si el derecho general de libertad de los clientes es lesionado porque la Ley sobre cierre de los comercios,

¹⁷¹ Aquí se trata sólo del derecho fundamental de igualdad. Puede quedar abierta la cuestión de saber si el principio general de igualdad presenta un componente objetivo que debe ser separado de los derechos fundamentales de igualdad y debe ser examinado dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF. Un examen tal no afectaría el problema de si el artículo 2 párrafo 1 LF volvería superfluo el examen de otros derechos fundamentales.

¹⁷² BVerfGE 13, 230. Cfr. al respecto, referido al presente contexto, E. Hesse, *Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG*, Berlin 1968, págs. 121 s.

¹⁷¹ Capítulo 3. II. 3.3

¹⁷² Cfr. supra, Capítulo 7. III. 2.2.

a causa de una lesión del derecho fundamental del libre ejercicio de la profesión de los propietarios de los comercios, viola el orden constitucional. Un tal proceder hubiera expresado que la lesión de algún derecho fundamental de algún titular de derechos fundamentales es una condición suficiente para la lesión del derecho general de libertad de otro titular de derecho fundamental cuando la acción de lesión impide de alguna manera a este último. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no elige esta vía. Más bien, después de un examen formal de la intervención sobre la base de normas de competencia, lleva a cabo un examen de proporcionalidad dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF¹⁷⁵. Esto es correcto si existe una razón suficiente para tratar de manera diferente las normas de competencia y los derechos fundamentales de terceros en el examen del artículo 2 párrafo 1 LF. Tal razón existe. Las normas de competencia poseen —aun cuando en un sentido abstracto— un carácter de protección de la libertad *con relación* al derecho general de libertad de cada cual. En cambio, el derecho fundamental de libertad del ejercicio de la profesión de los propietarios de comercios tiene un carácter de protección de la libertad sólo con relación a la libertad profesional de los propietarios de comercios pero no con relación a la libertad de compra de los clientes. Por cierto, existen aquí conexiones. Si una ley sobre la hora de cierre de los comercios es declarada nula por violar la libertad profesional de los propietarios de comercios, ello aumenta, al mismo tiempo, la libertad de compra de los clientes. Pero esta conexión no es de un tipo tal que parezca justificado inferir de la lesión del derecho a la libertad profesional la lesión del derecho a comprar. Por lo general, ambas cosas van juntas, pues si faltan razones suficientes para la reducción de la libertad profesional, también faltarán, por lo general, razones suficientes para la reducción de la libertad de comprar. Pero, esto no tiene por qué ser siempre así. Son concebibles casos en los cuales las razones del legislador no bastan para una restricción de la libertad profesional pero, sí para una restricción de la libertad de compra y vice versa. Así, puede suceder que una prohibición dirigida al propietario de una estación de servicio de vender, fuera del horario habitual de los comercios, mercancías que no tienen una relación directa con la atención técnica de los vehículos, lesione el derecho a la libertad profesional porque pueda conducir a un reducido rendimiento económico de algunas estaciones de servicio; pero,

¹⁷⁵ BVerfGE 13, 203 (234 ss.).

se lesione el derecho al consumo *común* de los clientes, ya que ellos pueden abastecerse más económica y convenientemente durante los horarios habituales de apertura de los comercios; es decir, cuando adquieren un producto menor cantidad. Si en tales casos se considerase la lesión del derecho fundamental *común* como suficiente para la lesión del derecho fundamental de los clientes, se llegaría a una participación en la protección de los derechos fundamentales de terceros, que no está cubierta por la propia posición iusfundamental material. Procesalmente esto tendría la consecuencia que alguien que no estuviera materialmente afectado podría proceder en contra de la lesión de derechos fundamentales de alguien materialmente afectado aun en el caso en que éste no lo quisiera.

La solución consiste en una relativización del concepto de contrariedad iusfundamental. De la contrariedad en una relación jurídica¹⁷⁶ no se sigue la contrariedad en otra. En contra de la relativización no se puede aducir que toda contrariedad iusfundamental afecta la situación iusfundamental total. Al individuo le corresponden los derechos fundamentales referidos a él pero no un derecho fundamental a que no se afecte la situación iusfundamental total, que incluiría un derecho fundamental a que no se afecten los derechos fundamentales de terceros. Cuando una acción del Estado que constituye una intervención injustificada en un derecho fundamental de *b*, afecta, al mismo tiempo, un derecho fundamental de *a*, no lesiona el derecho fundamental de *a* porque lesione el derecho fundamental de *b* sino tan sólo si no está justificada frente al derecho fundamental de *a*.

Este resultado no puede ser rechazado haciendo referencia a un carácter de protección de la libertad de los derechos fundamentales de *b* con respecto a los de *a*. Por cierto, los derechos fundamentales de *b* tienen un efecto de protección de la libertad para los derechos fundamentales de *a* en el sentido de que, en caso de una lesión de un derecho fundamental de *b* que, al mismo tiempo, constituye una intervención en un derecho fundamental de *a*, la declaración de nulidad de la norma que lesiona el derecho fundamental de *b* significa, al mismo tiempo, la eliminación de la intervención en el derecho fundamental de *a*. Pero, un efecto de protección de la libertad no es, sin más, un carácter protector de la libertad. Para ello se requiere que el derecho fundamental de *b* tenga también el fin de proteger el de *a*. Ciertamente, los derechos fundamentales tienen también la finalidad de asegurar

¹⁷⁶ Con respecto al concepto de relación jurídica, cfr. supra, Capítulo 4, II, 1.2.1.

una situación total de libertad, que beneficia a todos. En esta medida, tienen una referencia a la situación de otros titulares de derechos fundamentales. Pero, no tienen la finalidad de crear posiciones iusfundamentales individuales de otros titulares de derechos fundamentales. Esta finalidad la cumplen sus derechos fundamentales. En este sentido, existe una diferencia básica entre las normas de competencia y los derechos fundamentales de terceros; ello justifica no examinar los derechos fundamentales de terceros —tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Federal en el fallo sobre la Ley de la hora de cierre de los comercios— dentro del marco del examen de los derechos fundamentales.

Si se resume lo dicho con respecto al examen de derechos fundamentales dentro del examen de derechos fundamentales, cabe constatar que ni la lesión de otros derechos fundamentales del mismo titular de derecho fundamental ni la lesión de los derechos fundamentales de otro titular de derecho fundamental deben ser examinadas dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF. El concepto del orden constitucional en el sentido del artículo 2 párrafo 1 LF debe ser provisto de una cláusula que excluya exámenes de derecho fundamental dentro del examen de derecho fundamental que dice que sólo deben ser examinadas dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF aquellas normas constitucionales que tienen carácter de protección de la libertad con relación al derecho general de libertad del respectivo afectado¹⁷. Esta cláusula expresa una limitación de contenido de los derechos adscriptos al artículo 2 párrafo 1 LF. Tiene, por lo tanto, no sólo importancia para la técnica del examen, sino también importancia concreta.

¹⁷ Esto no excluye el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal, subrayando la función del recurso de inconstitucionalidad como "medio específico de protección jurídica del derecho constitucional objetivo" (BVerfGE 33, 247 (259), 45, 63 (74)), utiliza la ocasión de un recurso de inconstitucionalidad basado en el artículo 2 párrafo 1 LF, para examinar también derechos fundamentales de terceros. Pero, el recurrente no tiene ningún derecho al respecto y la cuestión de la violación de su derecho en virtud del artículo 2 párrafo 1 LF no depende del resultado de este examen. No se excluye, además, el tomar en cuenta, dentro del marco de un examen del artículo 2 párrafo 1 LF, el contenido jurídico-objectivo de otras normas iusfundamentales cuando estas tienen un carácter de protección de la libertad referido a la respectiva libertad individual afectada.

Capítulo octavo

El derecho general de igualdad

I. IGUALDAD EN LA APLICACION Y EN LA FORMULACIÓN DEL DERECHO

Al igual que en el caso de los derechos de libertad, también en los derechos de igualdad hay que distinguir entre un derecho general de igualdad y derechos especiales de igualdad. Derechos especiales de igualdad son los estudiados, por ejemplo, por los artículos 3 párrafo 2 y 3, 6 párrafo 5, 33 párrafos 1-3, 38 párrafo 1 LF y el artículo 136 párrafos 1 y 2 de la Constitución de Weimar en vinculación con el artículo 140 LF; el derecho general de igualdad es estudiado a través del artículo 3 párrafo 1 LF. Aquí habrá de considerarse sólo este último.

El artículo 3 párrafo 1 LF: "Todas las personas son iguales ante la ley" es formulado con la ayuda de la fórmula tradicional¹⁸ "ante la ley".

¹⁸ Cfr. el artículo 3 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Constitución francesa de 1773; Preámbulo del Documento constitucional del Reino de Baviera del 26.5.1818; artículo 6 de la Constitución de Bélgica del 7.2.1831; artículo 137, párrafo 3 de la Constitución de la Paulskirche; artículo 4, frase 1 de la Constitución de Prusia del 31.1.1850; artículo 109, párrafo 1 de la Constitución de Weimar. Con respecto a la historia de esta fórmula, cfr. H. P. Ipsen, "Gleichheit" en *Grundrechte*, editado por F. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuern, tomo 2, Berlin 1954, págs. 115 s.; K. Schweiger, "Zur Geschichte und Be-

una situación total de libertad, que beneficia a todos. En esta medida, tienen una referencia a la situación de otros titulares de derechos fundamentales. Pero, no tienen la finalidad de crear posiciones iusfundamentales individuales de otros titulares de derechos fundamentales. Esta finalidad la cumplen *sus derechos fundamentales*. En este sentido, existe una diferencia básica entre las normas de competencia y los derechos fundamentales de terceros; ello justifica no examinar los derechos fundamentales de terceros —tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Federal en el fallo sobre la Ley de la hora de cierre de los comercios— dentro del marco del examen de los derechos fundamentales.

Si se resume lo dicho con respecto al examen de derechos fundamentales dentro del examen de derechos fundamentales: cabe constatar que ni la lesión de otros derechos fundamentales del mismo titular de derecho fundamental ni la lesión de los derechos fundamentales de otro titular de derecho fundamental deben ser examinadas dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF. El concepto del orden constitucional en el sentido del artículo 2 párrafo 1 LF debe ser provisto de una cláusula que excluya exámenes de derecho fundamental dentro del examen de derecho fundamental que dice que sólo deben ser examinadas dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF aquellas normas constitucionales que tienen carácter de protección de la libertad con relación al derecho general de libertad del respectivo afectado¹¹⁷. Esta cláusula expresa una limitación de contenido de los derechos adscriptos al artículo 2 párrafo 1 LF. Tiene, por lo tanto, no sólo importancia para la técnica del examen, sino también importancia concreta.

¹¹⁷ Esto no excluye el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal, subrayando la función del recurso de inconstitucionalidad como "medio específico de protección jurídica del derecho constitucional objetivo" (BVerfGE 33, 247 (259), 45, 63 (74)), utiliza la ocasión de un recurso de inconstitucionalidad basado en el artículo 2 párrafo 1 LF, para examinar también derechos fundamentales de terceros. Pero, el recurrente no tiene ningún derecho al respecto y la cuestión de la violación de su derecho en virtud del artículo 2 párrafo 1 LF no depende del resultado de este examen. No se excluye, además, el tomar en cuenta, dentro del marco de un examen del artículo 2 párrafo 1 LF, el contenido jurídico-objectivo de otras normas iusfundamentales cuando estas tienen un carácter de protección de la libertad referido a la respectiva libertad individual afectada.

Capítulo octavo

El derecho general de igualdad

I. IGUALDAD EN LA APLICACION Y EN LA FORMULACIÓN DEL DERECHO

Al igual que en el caso de los derechos de libertad, también en los derechos de igualdad hay que distinguir entre un derecho general de igualdad y derechos especiales de igualdad. Derechos especiales de igualdad son los estudiados, por ejemplo, por los artículos 3 párrafo 2 y 3, 6 párrafo 5, 33 párrafos 1-3, 38 párrafo 1 LF y el artículo 136 párrafos 1 y 2 de la Constitución de Weimar en vinculación con el artículo 140 LF; el derecho general de igualdad es estudiado a través del artículo 3 párrafo 1 LF. Aquí habrá de considerarse sólo este último.

El artículo 3 párrafo 1 LF: "Todas las personas son iguales ante la ley" es formulado con la ayuda de la fórmula tradicional¹¹⁸ "ante la ley".

¹¹⁸ Cfr. el artículo 3 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Constitución francesa de 1773. Preámbulo del Documento constitucional del Reino de Baviera del 26.5.1818; artículo 6 de la Constitución de Bélgica del 7.2.1831; artículo 137, párrafo 3 de la Constitución de la Paulskirche; artículo 4, frase 1 de la Constitución de Prusia del 31.1.1850; artículo 109, párrafo 1 de la Constitución de Weimar. Con respecto a la historia de esta fórmula, cfr. H. P. Ipsen, "Gleichheit" en *Grundrechte*, editado por F. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuener, tomo 2, Berlin 1954, págs. 115 s.; K. Schweiger, "Zur Geschichte und Be-

Como lo sugiere su texto, esta fórmula ha sido durante largo tiempo interpretada exclusivamente en el sentido de un mandato de *igualdad en la aplicación del derecho*². Así pues, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho puede vincular sólo a los órganos que aplican el derecho pero no al legislador³. Anschütz formula brevemente su sentido de la siguiente manera: "Las leyes deben ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona"⁴. En sus detalles, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho presenta una estructura complicada, por ejemplo, cuando para la precisión de conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, como así también para el ejercicio de autorizaciones de libre decisión, exige reglas referidas a casos concretos⁵. Sin embargo, el núcleo es simple. Exige que toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo él, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas⁶. Pero, que las normas jurídicas deben ser obedecidas ya lo dicen ellas mismas al expresar un deber ser. En esta medida, el mandato de igualdad en la aplicación del derecho exige tan sólo aquello que, de todas maneras, vale si las normas jurídicas son válidas. Re-

wertung des Willkürverbots" en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, *Fschr. zum 25-jährigen Bestehen des BayVGH*, Munich 1972, págs. 57 ss.

² Cfr. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 14 edición, Berlin 1933, art. 109, notas 1, 2 (págs. 522 ss.); J. Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, tomo 1, 2a edición, Berlin 1930, pág. 243; R. Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", pág. 23; del mismo autor, "Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz" en *DVBl* 1951, págs. 457 ss.

³ C. Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig 1926, págs. 22 ss., ha observado que la igualdad ante una ley presupone que la ley es aplicable a más de una persona, es decir, no es una norma individual (orden individual) y, por ello, fundamenta un mandato de praxis universal de formulación normativa dirigido al legislador. Sin embargo, el mandato dirigido al legislador no es parte del mandato de igualdad en la aplicación de la ley dirigido a los órganos de aplicación del derecho, sino un mandato que vale para un aspecto formal de la igualdad en la formulación del derecho.

⁴ G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, artículo 109, nota 1 (pág. 523).

⁵ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 273 ss. H.-J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 113 s., 236 ss.

⁶ Cfr. Ch. Perelman, "Eine Studie über die Gerechtigkeit" en del mismo autor, *Über die Gerechtigkeit*, Munich 1967, pág. 55: "La igualdad de tratamiento es sólo una consecuencia lógica de que uno se atiende a la regla."

⁷ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pág. 146.

fuerza la vinculación de los órganos de aplicación del derecho a las normas dictadas por el legislador, sin establecer exigencias de algún tipo con respecto al contenido de estas normas, es decir, sin vincular al legislador. El legislador puede discriminar como quiera y en la medida en que sus normas discriminantes son aplicadas en todos los casos se cumple con el mandato de igualdad en la aplicación del derecho.

En contra de la limitación del significado del artículo 3 párrafo 1 LF al mandato de igualdad en la aplicación del derecho pueden aducirse argumentos fuertes. El artículo 3 párrafo 1 LF sería una disposición de derecho fundamental que no podría vincular al legislador y, por lo tanto, tampoco lo vincularía. Esto contradiría, primero, el artículo 1 párrafo 3 LF que vincula a los tres poderes, es decir, también al legislador, a los "derechos fundamentales subsiguientes". Segundo, contradiría la voluntad del legislador constitucional que, por lo pronto, habría formulado la vinculación del legislador justamente al principio de igualdad⁷ y que habría renunciado a una formulación tal sólo porque ella era superflua en vista del artículo 1 párrafo 3 LF. Tercero, contradiría la idea de los derechos fundamentales que expresan una desconfianza frente al legislador⁸, lo que implica que las leyes por él dictadas —cuando ello es posible de manera racional— deben ser sometidas a un control iusfundamental. Habrá que exponer que es posible un control racional sobre la base del principio de igualdad.

Totalmente en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal partió ya en sus primeras decisiones como de algo evidente, de la vinculación del legislador al principio de igualdad, es decir, de la interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también de la *igualdad en la formulación del derecho*⁹. En puntos esenciales podía apoyarse aquí en trabajos previos de la época de Weimar¹⁰, sobre todo en los

⁷ Cfr. J. R. i (1951), págs. 66 ss. (fr. al respecto, C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes" en C. Link (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1982, págs. 52 s.

⁸ Cfr. J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass./Londres 1980.

⁹ Cfr. BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudencia permanente.

¹⁰ Cfr. H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin/Leipzig 1924, págs. 26 ss.; E. Kaufmann, "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung" en *VVDSrl 3* (1927), págs. 2 ss.; H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin 1925, págs. 51 ss.; G. Holstein, "Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft" en *AöR* 50 (1926), págs. 3 ss.

de Leibholz¹². Con la excepción de unas pocas opiniones¹³, por lo que respecta a las líneas generales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha encontrado consenso o ha sido simplemente aceptada. Ella será el objeto central de las reflexiones siguientes acerca de la estructura del derecho general de igualdad.

II. LA ESTRUCTURA DEL MANDATO DE IGUALDAD EN LA FORMULACION DEL DERECHO

El mandato de igualdad en la formulación del derecho exige que todos sean tratados igual por el legislador. Pero, ¿qué significa esto?

Es fácil decir qué es lo que no puede significar. No puede significar ni que el legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas. El legislador no sólo puede establecer el servicio militar solo para los adultos, penas solo para los delincuentes, impuestos según el monto de los ingresos, ayuda social sólo para los necesitados y condecoraciones sólo para ciudadanos distinguidos, sin violar el principio de igualdad; tiene también que hacerlo si no quiere dictar normas no funcionales (por ejemplo, servicio militar para los niños), disparatadas (por ejemplo, penas para todos) e injustas (por ejemplo, capitaciones)¹⁴. La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no solo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. Todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe. Todo vendedor tendría no solo el derecho a que se le pague el precio de venta sino también el

¹² G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), 2a edición. Munich Berlin 1959.

¹³ Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2a edición. Berlin 1974, págs. 167 ss.; E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, págs. 134 ss.; E. Eyermann, "Gleichheitssatz. Wurzel des Willkürverbots?", en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Fsch. zum 25-jährigen Bestehen des BayVGH*. Munich 1972, págs. 45 ss.; K. Schweiger, "Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots", págs. 55 ss.

¹⁴ Cfr. H. Kelsen, "Das Problem der Gerechtigkeit" en del mismo autor, *Reine Rechtslehre*, pág. 391; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*. Berlin 1971, págs. 44 s.; H. P. Ipsen, "Gleichheit", pág. 141.

deber de pagarla, etc. Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos. Quizás las diferencias en la salud, la inteligencia, la belleza, pueden hasta cierto punto ser reducidas o compensadas pero, su eliminación tropieza con límites naturales. A ello se agrega el hecho de que una coincidencia de todos en todos los respectos, aun cuando fuera posible, no sería deseable. La coincidencia de todos en todos los respectos tendría como consecuencia que todos querrían hacer lo mismo. Pero, si todos hacen lo mismo, sólo es posible lograr un nivel intelectual, cultural y económico muy limitado.

Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"¹⁵ que —en múltiples variaciones y complementaciones— constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 3 párrafo 1 LF.

La fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" puede ser interpretada de dos maneras totalmente distintas. La primera interpretación la limita al postulado de una práctica de decisión universalista¹⁶. Para el legislador esto significa que las normas por él dictadas tienen que tener la forma de normas universales condicionadas, es decir, la forma: "Para todo x vale que si x tiene las propiedades P_1, P_2, \dots, P_n , entonces debe ser que para x valga la consecuencia jurídica C ".

Normas de esta forma tratan a todas las x igual en la medida en que para todas las x , si son iguales con relación a P_1, P_2, \dots, P_n , prevén la misma consecuencia jurídica. No puede haber ninguna duda que un postulado de este tipo, que responde al principio de universalidad de Hare¹⁷ y al principio de la justicia formal de Perelman¹⁸, formula un

¹⁵ Cfr. Platón, *Leyes*, VI 757; Aristóteles, *Política* III 9 (1280a): "Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"; del mismo autor, *Etica Nicomáquea*, V 6 (1131a).

¹⁶ Para una tal interpretación, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 392 ss.

¹⁷ Cfr. R. M. Hare, *Freedom and Reason*, págs. 30 ss.

¹⁸ Cfr. Ch. Perelman, "Eine Studie über die Gerechtigkeit", pág. 58.

postulado básico de la racionalidad práctica¹⁹ que vale tanto para el legislador como para quien aplica el derecho; pero, tampoco puede haber ninguna duda de que con este postulado no se ha ganado mucho. No dice nada acerca de cómo deben ser tratados individuos con cuáles propiedades²⁰. Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual".²¹

Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*. Los problemas de una tal interpretación resultan del hecho de que —como lo observa correctamente el Tribunal Constitucional Federal²²— nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales en

¹⁹ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 90 ss.

²⁰ Cfr. C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", págs. 58 s.; O. Weinberger, "Gleichheitspostulate" en del mismo autor, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín 1979, pág. 152.

²¹ Si se interpreta la máxima "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual", en el sentido de un postulado de praxis universal de decisión, la segunda parte de la máxima plantea problemas. Si tanto *a* como *b* han cometido una estafa, de acuerdo con el § 263, párrafo 1 del Código Penal alemán —prescindiendo de otras normas penales— tienen que ser tratados igual en el sentido de que ambos deben ser castigados con pena de prisión de hasta cinco años o multados. En este sentido vale que lo igual debe ser tratado igual. En este sentido vale también que si *a* ha cometido una estafa y *b* no, ambos tienen que ser tratados desigualmente con respecto al § 263, párrafo 1 del Código Penal. En este sentido, es correcto que lo desigual tiene que ser tratado desigualmente. Pero no vale que si *b*, a diferencia de *a*, no ha cometido una estafa, es decir, es diferente de *a* con respecto al § 263, párrafo 1 del Código Penal, tenga siempre que ser tratado de forma diferente a *a*. *b* puede haber encubierto un delito y ello es también penado con prisión de hasta cinco años o con multa. Con respecto a las normas, que formulan las condiciones suficientes pero no necesarias para una consecuencia jurídica, la máxima "Hay que tratar igual a lo igual" vale en la interpretación como postulado de una praxis universal de decisión, pero no la máxima "Hay que tratar desigual a lo desigual" (cfr. O. Weinberger, "Gleichheitspostulate", pág. 150).

²² Cfr. BVerfGE 6, 273 (280); 13, 181 (202); 13, 225 (228); 50, 57 (77); 50, 177 (186); 53, 164 (178).

todos los respectos²³. La igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas²⁴: *a* es igual a *b* con respecto a la propiedad *P* (propiedades *P*₁, *P*₂, ..., *P*_n). Este tipo de juicios son juicios sobre igualdad *parcial*, es decir, una igualdad *fáctica* referida sólo a algunas y no a todas las propiedades del par de comparación. Son verdaderos si tanto *a* como *b* poseen la propiedad *P* (las propiedades *P*₁, *P*₂, ..., *P*_n). Lo mismo vale para los juicios de desigualdad.

Los juicios sobre igualdad *fáctica* parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un tratamiento igual o uno desigual. La igualdad *fáctica* parcial es conciliable con un tratamiento desigual y la desigualdad *fáctica* parcial, con un tratamiento igual. El hecho de que *a* sea un marinero al igual que *b* no excluye la posibilidad de que *a* sea castigado por hurto pero *b* no. Que *a* sea un marinero y *b* un empleado de banco no excluye la posibilidad de que ambos sean castigados por hurto. Por lo tanto, "igual" y "desigual" en la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" deben ser entendidos de una manera diferente a una igualdad o desigualdad *fáctica* en algún respecto. Como no existen dos personas o dos situaciones humanas entre las cuales no exista tanto una igualdad *fáctica* parcial como una desigualdad *fáctica* parcial, todo tendría que ser tratado siempre tanto igual como desigual si la fórmula se refiriese a la igualdad y desigualdad *fáctica* parcial en algún respecto.

Como no existe ni una igualdad ni una desigualdad en todos los respectos (igualdad/desigualdad *fáctica* universal) entre las personas y las situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) *fáctica* parcial en algún respecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad *valorativa*. Si ha de ser posible un orden jurídico diferenciado, la igualdad (desigualdad) *valorativa* tiene que ser relativizada de dos maneras. Tiene que ser una igualdad *valorativa relativa*

²³ Aquí basta esta constatación. Con respecto a los problemas lógicos y epistemológicos de la igualdad y la identidad, cfr. O. Weinberger, "Gleichheitspostulate", págs. 147 ss.; K. Hesse, "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht" en *AöR* (1951/52), págs. 172 ss.

²⁴ Cfr. A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, págs. 30 s.

a igualdades (desigualdades) fácticas parciales pues si se agotara en una igualdad valorativa sin más de los individuos, no podría en absoluto contribuir a tratamientos diferenciados. Tiene que ser, además, *igualdad valorativa relativa a determinados tratamientos*, pues, si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que en un respecto tienen que ser tratadas igualmente no han de ser tratadas igualmente en todos los respectos. A estas dos relativizaciones, que son las condiciones de la posibilidad de un tratamiento diferenciado, se agrega una tercera, la *relativización* con respecto a un *criterio de valoración* que permite decir qué es valorativamente igual y desigual. La frase "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no contiene un criterio tal sino que su aplicación lo presupone. La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa. Esto pone claramente de manifiesto el problema central de la máxima general de la igualdad. Puede ser formulado en dos cuestiones estrechamente vinculadas entre sí, es decir, primero, si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de la igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional. Con estas cuestiones queda delimitado el campo de problemas en el que tiene que moverse toda interpretación del artículo 3 párrafo 1 LF, en tanto norma que vincula materialmente al legislador.

III. LAS FORMULAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El Tribunal Constitucional Federal intenta, con la ayuda del concepto de arbitrariedad, solucionar el problema de la valoración necesariamente vinculado con la máxima material general de igualdad. En la jurisprudencia del Tribunal sobre la arbitrariedad pueden constatarse dos líneas de interpretación. La primera sostiene que en la aplicación de la máxima general de igualdad tiene que haber siempre un *par de comparación*; la segunda, a la que tiende la Segunda Sala, reduce la máxima general de igualdad a una *prohibición general de arbitrariedad* en cuya aplicación los pares de comparación ya no juegan

ningún papel necesario²⁵. Como lo ha mostrado Geiger²⁶, en contra de la reducción de la máxima de la igualdad a una prohibición general de arbitrariedad pueden aducirse argumentos decisivos. El examen de igualdad no sería ya lo que indica su nombre: un examen de igualdad. Del hecho de que en el marco de un examen de igualdad haya que realizar una prueba de arbitrariedad no se sigue que la máxima de igualdad exija llevar a cabo también exámenes de arbitrariedad independientemente de los exámenes de igualdad. La adscripción al artículo 3 párrafo 1 LF de una prohibición general de arbitrariedad, es decir, no referida a pares de comparación podría, en todo caso, estar ordenada si no fuera posible llevar a cabo de otra manera exámenes de arbitrariedad independientemente de pares de comparación. Pero, tal no es, en modo alguno, el caso. El tratamiento arbitrario de un titular de derechos fundamentales por parte del Estado, por ejemplo, un tratamiento "que no es comprensible en una apreciación razonable de las ideas dominantes en la Ley Fundamental"²⁷, cuando no es posible formar ningún par de comparación, lesiona siempre algún otro derecho fundamental del titular de derechos fundamentales, por lo menos el artículo 2 párrafo 1 LF. En contra de un examen general de arbitrariedad y a favor de la vinculación del examen de arbitrariedad con disposiciones particulares de derecho fundamental habla el hecho de que un examen general de arbitrariedad conduciría a una subsunción difícil de discernir en la cual los contenidos de las diferentes disposiciones iusfundamentales jugarían un papel esencial, pero apenas aprehendible. Por lo tanto, hay que atenerse estrictamente a la limitación de la aplicabilidad de la máxima general de igualdad a pares de comparación.

El Tribunal Constitucional Federal refiere el examen de arbitrariedad en parte directamente a la fórmula clásica "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" pero, sobre todo, a dos fórmulas que surgen a través del agregado de la expresión "esencial" o de las expresiones "esencial" y "arbitriariamente". Por lo pronto, habrán de interesar sólo las primeras partes de estas fórmulas, referidas a lo "igual". Según ellas, al legislador le está prohibido tratar

²⁵ Cfr. BVerfGE 42, 64 (74 ss.); 57, 39 (42). Claramente en esta dirección, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, pág. 72.

²⁶ BVerfGE 42, 79 ss. (en disidencia). Cfr., además, las contribuciones a la discusión de, por una parte, W. Geiger y, por otra, de G. Leibholz en C. Link (comp.), *Der Gleichheitsprinzip im modernen Verfassungsrecht*, págs. 100 ss., 105 ss.

²⁷ BVerfGE 42, 64 (74).

- (1) "lo igual designalmente"²⁸,
- (2) "lo esencialmente igual designalmente"²⁹ y
- (3) "lo esencialmente igual arbitrariamente desigual"³⁰.

Cabe preguntarse si estas diferentes formulaciones expresan normas diferentes.

La igualdad en el sentido de la primera fórmula es igualdad valorativa. También la igualdad esencial a la que se refiere la segunda fórmula debe ser entendida como igualdad valorativa. La consecuencia jurídica que la segunda fórmula vincula con la igualdad esencial es la prohibición del tratamiento desigual. Pero, esta prohibición puede ser sólo vinculada con una igualdad valorativa, cualquiera que sea la forma cómo se la establezca. Por lo tanto, igualdad valorativa e igualdad esencial en el sentido de la segunda fórmula significan lo mismo. La primera y la segunda fórmula expresan lo mismo de manera diferente.

La relación entre la segunda y tercera fórmula presenta problemas. La tercera fórmula puede ser interpretada de dos maneras. La primera interpretación la toma literalmente. Según ella, una igualdad esencial no implica todavía ningún mandato de igual tratamiento. Dos casos pueden ser esencialmente iguales sin que esté ordenado tratarlos igualmente. Por lo tanto, no vale la máxima según la cual lo esencialmente igual tiene que ser tratado igualmente. No está prohibido todo tratamiento desigual de casos esencialmente iguales, sino sólo el tratamiento desigual arbitrario de casos esencialmente iguales. Por lo tanto, según esta interpretación, por igualdad esencial en la tercera fórmula hay o bien que entender algo diferente que en la segunda o aquélla contradice esta última. De acuerdo con la primera interpretación, el examen de igualdad debería realizarse siempre en tres pasos. En el primero, habría que constatar un tratamiento desigual y una igualdad fáctica parcial, que pueda servir como base del examen de igualdad. En un segundo paso, habría que preguntarse si la igualdad fáctica parcial ha de ser clasificada como esencial. Finalmente, en un tercer paso, habría que examinar si es arbitrario el tratamiento des-

²⁸ Cfr. BVerfGE 3, 58 (135); 9, 124 (129); 42, 64 (72).

²⁹ Cfr. BVerfGE 1, 14 (52); 21, 6 (9); 21, 227 (234); 45, 376 (386).

³⁰ Cfr. BVerfGE 4, 144 (155); 22, 254 (263); 42, 64 (72); 49, 148 (165); 50, 177 (186); 51, 295 (300); 55, 114 (128); 57, 250 (271); 61, 138 (147).

igual de lo esencialmente igual. A un resultado totalmente distinto llega la segunda interpretación. No toma literalmente la fórmula "Lo esencialmente igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual". Según ella, en esta fórmula la expresión "arbitrariamente" es redundante; ello significa que la tercera fórmula es sinónima de la segunda y, por lo tanto, de la primera. El examen de igualdad tendría, pues, que realizarse en dos pasos. En el primero, habría que preguntarse por un tratamiento desigual y por una igualdad parcial que pueda servir de base para el examen de igualdad. En un segundo paso, habría que preguntarse si la igualdad parcial es esencial, es decir, si existe una igualdad valorativa en el sentido explicado más arriba.

En la respuesta a la cuestión de cuál de ambas interpretaciones es la correcta, cabe constatar, por lo pronto, que el Tribunal Constitucional Federal, también cuando parte de la segunda fórmula, que no menciona la expresión "arbitrariamente", hace depender la violación de la máxima de la igualdad de la arbitrariedad del tratamiento. La jurisprudencia sobre la igualdad del Tribunal Constitucional Federal tiene como hilo conductor la frase: "La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria"³¹. Consideremos, por lo pronto, sólo la parte de esta frase que dice que la máxima de la igualdad es violada cuando el tratamiento desigual es arbitrario. Esto debe ser entendido de forma tal que la arbitrariedad del tratamiento desigual sea una condición suficiente y necesaria de la violación de la máxima de igualdad³². Por lo tanto, la máxima de igualdad es violada si y sólo si el tratamiento desigual es arbitrario. Si se parte de la segunda fórmula, la máxima de igualdad es violada si y sólo si en caso de igualdad esencial existe un tratamiento desigual. Por ello, puede formularse el siguiente enunciado:

- (4) Existe una igualdad esencial si y sólo si un tratamiento desigual sería arbitrario.

³¹ BVerfGE 1, 14 (52) jurisprudencia permanente; cfr., por ejemplo, BVerfGE 60, 101 (108).

³² A veces, se encuentran formulaciones en las cuales se habla de la arbitrariedad como condición necesaria de la violación, cfr. BVerfGE 60, 101 (108). Sin embargo, estas formulaciones no deben ser entendidas en el sentido de que la arbitrariedad es sólo una condición necesaria de la violación.

El concepto de la igualdad esencial en la segunda fórmula es, pues, definible con la ayuda del concepto de la arbitrariedad del tratamiento desigual.

También dentro del marco de la tercera fórmula: "Lo esencialmente igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual", hay que partir del hecho de que un tratamiento desigual arbitrario es condición suficiente y necesaria para la violación de la máxima de igualdad. Pero, esto conduce a problemas con respecto al concepto de la igualdad esencial. Si ninguna parte de la tercera fórmula ha de ser redundante, este concepto ha de ser definido de forma tal que la igualdad esencial no indique ya el mandato de igualdad de tratamiento. Esto significa que —a diferencia de lo que ocurre en la segunda fórmula— el concepto de lo esencial no puede ser definido con la ayuda del concepto de arbitrariedad. Con esto se plantea la cuestión de saber qué ha de entenderse por una igualdad esencial que —a diferencia de lo que sucede en la segunda fórmula— es compatible con un tratamiento desigual no arbitrario. Aquí pueden considerarse tres posibilidades: por igualdad esencial puede entenderse (1) igualdad fáctica parcial, (2) igualdad relevante o (3) igualdad valorativa en un sentido ideal. Sin embargo, ninguna de estas interpretaciones es aceptable.

La interpretación de la igualdad esencial como igualdad *fáctica parcial* tendría como consecuencia que toda coincidencia en cualquier propiedad debería ser calificada de "esencial"; ello traería como consecuencia que la característica "esencial" en la tercera fórmula sería superflua. Surgiría una fórmula que podría ser sumada a las otras tres presentadas más arriba:

(5) Lo igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual.

Como en esta fórmula la expresión "igual" se refiere a la igualdad parcial y como todo lo que hay que juzgar jurídicamente coincide en algún respecto con todo lo que hay que juzgar jurídicamente, es decir, la primera frase de esta fórmula está siempre satisfecha, es posible reducir esta fórmula a la frase según la cual está prohibido todo tratamiento desigual arbitrario. Pero, tal como ocurriera más arriba, esta frase puede ser utilizada para la definición del concepto de igualdad esencial utilizado en la segunda fórmula. La tercera fórmula perdería, pues, el carácter de una fórmula que comite con la segunda fórmula a un mismo nivel. Si la tercera fórmula ha de ser una fórmula en la que se plantea la cuestión de saber si ha de ser preferida a la

segunda, hay, pues, que encontrar un concepto de igualdad esencial que, por una parte, sea más fuerte que el de la igualdad fáctica parcial y, por otra, más débil que el concepto de la igualdad esencial definido con la ayuda del concepto de arbitrariedad. Candidatos para una tal interpretación son los conceptos de la igualdad relevante y de la igualdad valorativa en un sentido ideal.

Como igualdades *relevantes* pueden ser definidas todas las igualdades fácticas parciales que merecen un examen de arbitrariedad. El concepto de igualdad relevante es atractivo porque promete una delimitación del infinito campo de posibilidades de comparación. Su inconveniente es que esta promesa no puede ser cumplida de manera racional. ¿De acuerdo con qué criterio han de ser excluidas las igualdades fácticas parciales que no deben ser consideradas dignas de un examen de arbitrariedad? En última instancia, el criterio puede sólo conducir a que es seguro que no existe un tratamiento arbitrario. Que tal sea el caso puede decidirse sólo sobre la base del propio criterio de arbitrariedad. Pero, no parece sensato anteponer al examen de arbitrariedad un criterio que, orientado por el de arbitrariedad, excluye a aquél. También por razones prácticas un filtro tal no parece necesario, ya que cuando es seguro que una diferenciación no es arbitraria, no existe ninguna razón para —con la ayuda de un criterio de relevancia— liberarse de la necesidad de decir que la diferenciación no es arbitraria; en tales casos, nada es más fácil que expresarlo directamente.

Resta, pues, tan sólo la interpretación como igualdad *valorativa* en un sentido ideal. El Tribunal Constitucional Federal subraya reiteradamente que, en el ámbito de la igualdad de tratamiento, el legislador dispone de "una muy amplia libertad de configuración". No es "un asunto del Tribunal Constitucional Federal examinar si (el legislador) ha dictado la regulación más justa y funcional, sino simplemente si se han respetado los límites extremos (trazados por el concepto de arbitrariedad, R. A.)"³³. Sobre la base de esta frase —que claramente se basa en el deseo de limitar la competencia de examen del Tribunal en cuestiones de igualdad— puede distinguirse entre una versión fuerte y una versión débil de la máxima de igualdad. En la versión *fuerte*, de lo que se trata es de la solución ideal, es decir, la solución más

³³ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 17, 319 (330). A lo mismo apunta la distinción de Leibholz entre incorrección y arbitrariedad, cfr. G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, págs. 76 s.

justa y funcional. En este sentido, dos casos serían siempre esencialmente iguales y, por lo tanto, deberían ser tratados igual si su tratamiento igual satisface postulados tales como los de justicia o funcionalidad en una medida mayor que su tratamiento desigual. Si el Tribunal Constitucional Federal partiera de la versión fuerte, el legislador quedaría privado de toda libertad de configuración. Como no existe un conocimiento seguro de la norma respectivamente más justa y funcional, su tarea se reduciría a dictar aquello que el Tribunal Constitucional Federal considerase que es lo más justo y funcional. No es necesario ofrecer mayor fundamentación acerca de que éste no puede ser el sentido de la máxima de igualdad.

Por ello, interesa sólo una versión *débil* de la máxima de igualdad, en la que se trata del respeto de los límites a la libertad de configuración del legislador definidos por el concepto de arbitrariedad y, por lo tanto, no de la igualdad valorativa en un sentido ideal, sino limitado. Pero, entonces es superfluo y no tiene sentido llevar a cabo un examen de la igualdad valorativa en un sentido ideal, para luego preguntar si se ha apartado arbitrariamente de ella o no. Esto es superfluo porque el resultado del examen de arbitrariedad no depende del resultado del examen de la igualdad valorativa en un sentido ideal; no tiene sentido porque tendría como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal debería hacer algo superfluo que exige demasiado de él.

El resultado reza, pues, que el concepto de igualdad esencial en la tercera fórmula tiene que ser interpretado como en la segunda. En ambas fórmulas, el concepto de la igualdad esencial es definible con la ayuda del concepto de la arbitrariedad del tratamiento desigual. Pero, esto significa que la expresión "arbitrariamente" en la fórmula "Lo esencialmente igual no debe ser tratado arbitrariamente en forma desigual" es redundante. *Las tres fórmulas dicen lo mismo*. La mejor forma de decirlo es con la segunda fórmula "Lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual". Si se define el concepto de la igualdad esencial en esta fórmula tal como se ha hecho (4), con la ayuda del concepto de la arbitrariedad del tratamiento desigual, ella es equivalente a la fórmula:

(6) Están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales.

Cabe preguntar cómo ha de entenderse esta fórmula que expresa la versión débil correcta de la máxima de igualdad.

IV. TRATAMIENTO IGUAL Y DESIGUAL

1. El mandato de tratamiento igual

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria "cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible"³⁴. Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y está por ello prohibida cuando no es posible encontrar una *razón* calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón es descrita de múltiple manera. En la cita que se acaba de presentar se exige que se trate de una razón razonable o que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra manera, sea concretamente comprensible. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser "evidente"³⁵ y, en otras, simplemente que la razón hace que la diferenciación esté "justificada"³⁶. El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de "una forma de consideración orientada por la idea de la justicia"³⁷.

De todo esto se infiere que tiene que haber una razón *suficiente* para las justificaciones, que las justifique y que la cualificación de la razón como suficiente es un *problema de valoración*. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento. Esto puede formularse con el siguiente enunciado, que constituye una precisión de la versión débil de la máxima general de igualdad propiciada más arriba:

(7) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual³⁸.

³⁴ BVerfGE 1, 14 (52); de manera similar, por ejemplo, BVerfGE 12, 341 (348); 20, 31 (33); 30, 409 (413); 44, 70 (90); 51, 1 (23); 60, 101 (108).

³⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 12, 326 (333).

³⁶ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 38, 154 (167).

³⁷ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 9, 334 (337) jurisprudencia permanente.

³⁸ Con respecto a una versión de esta máxima que renuncia a la característica de la permisión. cfr. A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, pág. 77.

No existe ninguna razón suficiente para la permisión de una diferenciación si todas las razones que hay que tomar en cuenta tienen que ser consideradas como insuficientes. Este último es justamente el caso cuando no se logra una fundamentación para la permisión de la diferenciación⁴⁰. Como se ha observado reiteradamente⁴¹, la máxima general de igualdad establece así la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales⁴².

2. El mandato de tratamiento desigual

La segunda parte de la máxima “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” constituye una piedra de toque para esta tesis y también un instrumento para su explicación. La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de tratamiento desigual de la misma manera que el de tratamiento igual, es decir, explicitarlo con la siguiente norma de tratamiento desigual que estructuralmente coincide con (7):

(8) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

⁴⁰ El concepto de razón suficiente es referido así al éxito de una fundamentación, éxito que depende del hecho de si todas las razones que hay que tomar en cuenta tienen que ser consideradas como insuficientes o no. Esto significa que hay que decidir acerca de la existencia de una razón suficiente en un discurso jurídico racional. Los discursos jurídicos, aun cuando sean racionales, no conducen siempre a un mismo resultado y aun cuando en un determinado momento conduzcan a un mismo resultado, éste puede ser diferente en otro momento (cfr. R. Alexy, “Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation”, págs. 180 ss.). Por lo tanto, por existencia de una razón suficiente para una diferenciación no se entiende una existencia en sí, sino una existencia para interlocutores concretos, pero racionales.

⁴¹ Cfr., por ejemplo, N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, págs. 169 ss.; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, págs. 85 ss.; C. Starck, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes”, pág. 61; M. Gubelt en I. v. Münch (comp.), *Grundgesetz-Kommentar*, tomo 1, artículo 3, observación al margen 26.

⁴² Con respecto a la carga de la argumentación para tratamientos desiguales como postulado general de racionalidad, cfr. M. G. Singer, *Generalization in Ethics*, Nueva York 1961, pág. 31; J. Rawls, “Justice as Fairness” en *The Philosophical Review* 67 (1958), pág. 166; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 243.

Sin embargo, esto tendría como consecuencia que se establecería una carga de argumentación tanto para los tratamientos iguales como para los desiguales, lo que eliminaría toda ventaja del tratamiento igual y, como lo ha señalado Podlech, conduciría al mandato de fundamentar “que la regulación jurídica tendría que rezar así y *no de otra manera*”⁴³. La máxima de igualdad se convertiría, pues, en una simple exigencia de fundamentación. Perdería toda orientación hacia la igualdad. Por ello, Podlech propone prescindir de la segunda parte de la fórmula, es decir, adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF sólo una norma de igualdad de tratamiento y no también una norma de tratamiento desigual⁴⁴.

Una solución tan radical sería sólo recomendable si fuera inevitable. Sin embargo, no lo es. Se puede perfectamente tener ambas cosas: una orientación hacia la igualdad y tanto una norma de tratamiento igual como una de tratamiento desigual. Naturalmente, para ello, la norma de tratamiento desigual no puede tener, como en (8), la misma estructura que la norma de tratamiento igual (7). Más bien, tiene que tener la siguiente forma:

(9) Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual⁴⁵.

⁴² A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, pág. 57.

⁴³ Ibídem.

⁴⁴ Una comparación de las normas de tratamiento igual y tratamiento desigual ((7) y (9)) pone de manifiesto que sus antecedentes se diferencian en dos puntos. La primera distinción consiste en que en el antecedente de (7) se habla de la *no existencia* y, en cambio, en el antecedente de (9), de la *existencia* de una razón suficiente. La segunda diferencia resulta del hecho de que en el antecedente de (7) se habla de la *permisión* y en el de (9), de la *obligatoriedad* de un tratamiento desigual. Es fácil percibir que los tres antecedentes presentados en el texto, es decir, los de (7), (8) y (9), no agotan el ámbito de las alternativas. Si se acepta que la negación de un tratamiento igual es un tratamiento desigual y vice versa ($\neg Ig \leftrightarrow Des$; $\neg Des \leftrightarrow Ig$), son posibles ocho formulaciones de antecedentes de normas de tratamiento igual y desigual:

- 1) No existe ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual.
- 2) No existe ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual.
- 3) No existe ninguna razón suficiente para la imposición de un tratamiento igual.
- 4) No existe ninguna razón suficiente para la prohibición de un tratamiento igual.
- 5) Existe una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual.
- 6) Existe una razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual.

Esta fórmula se diferencia de la norma de igualdad de tratamiento expresada en (7) porque para el mandato de un tratamiento desigual exige que se logre una fundamentación de justamente este mandato⁴⁵, mientras que la norma de igualdad de tratamiento deja que sea suficiente para el mandato de igualdad de tratamiento el no haberse logrado una fundamentación de la permisión (admisibilidad) de una diferenciación⁴⁶. Justamente en esta asimetría consiste la carga de argumentación en favor del tratamiento igual.

La asimetría entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas.

V. LA MAXIMA DE IGUALDAD Y LA VALORACION

La interpretación de la máxima de igualdad como regla de la carga de la argumentación puede estructurar un poco más el problema de la

- 7) Existe una razón suficiente para la imposición de un tratamiento igual.
- 8) Existe una razón suficiente para la prohibición de un tratamiento igual.

Un análisis más profundo de la máxima de igualdad que el que aquí se realizará, hubiera tenido que considerar las relaciones lógicas entre estas formulaciones, como así también su vinculación con todas las consecuencias jurídicas concebibles de la igualdad. Queda abierta la cuestión de saber si los ocho antecedentes describen exhaustivamente el ámbito que hay que analizar. Para quien no excluya que la existencia (no existencia) de una razón suficiente *para p* no es lo mismo que la existencia (no existencia) de una razón suficiente *en contra de ~p*, el número de los antecedentes que hay que analizar se eleva a 16. Para quien, además, no excluye que los tratamientos igual y desigual no son contradictorios sino contrarios, el número aumenta a 32. Cualquiera que sea el número de antecedentes que se coloque al comienzo de los análisis, cada uno puede, por lo menos, ser vinculado con cuatro consecuencias jurídicas: permisión de (*P*), permisión de no (*P* ~), mandato de (*~P* ~), prohibición de (*~P*) tratar igual. Mucho de lo que de esta manera se obtiene puede ser eliminado rápidamente. Pero, a menudo, la decisión no es fácil y no pocas veces no es posible percibir, sin más, las relaciones lógicas entre las normas de igualdad formulables. Esta es una explicación de la dificultad del análisis de la máxima de igualdad.

⁴⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 37, 38 (46).

⁴⁶ Por lo tanto, al tipo de la norma del tratamiento igual corresponde la primera línea de la tabla expuesta en la nota 44; al tipo de la norma de tratamiento desigual, la octava línea, presuponiendo que una prohibición de un tratamiento igual es lo mismo que un mandato de tratamiento desigual (*O ~IG ↔ O Des*).

valoración, pero no solucionarlo. La máxima de igualdad no da respuesta a la cuestión de saber qué es una razón suficiente para la permisión o la obligatoriedad de una diferenciación. Para ello, se requieren otros puntos de vista, por cierto, valorativos⁴⁷. Justamente aquí se anuda la crítica fundamental a una sujeción del legislador a la máxima general de igualdad, que aduce que una tal sujeción tendría como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal pudiera imponer sus concepciones acerca de una legislación correcta, razonable o justa y desplazar las del legislador, lo que significaría "un desplazamiento de competencias en contra del sistema constitucional en favor de la jurisprudencia judicial y en contra del Poder legislativo"⁴⁸. Sin embargo, esta última objeción —que, en última instancia, apunta a señalar que el Tribunal Constitucional Federal se convierte, a través de la máxima general de igualdad, en una Corte de Justicia con competencias ilimitadas— puede ser refutada.

Por lo pronto, hay que tener en cuenta que la máxima general de igualdad es *lex generalis* frente a las normas especiales de igualdad⁴⁹. Esto conduce a una considerable suavización del problema. Las "decisiones materiales de igualdad"⁵⁰ adoptadas en las normas especiales de igualdad, por ejemplo, en el artículo 3 párrafos 2 y 3 LF, vuelven superflua en los numerosos casos por ellas abarcados la solución de un problema valorativo dentro del marco de la máxima general de igualdad.

Además, la máxima general de igualdad —cuando es interpretada en el sentido débil aquí propiciado— deja un amplio campo de acción al legislador. Por ello, la tesis según la cual el Tribunal Constitucional Federal es colocado en el lugar del legislador tiene que ser restringida considerablemente. El campo de acción del legislador, reiteradamente subrayado por el Tribunal Constitucional Federal⁵¹ resulta de

⁴⁷ R. Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Munich 1962, págs. 33 s.

⁴⁸ H. P. Ipsen, "Gleichheit", pág. 181. Cfr. también del mismo autor, loc. cit., págs. 156 ss., 178 ss., como así también W. Zeidler, "Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG" en *DÖV* 1952, págs. 5 s.; Fr. Klein "Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit" en *DÖV* 1964, págs. 475 s.; R. Thoma, "Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz", pág. 459; W. Böckenförde, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin 1957, págs. 28 s.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, G. Dürig en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 3, observación al margen 248.

⁵⁰ Cfr. H. P. Ipsen, "Gleichheit", pág. 156.

⁵¹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 9, 334 (337); 57, 107 (115).

dos cosas: de la estructura de las normas de tratamiento igual y desigual [(7), (9)] y del concepto de arbitrariedad.

Según (7), en caso de que existan razones suficientes para la permisión de un tratamiento desigual, no está ordenado un tratamiento igual. Pero, bajo esta condición, tampoco está ordenado un tratamiento desigual, pues, para ello (9) exige razones suficientes no sólo para la permisión sino también para la obligatoriedad del tratamiento desigual. Si hay casos en los que hay razones suficientes para la permisión pero no para la obligatoriedad de un tratamiento desigual, también hay casos en los cuales la máxima general de igualdad no ordena ni un tratamiento igual ni uno desigual sino que permite tanto un tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción.

La interpretación del concepto de razón suficiente con la ayuda del concepto de arbitrariedad procura que haya casos en los cuales razones suficientes hablan en favor de la permisión pero no de la obligatoriedad de un tratamiento desigual. Una razón es suficiente para la permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario. Como lo ha expuesto Leibholz, la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección⁵². Por lo tanto, un tratamiento desigual no es arbitrario no sólo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión. Que existen diferencias entre una razón plausible y la razón respectivamente mejor se reconoce en el hecho de que un tribunal puede, sin más, sostener que la mejor razón habla en contra de la permisión de un tratamiento desigual y admitir que existe una razón plausible en su favor. Pero, una razón plausible en favor de la permisión de un tratamiento desigual no es todavía una razón suficiente para la obligatoriedad de un tratamiento desigual. Por lo tanto, el que un tratamiento desigual no sea arbitrario no implica que un tratamiento igual sea arbitrario. Por cierto, con todo esto no se ha dicho qué margen de acción tiene el legislador, pero se ha expuesto que el legislador tiene margen de acción.

Así, pues, en contra de la sujeción del legislador a la máxima de igualdad no puede aducirse que ella trae como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal adquiere competencia para hacer valer irrestrictamente sus valoraciones en lugar de las del legislador. Lo que se aduce es tan sólo que, a través de la máxima general de

⁵² G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, págs. 76 s.: "diferencia cuantitativa".

igualdad, adquiere determinadas competencias para fijar límites a la competencia del legislador. Esto significa también que, en cierta medida, las valoraciones del Tribunal son colocadas por encima de las del legislador. Pero, ello no basta para fundamentar una objeción.

Todo control del legislador por parte de un Tribunal Constitucional implica que, en una cierta medida, se da preferencia a las valoraciones del Tribunal frente a las del legislador. En una serie de casos, lo que las normas constitucionales ordenan no se infiere lógicamente sólo del texto literal de las disposiciones constitucionales; tampoco con la ayuda de reglas metodológicas es posible fundamentarlo necesariamente de ellas y otros datos jurídicamente relevantes. El enunciado según el cual toda interpretación de la Constitución incluye valoraciones del intérprete es tan trivial como fundamental. Por ello, si con la sujeción a la máxima de igualdad no ha de renunciarse a toda jurisprudencia constitucional, para la fundamentación de la tesis de que ella conduce a una ampliación inadmisible de la competencia del Tribunal Constitucional no puede recurrirse simplemente al hecho de que su aplicación presupone valoraciones. Lo que habría que exponer es que, dentro del marco de la aplicación de la máxima general de igualdad, se requiere una medida tal de valoraciones subjetivas, es decir, incontrolables que, por lo que respecta a la sujeción del legislador, parecería ser necesario tratarla de una manera diferente a las otras normas iusfundamentales⁵³. Sin embargo, no existe ningún motivo para ello. En la aplicación de todas las normas iusfundamentales hay que solucionar problemas valorativos básicos. También en su interpretación existe la posibilidad de que el Tribunal reduzca de una manera injustificable el campo de acción que le corresponde al legislador en virtud de la Ley Fundamental.

Se podría, por cierto, intentar reducir un poco el peligro de que el Tribunal Constitucional reduzca injustificablemente las competencias del legislador, eliminando la sujeción —controlable por el Tribunal Constitucional— del legislador a determinadas normas iusfundamentales como la del artículo 3 párrafo 1 LF: sin embargo, el precio que por ello se pagaría sería demasiado alto. Todas las posibilidades de discriminación distan mucho de estar abarcadas por las normas especiales de igualdad. No es posible excluir la posibilidad de que una mayoría parlamentaria lleve a cabo una discriminación no contemplada por las normas especiales de igualdad y que, desde el punto de

⁵³ En este sentido, cfr., por ejemplo, H. P. Ipsen, "Gleichheit", pág. 178.

vista del derecho constitucional, tendría que ser calificada de inadmissible. En todo caso, una no extensión de la protección iusfundamental a este tipo de discriminaciones podría estar justificada si los juicios sobre la admisibilidad o no admisibilidad jurídico-constitucional fueran necesariamente juicios puramente subjetivos. Sin embargo, tal no es el caso. También sin necesidad de entrar en la teoría de la fundamentación jurídica racional⁵⁴, puede decirse que existe una pluralidad de posibilidades de fundamentación racional de los juicios iusfundamentales de igualdad y desigualdad⁵⁵. Puede pensarse, por ejemplo, dentro del marco de aplicación de la máxima general de igualdad, en la posibilidad de apoyar los juicios valorativos necesarios en otras normas constitucionales (argumentación sistemática)⁵⁶, en las posibilidades de la argumentación prejudicial sobre la base de la —con el transcurso del tiempo— cada vez más rica jurisprudencia constitucional, como así también en la de la justicia sistemática⁵⁷.

VI. IGUALDAD DE IURE E IGUALDAD DE HECHO

Hasta ahora, de lo que se trataba era primordialmente de los presupuestos para la obligatoriedad, prohibición y permisión de un tratamiento igual y de un tratamiento desigual. No se ha prestado ninguna atención a la cuestión de saber qué es un tratamiento igual y qué un tratamiento desigual. Y, sin embargo, hay motivo suficiente para plantearla. Ella conduce al problema de saber si la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" implica o no que el Estado está obligado a crear igualdad fáctica.

1. Acerca de los conceptos de igualdad de iure e igualdad de hecho

Los conceptos de tratamiento igual y desigual poseen una ambigüedad básica. Pueden ser interpretados como referidos a actos y

⁵⁴ Cfr. al respecto R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 273 ss.

⁵⁵ En general, con respecto a la seguridad de la fundamentación iusfundamental, cfr. infra, Capítulo 10, III. 3.

⁵⁶ Cfr. al respecto C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", págs. 64 ss.

⁵⁷ Cfr. C. Degenhart, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, Munich 1976.

como referidos a consecuencias. La interpretación *referida a actos* apunta exclusivamente a la acción estatal en tanto tal, que hay que juzgar. En cambio, para la interpretación *referida a las consecuencias*, lo decisivo son las consecuencias prácticas de la acción estatal. Para aclarar esta distinción es adecuada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de pobres. En una decisión de hace ya varios años, de lo que se trataba era si el no otorgamiento de derecho de pobres para iniciar un procedimiento judicial, no obstante la obligación de contar con abogado, violaba el artículo 3 párrafo 1 LF⁵⁸. Según la interpretación del concepto de tratamiento referida al acto, las personas con recursos y las que carecen de ellos no son tratadas desigual sino igualmente pues las ventajas del derecho de pobres son otorgadas a ambas de la misma manera. Siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas son tratadas *de iure* igual. Sin embargo, según la interpretación del concepto de tratamiento referida a las consecuencias, las personas que poseen recursos y las que carecen de ellos no son tratadas igual sino desigualmente pues el no otorgamiento del derecho de pobres impide a quien carece de recursos, pero no a quien los posee "recorrer una vía judicial prevista por la ley, tan sólo por carecer de los medios económicos necesarios"⁵⁹. Una vez más, siguiendo una difundida terminología, habrá que decir que ambas personas son, *de hecho*, tratadas desigualmente. Debido a la desigualdad de hecho en el tratamiento, el Tribunal Constitucional Federal supone una violación de la máxima "Hay que tratar igual lo igual" y la fundamenta en el sentido de lo expuesto más arriba, sosteniendo que no existe ninguna razón suficiente que justifique el tratamiento desigual (de hecho)⁶⁰. La distinción entre tratamiento igual y desigual *de iure* y de hecho puede ser afinada considerablemente. Para los fines que aquí se persiguen, basta lo dicho.

2. Los principios de la igualdad de iure y de la igualdad de hecho

Aquella decisión sobre el derecho de pobres, a la que siguieron muchas otras más⁶¹ y que en su estructura muestra fuertes similitudes

⁵⁸ BVerfGE 2, 336.

⁵⁹ BVerfGE 2, 336 (340).

⁶⁰ Ibídem.

⁶¹ Cfr. la bibliografía en BVerfGE 56, 139 (143 ss.).

con decisiones sobre la igualdad de oportunidades de los partidos políticos⁶², permite reconocer un problema fundamental de toda interpretación de la máxima general de igualdad en el sentido de un mandato de creación de igualdad de hecho. El Tribunal Constitucional Federal lo expresa con las siguientes palabras: "ya la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente"⁶³. Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*⁶⁴. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza⁶⁵. Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un principio de la igualdad de *iure* como así también un principio de la igualdad de hecho, se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y vice versa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una "paradoja de la igualdad". Quien parte de un tal principio amplio de igualdad se enfrenta no sólo con el muchas veces analizado problema de la relación entre libertad e igualdad⁶⁶, sino que tiene que solucionar una parte considerable de

⁶² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 8, 51 (64 ss.).

⁶³ BVerfGE 12, 354 (367).

⁶⁴ Más exactamente: tratamientos jurídicos desiguales en el sentido referido al acto.

⁶⁵ Cfr. K. Hesse, "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht", pág. 180. El enunciado según el cual, debido a la diferencia fáctica de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre existentes algunas desigualdades de hecho y, a menudo, las refuerza es conciliable con el enunciado según el cual la igualdad *de iure* provoca igualdad de hecho, es decir, la creación de igualdad *de iure* puede tener como consecuencia igualdad de hecho. Al igual que en todos los juicios de igualdad, hay que tener siempre en cuenta la referencia a las personas individuales y a los diferentes respectos de igualdad. Así, la eliminación de privilegios estamentales aumentó con respecto a algunas personas, en algunos respectos, la igualdad de hecho. Al mismo tiempo, la creación de la igualdad civil dejó existente y a menudo aumentó —con respecto a algunas personas y en algunos respectos— desigualdades de hecho.

⁶⁶ Aquí se renunciará a un análisis de este muy discutido problema. La exposición sobre el derecho general de igualdad y de libertad, como así también sobre la teoría de los principios y modalidades, muestra la vía de una posible solución: hay que distinguir cuidadosamente entre las diferentes normas de libertad e igualdad concebibles y las posiciones jurídicas y situaciones fácticas en las que son colocados los miembros de la comunidad jurídica a través de estas normas. El resultado de un análisis tal es que por "libertad" e "igualdad" hay que entender, en parte, algo que está necesariamente vinculado, en parte, algo que entra en colisión, y en parte, algo

los problemas de la igualdad ya dentro del marco de la máxima de igualdad.

La paradoja de la igualdad puede ser fácilmente evitada cuando es posible renunciar totalmente o bien al principio de la igualdad *de iure* o bien al principio de la igualdad de hecho. Desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que excluir una renuncia al principio de la igualdad *de iure* porque no puede haber ninguna duda que ella es un elemento del derecho constitucional vigente. Quien tenga alguna duda al respecto puede superarla echando una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A este argumento juríspudencial se suman argumentos prácticos generales. La igualdad *de iure* es un valor en sí. De dos situaciones que son iguales en todos los respectos menos en uno, es decir, que en la primera existe una desigualdad *de iure* y en la segunda no, hay que preferir la primera. En este sentido, existe un paralelismo entre la igualdad *de iure* y la libertad negativa. Además, como ya se señalara más arriba⁶⁷, la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica. Este postulado vale, en todo caso, para el tratamiento desigual en el sentido referido a actos. A esto se suma un argumento que, sólo a primera vista, es exclusivamente pragmático. El principio de la igualdad *de iure* —como sólo apunta al acto de tratamiento en tanto tal y no tiene que considerar sus múltiples efectos— puede ser aplicado con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho. Un padre que regala a sus dos hijos pelotas iguales satisface plenamente —sin mayor reflexión y con certeza— la igualdad referida al acto. En cambio, es un asunto muy difícil e inseguro de juzgar el que de esta manera cree igualdad por lo que respecta a las consecuencias. Si uno de los hijos está feliz con el regalo y el otro se siente desgraciado, no se ha creado, desde el punto de vista del criterio de la igualdad de felicidad, ninguna igualdad referida a las consecuencias. Desde luego, el criterio de igualdad de felicidad es uno

que simplemente es reciprocamente conciliable. De la inmensa bibliografía que ha provocado este complicado tema, baste señalar aquí las contribuciones de D. D. Raphael ("Tensions between the Goals of Equality and Freedom"), R. Walter ("Das Spannungsvorhältnis der sozialen Ziele Freiheit und Gleichheit"), S. S. Nagel ("Issues regarding Tensions between Goals of Equality and Freedom") y O. Weinberger ("Gleichheit und Freiheit: Komplementäre oder widerstreitende Ideale"), todos en G. Dorsey (comp.), *Equality and Freedom*, tomo 2, Nueva York/Leiden*1977, págs. 543 ss.; 583 ss.; 603 ss.; 641 ss. y M. Kriele, *Befreiung und politische Aufklärung*, Friburgo/Basilea/Viena 1980, págs. 57 ss.

⁶⁷ Capítulo 8. IV.

de los criterios más inseguros de igualdad fáctica. Pero, pone claramente de manifiesto un problema central de la creación de igualdad fáctica, es decir, el que consiste en que quien actúa puede controlar y percibir el proceso de creación de igualdad sólo de una manera muy imperfecta. Por lo tanto, no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad *de iure* no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho.

3. Acerca del papel del principio de la igualdad de hecho

Así pues, para evitar una colisión de igualdad dentro del marco del artículo 3 párrafo 1 LF, quedaría sólo la posibilidad de renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3 párrafo 1 LF en tanto principio jurídicamente vinculante y otorgador de derechos subjetivos judicialmente demandables. A tal fin no es necesaria su exclusión del ordenamiento jurídico. El principio puede ser interpretado como una norma que, si bien no puede ser impuesta judicialmente vincula, sin embargo, al legislador y, en tanto tal, o bien permanece adscripta al artículo 3 párrafo LF o es adscripta a la cláusula del Estado social del artículo 20 párrafo 1 LF. También bajo esta interpretación puede tener una vinculación con los derechos subjetivos. En este caso, no como una norma que fundamenta derechos subjetivos pero sí como una norma que justifica restricciones en los derechos subjetivos. Sin embargo, todo esto es secundario. La primera cuestión consiste en saber si se puede o hay que renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF en tanto principio que, básicamente, puede también fundamentar derechos subjetivos y cuyo respeto está sometido al control del Tribunal Constitucional Federal.

Las opiniones están divididas⁶⁸ y la jurisprudencia del Tribunal

⁶⁸ Con respecto al rechazo de una interpretación del artículo 3, párrafo 1 LF (también) en el sentido de la igualdad de hecho, cfr. C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", págs. 55 ss., 67 ss.; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, págs. 200 ss.; V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, Munich/Berlín 1966, pág. 263; en cambio, es propiciada más o menos expresamente en K. Hesse, "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht", págs. 180 ss., 213 ss.; del mismo autor, "Diskussionsbeitrag" en C. Link (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, pág. 78; H. F. Zacher, "Soziale Gleichheit" en *AöR* 93 (1968), págs. 341 ss.; H. Scholler, *Die Interpretation der Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Berlín 1969, págs. 14 ss.; P. Häberle, "Diskussionsbeitrag" en C. Link (comp.), op. cit., págs. 84, 105.

Constitucional Federal es ambigua. Por una parte, se dice que la máxima de la igualdad no le ordena al legislador "dictar una regulación que impida que estados de cosas desiguales, de acuerdo con la desigualdad existente, conduzcan a diferentes consecuencias jurídicas"⁶⁹. Por otra, con respecto al artículo 3 párrafo 1 LF, se observa que "el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas"⁷⁰. Esto último puede ser interpretado en el sentido de la muchas veces citada frase del fallo sobre el Partido Comunista de Alemania, según la cual el principio del Estado social exige "realizar progresivamente la igualdad hasta la medida razonablemente exigible"⁷¹.

Scholler ha observado que la "concreción de la máxima de la igualdad [...] depende del concepto y de la imagen del Estado"⁷². Pero, con respecto al concepto y la imagen del Estado puede decirse que ellos expresan siempre una filosofía del Estado y del derecho más o menos desarrollada. Por ello, siguiendo a Dreier, puede decirse: la interpretación de la máxima de la igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que uno posea⁷³. Esta afirmación puede ser referida a toda disposición iusfundamental, pero tiene una importancia mayor para la máxima de la igualdad pues las cuestiones político-filosóficas y jurídico-filosóficas vinculadas con la igualdad son muy controvertidas. Se discute no sólo el contenido justificado de las exigencias de la igualdad, sino también si es posible dar respuestas razonablemente fundamentadas a las cuestiones de la igualdad y si no se trata, más bien, de un conflicto razonablemente no solucionable entre ideologías y concepciones del mundo. Parecería, pues, que en el problema acerca de si hay que adscribir al artículo 3 párrafo 1 LF también un principio de la igualdad de hecho de lo que se trata es de una cuestión que es solucionable adecuadamente sólo dentro del marco de una discusión básica teórico-jurídica, politicológica y epistemológica.

Sin embargo, sería apresurado —siguiendo esta impresión— co-

⁶⁹ BVerfGE 9, 237 (244) (subrayado de R. A.); cfr., además, BVerfGE 4, 193 (203).

⁷⁰ BVerfGE 3, 58 (158).

⁷¹ BVerfGE 5, 85 (206).

⁷² H. Scholler, *Die Interpretation des Gleichheitssatzes*, pág. 13.

⁷³ R. Dreier, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation" en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideología*, Francfort, 1981, pág. 114. Dreier refiere esta máxima a la elección de teorías de la interpretación.

menzar con una discusión de cuestiones normativas y epistemológicas básicas. Se dejaría entonces de lado una vía de solución que exige mucho menos esfuerzo y tiene muchas más perspectivas de éxito que un ingreso directo en el análisis de cuestiones básicas: la vía del análisis dogmático basado en la teoría de las normas. Un análisis tal muestra que existe un modelo de solución que toma en cuenta tanto la igualdad *de iure* como la igualdad de hecho y, al mismo tiempo, deja espacio para un amplio espectro de diferentes concepciones sobre el peso de ambos principios. Habrá de mostrarse que este modelo basta para la aclaración de los problemas aquí relevantes. Por lo pronto, se presentará el modelo. A continuación, sobre su base, habrán de discutirse algunas objeciones en contra de la adscripción de un principio de igualdad de hecho al artículo 3, párrafo 1 LF.

La base del modelo está constituida por la fórmula clásica: "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual". De acuerdo con lo expuesto más arriba⁷⁴, la primera parte debe ser interpretada mediante la norma de tratamiento igual:

(7) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual

y su segunda parte, mediante la norma de tratamiento desigual:

(9) Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

El paso decisivo hacia el modelo de solución que se pretende consiste en que en *ambas* normas el concepto de tratamiento es interpretado en el sentido *referido al acto*. De esta manera, ambas normas sirven directamente sólo a la igualdad *de iure*. Tomadas conjuntamente, expresan una preferencia básica en favor del principio de la igualdad *de iure*. El segundo paso consiste en que en el modelo de solución el principio de la igualdad de hecho se hace valer en la aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente. Puede ser tanto una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no-derecho definitivo⁷⁵ a un deter-

⁷⁴ Cfr. *supra*, IV.

⁷⁵ Con respecto al concepto del no-derecho, cfr. *supra*, Capítulo 4. II. 1.2.2.

minado tratamiento *de iure* igual; en el segundo, es la razón para un derecho definitivo a un determinado tratamiento *de iure* desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho. El primer caso nos es bien conocido. El principio de la igualdad de hecho juega en él —a menudo bajo el nombre de "principio del Estado social"— el papel de una razón de restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica⁷⁶. El segundo caso es más interesante. En él, el principio de la igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado tratamiento desigual *de iure*, es decir, aquél que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él un derecho subjetivo a la creación de una porción de igualdad fáctica.

Esto último es el punto crítico. Para poder evaluarlo correctamente, es indispensable tener en cuenta qué significa que la igualdad de hecho sea objeto de un principio. Tal como se expusiera más arriba⁷⁷, los principios no son razones definitivas sino *prima facie*. Pueden ser desplazados por principios opuestos. El principio de la igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un tratamiento desigual *de iure* que sirve para la creación de la igualdad de hecho sólo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego. Hay que tomar en cuenta todo un haz de principios opuestos. Uno de ellos es siempre la igualdad *de iure*, pues todo tratamiento desigual *de iure* para la creación de la igualdad de hecho es una restricción de la realización del principio de la igualdad jurídica⁷⁸. Además, siempre hay que tomar en cuenta los principios que tienen como objeto la distribución de competencia entre el Tribunal Constitucional Federal y el legislador. Con la constatación de derechos a la creación de la igualdad de hecho, un Tribunal Constitucional limita sensiblemente la libertad de normación del legislador, sobre todo porque no sólo le quita la libertad de otorgar o no este derecho, sino porque el otorgamiento de este tipo de derechos incluye, por lo general, el mandato al legislador de facilitar considerables fondos financieros y ello lo priva de la posibilidad de tomar otras medidas. Por eso, el principio formal de la libertad de normación del legislador democráticamente legitimado para la norma-

⁷⁶ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 29, 402 (412).

⁷⁷ Capítulo 3. I. 4.

⁷⁸ El Tribunal Constitucional Federal tiene en mira esta colisión cuando dice: "tampoco el principio del Estado social autoriza una organización social cualquiera, que eliminaría el mandato de igualdad" (BVerfGE 12, 354 (367)).

ción social es un segundo competidor principal del principio de igualdad de hecho. A estos dos principios, que siempre son relevantes, se suman muchos otros que pueden entrar en colisión con la igualdad de hecho, sobre todo aquellos que apuntan a libertades negativas. Todo esto pone de manifiesto que la clasificación del principio de la igualdad fáctica como una posible razón suficiente para la obligatoriedad de un tratamiento desigual *de iure* que sirva para la creación de una igualdad de hecho no implica que la igualdad *de iure* o la libertad negativa sea injustificablemente desplazada por la igualdad de hecho ni que la competencia para la conformación del orden social sea desplazada inadmisiblemente del legislador al Tribunal Constitucional Federal. Más bien, se crea así un modelo que permite adscribir también al artículo 3 párrafo 1 LF el principio de la igualdad de hecho y, con ello, concebir esta disposición como expresión de una concepción amplia de la igualdad, sin que por ello se prejuzgue acerca de una determinada concepción de la igualdad. La clave teórico-normativa y metodológica al respecto es la teoría de los principios.

En contra de este modelo podría objetarse que es vacío y, por lo tanto, un mero juego intelectual ya que los principios opuestos —sobre todo el de la libertad del legislador para la conformación de un orden social— tienen en *todos* los casos concebibles una relevancia tal que *siempre* el Tribunal Constitucional Federal ha de dejar de lado el reconocimiento de un derecho definitivo concreto a la creación de la igualdad de hecho a partir directamente del artículo 3 párrafo 1 LF. Esto mostraría que el principio de la igualdad de hecho no puede ser adscripto al artículo 3 párrafo 1 LF como un principio *iustfundamental* en sentido pleno ya que para ser tal tendría que tener la fuerza para fundamentar en *algún* caso un derecho definitivo concreto.

Esta objeción puede apoyarse, sobre todo, en principios formales. Así, el argumento central en contra de derechos originarios⁷⁹ a la igualdad de hecho, es decir, basados directamente en el artículo 3 párrafo 1 LF, afirma que la idea de la igualdad de hecho es una base demasiado insegura para un reconocimiento judicial de derechos concretos a la igualdad de hecho⁸⁰. El Tribunal debería incursionar en

⁷⁹ Lo opuesto a los derechos originarios a la igualdad de hecho son los derechos derivados vinculados con un otorgamiento previo del Estado (cfr. W. Martens, "Grundrechte im Leistungsstaat" en VVDSiRL 30 (1972), págs. 21 ss.). En los derechos derivados se plantea únicamente la cuestión de la igualdad *de iure*.

⁸⁰ Cfr. C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", pág. 68; A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, págs. 202 s.

cuestiones no justiciables y llevar a cabo una política social. Si así lo hiciera, necesariamente rebasaría sus competencias. La intervención en las competencias del legislador sería tanto más grave cuanto que una jurisprudencia judicial que apunte a la igualdad de hecho interviene no sólo en el campo de acción jurídico del legislador sino directamente y en considerable medida en su campo de acción financiero.

Estos argumentos tienen algo de razón. El concepto de la igualdad de hecho se presta especialmente para diversas interpretaciones. Ello se debe a que con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho pueden hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dones y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en los diferentes ámbitos sociales, autorrespeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal⁸¹. Esto pone de manifiesto que son posibles numerosas teorías de la igualdad de hecho recíprocamente incompatibles. Pero, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad. No son sólo razones metodológicas las que excluyen la posibilidad de extraer de la Ley Fundamental exactamente un programa de distribución, sino también razones sistémico-constitucionales. Las cuestiones de distribución constituyen un objeto central de la polémica de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento. Esto excluye la posibilidad de partir —en una Constitución que se ha decidido por la democracia representativa— de una sola teoría amplia de la igualdad de hecho que subyacería a la Constitución y con la que toda decisión del Parlamento relacionada con una distribución o bien coincidiría o bien la contradiría.

Sin embargo, con esto se ha aclarado sólo un costado de la cuestión. El otro costado es que se trata de la existencia de derechos y que el mero hecho de que su conocimiento sea inseguro y su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional Federal reduzca el campo de acción del legislador no es ningún argumento convincente de su

⁸¹ Siguiendo a Dworkin, en un nivel más abstracto, estos criterios pueden ser divididos en los de "*equality of welfare*" y los de "*equality of resources*". La primera existe cuando los recursos (por ejemplo, dinero) están distribuidos de tal manera que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de bienestar (por ejemplo, satisfacción). La segunda existe cuando los recursos están distribuidos de una manera tal que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de recursos (R. Dworkin, "What is Equality?" en *Philosophy & Public Affairs* 10 (1981), págs. 186 ss.).

no existencia. El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido. Si se considera que no es imposible decidir este desacuerdo con argumentos racionales y si no se quiere que la mayoría parlamentaria decida ella misma sobre su propio campo de acción —lo que violaría la máxima de que nadie puede ser juez en su propia causa— queda entonces sólo la vía de dejar que el Tribunal Constitucional decida⁸². Por lo tanto, la cuestión ha de consistir en saber si las peculiaridades vinculadas con la igualdad fáctica, la especialmente alta inseguridad (pluralidad de las teorías de la distribución) y la especialmente intensa limitación del margen de acción del legislador (medios financieros) confieren al principio de la libertad del legislador para la normación social un peso tal que simplemente tiene que ser dejada de lado la aceptación de derechos concretos a la igualdad de hecho, sometidos al control del Tribunal Constitucional. Ya este cuestionamiento pone de manifiesto que de lo que se trata no es de saber si el Tribunal Constitucional puede o no imponer su teoría de la distribución justa frente al legislador. Se trata más bien de saber si, en algunos casos, puede limitar la libertad del legislador para la normación social desde el punto de vista de la igualdad de hecho. Aquí hay que tener en cuenta la asimetría contenida en el modelo de la máxima general de igualdad entre la igualdad *de iure* y la igualdad de hecho. A favor de la igualdad *de iure* existe una carga de argumentación; a favor de la igualdad de hecho, no. Por lo tanto, la creación de una diferenciación que sirva para la igualdad de hecho está ordenada sólo si para este mandato pueden aducirse razones suficientes.

Ejemplos de los casos en los cuales el principio de la igualdad de hecho tiene prioridad frente a principios opuestos los ofrecen las ya mencionadas decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de pobres. Se podría objetar que estos casos no demuestran mucho pues presentan peculiaridades que prohíben una generaliza-

⁸² Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 140 ss., como así también H. F. Zacher, "Soziale Gleichheit", pág. 359, quien con respecto a la máxima de la igualdad subraya la protección de las minorías como "la tarea clásica de los derechos fundamentales en la democracia". En el mismo sentido, también H. P. Schneider, "Diskussionsbeitrag" en C. Link (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, págs. 86 s.

ción. Así, se ha señalado que en estos casos se agrega como punto de vista rector la garantía de protección jurídica del artículo 19 párrafo 4 LF⁸³ y que en ellos —a diferencia de lo que sucede en otros casos en donde se trata de la igualdad de hecho— es posible una decisión judicial acerca de la cuestión de la igualdad⁸⁴. Ya más arriba se señaló que uno de los problemas principales de la igualdad de hecho consiste en determinar el respecto en el que debe existir la igualdad de hecho. El hecho de que en los casos del derecho de pobres se sume el principio de la protección jurídica al principio de la igualdad de hecho significa que se fija el respecto en el que debe existir la igualdad de hecho. Sin embargo, esto no modifica en nada el hecho de que los casos del derecho de pobres son casos de la igualdad de hecho y no dice nada acerca de si en otros respectos la Constitución ordena también la creación de la igualdad de hecho. Es, además, correcto que en el caso del derecho de pobres la decisión resulta relativamente fácil: por ello, los casos del derecho de pobres son, en cierto modo, casos seguros de la prioridad del principio de la igualdad de hecho. Sin embargo, esto no excluye su aplicación en otros casos. Todo esto enseña que los casos del derecho de pobres son solo limitadamente adecuados como base inductiva para otros casos, pero que tienen que ser considerados como casos de aplicación del principio de la igualdad de hecho y que de sus peculiaridades no puede inferirse la inaplicabilidad del principio de la igualdad de hecho a otros casos.

Como toda tesis de no-existencia, la tesis según la cual no hay otros casos en los que la igualdad de hecho tenga prioridad frente a todos los otros principios opuestos relevantes es difícil de fundamentar. Para su fundamentación no bastaría la demostración de que, en vista de la actual situación de la legislación, no existe ningún caso en el que el Tribunal Constitucional Federal pueda otorgar un derecho originario a la igualdad de hecho. La situación de la legislación puede cambiar y la Constitución vale no solo para la situación actual de la legislación. Como no es posible tener una visión de todos los casos posibles, la tesis de la no-existencia puede ser considerada sólo como

⁸³ C. Starck, "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", pág. 68, nota 84. Starck exige, en general, dar contenido a la máxima de la igualdad con la ayuda "de las prohibiciones de diferenciación y los mandatos de diferenciación, expresados directa o indirectamente en la Ley Fundamental" (loc. cit., pág. 64). En esto tiene razón. El problema reside en saber hasta qué punto pueden obtenerse de la Ley Fundamental con suficiente seguridad criterios suficientemente precisos.

⁸⁴ A. Podlech, *Gehalt und Funktionen*, págs. 220 ss.

una suposición que queda refutada tan pronto como se expone un caso en el que es aplicable y tiene prioridad el principio de la igualdad de hecho.

Como un caso tal puede considerarse el del mínimo vital⁸⁵. Sin una comparación no es posible determinar qué es lo que pertenece al mínimo vital constitucionalmente garantizado. Tal como lo enseña una mirada a la historia, el mínimo vital absoluto puede ser fijado a un nivel muy bajo. De lo que se trata bajo la Ley Fundamental, es el del mínimo vital relativo, es decir, aquello que debe ser considerado como tal bajo las condiciones imperantes en la República Federal de Alemania. Tomar como marco de referencia aquello que el legislador garantiza en cada caso significaría renunciar a una pauta jurídico-constitucional para aquello que el legislador tiene que garantizar. En tales casos, el concepto de la dignidad de la persona no ofrece una pauta racionalmente controlable. Pero, el principio de la igualdad de hecho ofrece una pauta racionalmente controlable de rango constitucional. Exige una orientación por el nivel de vida efectivamente existente y permite quedarse debajo de éste a la luz de los principios opuestos. Por cierto, de esta manera, todo se vuelve una cuestión de ponderación. Pero, esto no es, primero, algo insólito en cuestiones de derechos fundamentales y, segundo, las ponderaciones pueden llevarse a cabo razonablemente. Por ello, la máxima de la igualdad, que incluye la igualdad de hecho puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de la igualdad de hecho⁸⁶.

Podría objetarse que justamente este ejemplo muestra que es mejor adscribir la igualdad de hecho al principio del Estado social que a la máxima general de la igualdad. En favor de ello habla el hecho de que el principio de la igualdad de hecho puede, sin duda, ser visto también como un subprincipio del principio del Estado social. Sin embargo, el punto decisivo es que, a diferencia del principio de la igualdad de hecho, la cláusula del Estado social no es una disposición iusfundamental. Por ello, una adscripción exclusiva al principio del Estado social no ofrecería ni siquiera la posibilidad de la fundamentación iusfundamental de derechos subjetivos concretos a la igualdad de

⁸⁵ Cfr. al respecto, bajo el aspecto del derecho a prestaciones, *infra* Capítulo 9, I, 2.

⁸⁶ Aquí hay que tratar solo el principio de la igualdad de hecho. El análisis de los derechos fundamentales sociales habrá de mostrar que este principio puede actuar conjuntamente con el de la libertad de hecho; cfr. *infra* Capítulo 9, IV, 2.

hecho, cualquiera que sea su delimitación. Pero, como se ha expuesto, no existe ningún motivo para renunciar a esta posibilidad; al contrario.

Si se sigue el modelo aquí presentado, es posible, por una parte, mantener la división de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador, prevista por la Ley Fundamental, y tener en cuenta los numerosos principios que se oponen a la igualdad de hecho (especialmente la libertad negativa/igualdad *de iure*). Por otra parte, es posible en los casos en los que la relevancia de la igualdad de hecho es tan grande que todas las razones opuestas quedan desplazadas, otorgar un derecho definitivo concreto a la creación de una determinada igualdad de hecho. Todo esto calza sin contradicción en un modelo de un relativamente reducido grado de complejidad que, además, deja espacio para valoraciones bien diferentes.

VII. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD COMO DERECHOS SUBJETIVOS

Según Leibholz, los derechos subjetivos que resultan de la máxima general de igualdad, igual que los derechos de defensa, están dirigidos a omisiones, es decir, "a omisiones de perturbaciones arbitrarias de la igualdad *de iure*"⁸⁷. Por ello, la máxima general de igualdad es de "naturaleza negativa"⁸⁸. En contra de este paralelismo de los derechos de igualdad y libertad puede objetarse que a la máxima general de igualdad pueden adscribirse derechos que obviamente son derechos pertenecientes al status positivo. Un ejemplo al respecto lo ofrece la decisión sobre el dinero para la vivienda por parte de quienes reciben ayuda social⁸⁹. Esto da motivo para preguntarse acerca de la estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos.

Es posible distinguir tres tipos de derechos que resultan de la máxima general de igualdad: los derechos de igualdad definitivos abstractos, los derechos de igualdad definitivos concretos y los derechos de igualdad *prima facie* abstractos.

Dos son los *derechos de igualdad definitivos abstractos*: el derecho a la igualdad de tratamiento cuando no existe ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, y el derecho

⁸⁷ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, pág. 235.

⁸⁸ Ibídem, pág. 118.

⁸⁹ BVerfGE 27, 220 (230).

a ser tratado desigualmente cuando existe una razón suficiente para que esté ordenado un tratamiento desigual. A estos dos derechos corresponden las normas de tratamiento igual y desigual presentadas más arriba⁹⁰.

(7) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual;

(9) Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual⁹¹.

⁹⁰ Capítulo 8. IV.

⁹¹ La formulación de estas normas no permite reconocer una distinción entre supuesto de hecho (en sentido estricto) y cláusula restrictiva. Cabe preguntarse si es posible una construcción en la que pueda distinguirse entre tipo y cláusula restrictiva. Aquí se analizará sólo la norma de tratamiento igual (7). Para llegar a una norma que distinga entre tipo (T) y cláusula restrictiva (R) como condición positiva y negativa de la consecuencia jurídica (C), es decir, que responda al esquema $T \wedge \neg R \rightarrow C$, se ofrece la siguiente reformulación de (7): Si una medida estatal x es un tratamiento desigual y si no existe ninguna razón suficiente para la permisión de este tratamiento desigual, entonces está prohibida la realización de x . El tipo de esta norma es extremadamente amplio. Abarca toda diferenciación jurídica y, con ello, casi todas las medidas estatales. Sin embargo, éste no es un inconveniente. Si la máxima general de igualdad ha de ser una pauta con la que puede medirse la actuación total del estado con referencia a todos los pares de comparación, es inevitable esta amplitud, que responde a la amplitud del tipo del derecho general de libertad (cfr. supra, Capítulo 7, I. 1.1) y al sentido de la más arriba presentada teoría amplia del tipo (cfr. supra, Capítulo 6, II. 2.2). El núcleo de la cláusula restrictiva es el concepto de razón suficiente. Para exponer que algo tiene o no tiene la propiedad de ser una razón suficiente para una diferenciación, pueden aducirse argumentos muy diferentes. Esta argumentación puede ser estructurada dentro del marco del modelo de los principios que, como se expusiera más arriba (Capítulo 3, I. 8), implica la máxima de la proporcionalidad. Como razón para una diferenciación D se aducirá que D es un medio para la obtención del fin F . Para cualificar a esto como razón insuficiente, puede exponerse, entre otras cosas, (1) que D no es adecuada para la obtención de F , (2) que D no es necesaria para la obtención de F o (3) que D es, por cierto, adecuada y necesaria para la obtención de F y que la obtención de F sirve para la realización de un principio P_1 que entra en colisión con el de la igualdad de iure, pero que con respecto a F y D los principios P_2, \dots, P_n , a los cuales pertenece también la igualdad de iure, preceden al principio P_1 (proporcionalidad en sentido estricto). En esta evaluación hay que tener en cuenta el principio de la libertad de conformación del legislador. Según esta construcción, los problemas de la aplicación de la norma de tratamiento igual tienen que ser solucionados dentro del marco de la cláusula restrictiva. Kloepfer ha propuesto una construcción totalmente diferente. Según ella, el tipo de hecho no consiste simplemente en un tratamiento desigual, sino

Estos derechos abstractos conducen a derechos concretos muy diferentes. Con todo, es posible darles una *formulación* sobre cuya base se pueden catalogar como derechos de defensa. Al primero corresponde la obligación del Estado de omitir determinados tratamientos desiguales; al segundo, la obligación del Estado de omitir determinados tratamientos iguales. En vista de esta posibilidad de formulación, pero también teniendo sólo ésta en cuenta, es correcta la tesis del paralelismo de Leibholz. Sin embargo, una consideración más exacta de aquello que se esconde detrás de estas formulaciones obliga a dejarlas de lado.

Esto se muestra clarísimamente en los *derechos de igualdad definitivos concretos*. Al derecho a la "omisión de un tratamiento desigual" pueden adscribirse derechos de igualdad concretos, tanto del status negativo como del status positivo y del status activo. Si alguien —debido a una violación de la máxima de igualdad— es afectado por una prohibición, puede tener un derecho definitivo concreto basado en la máxima de igualdad, a la omisión de la intervención, es decir, un derecho de status negativo⁹². En este caso, la "omisión de un tratamiento desigual" es una acción negativa. Si, en cambio, alguien —como consecuencia de una violación de la máxima de igualdad— no es favorecido puede tener un derecho definitivo concreto basado en

de un tratamiento desigual de lo esencialmente igual. La cláusula restrictiva es llenada con la reserva restrictiva de la libertad de conformación legislativa. En una cláusula sobre la restricción de restricciones, se encuentra entonces la prohibición de arbitrariedad con la máxima de proporcionalidad (M. Kloepfer, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlin 1980, págs. 54 ss.). Contra esta construcción hay algo que objetar. El concepto de igualdad esencial en el tipo plantea ya un primer problema. Como ya se expusiera más arriba, por igualdad esencial tiene sentido entender sólo la igualdad valorativa. Pero, en el caso de la igualdad valorativa está ordenado siempre el tratamiento igual, de manera tal que las restricciones y las restricciones de las restricciones se vuelven superfluas. Además, parece inadecuado referir las restricciones sólo al principio formal de la libertad de configuración legislativa. La libertad de conformación legislativa en tanto tal no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. Al principio formal de la libertad de conformación legislativa tiene siempre que añadirse una razón que pueda apoyarse en un principio material. Por ello, los aspectos materiales no pueden nunca extraerse de la cláusula restrictiva y ser adscriptos a una cláusula sobre la restricción de restricciones sino que tienen que ser colocados en la cláusula restrictiva. Como ya se indicara más arriba, la "confusa mezcla de subsunción" temida por Kloepfer (loc. cit., pág. 56) puede ser evitada a través de una estructuración de la argumentación en pro y en contra de la existencia de una razón suficiente.

⁹² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 21, 292 (301 ss.).

la máxima de igualdad a ser favorecido, es decir, un derecho de *status positivo*⁹³. En este caso, la "omisión de un tratamiento desigual" consiste en un hecho positivo. Si —en violación de la máxima de igualdad— a alguien no se le concede la competencia de la participación en la formación de la voluntad política, puede tener un derecho concreto de *status activo* basado en la máxima de igualdad. Que en los tres casos el afectado por una violación de la máxima de igualdad sólo *puede tener un derecho de igualdad definitivo* concreto resulta del hecho de que, a menudo, la violación del derecho de igualdad definitivo abstracto es evitable de muy diversas maneras. Un ejemplo al respecto es la alternativa: no realización de la intervención que viola la máxima de igualdad o su extensión a todos los sujetos jurídicos esencialmente iguales, cuyo primer miembro es una omisión y su segundo miembro un acto positivo. Aquí no es necesario preguntarse cómo han de ser catalogados, desde el punto de vista de la teoría del *status*, los derechos a la realización de un miembro de este tipo de alternativa⁹⁴. Basta constatar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal muestra que, por lo menos, hay algunos casos en los cuales la máxima general de igualdad garantiza derechos que no son derechos del *status negativo*.

Este cuadro obtiene un mayor refinamiento si se consideran los *derechos de igualdad prima facie abstractos* de los cuales —al igual que en el caso de los principios definitivos abstractos— hay dos. Uno de ellos responde al principio de la igualdad de *iure*: el otro, al de la igualdad fáctica. El derecho *prima facie* a la igualdad de *iure* puede ser formulado como derecho *prima facie* a la omisión de tratamientos desiguales; en cambio, el derecho *prima facie* a la igualdad fáctica es un derecho *prima facie* a acciones positivas del Estado.

Son posibles muchas otras diferenciaciones y precisiones. Sin embargo, estas breves observaciones bastan para mostrar lo que aquí interesa: es insuficiente interpretar el artículo 3 párrafo 1 LF en el sentido de un derecho del *status negativo*; más bien, a esta disposición iusfundamental hay que adscribir un haz de derechos subjetivos de estructura sumamente diferente. Sólo este haz define el derecho fundamental del artículo 3, párrafo 1 como un todo⁹⁵.

⁹³ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 27, 220 (230).

⁹⁴ Cfr. al respecto, M. Sachs, "Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte" en *DÖV* 1984, págs. 414 ss.

⁹⁵ Con respecto al concepto del derecho fundamental como un todo, cfr. supra, Capítulo 4. III.

Capítulo noveno

Derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio)

I. CONCEPTOS BASICOS Y CONCEPCION BASICA

De acuerdo con la interpretación liberal clásica¹, los derechos fundamentales "están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente a Estado"². Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones *negativas* (omisiones) del Estado³. Pertenecen al *status negativo* en sentido amplio⁴. Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluidas en el *status positivo* en sentido estricto⁵. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de si y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse⁶ normas que confieren derechos a prestaciones

¹ Cfr. al respecto, C. Schmitt, *Verfassungslehre*, págs. 163 ss.

² BVerfGE 7, 198 (204).

³ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.1.1.1.

⁴ Con respecto a esta calificación, cfr. supra, Capítulo 5. I. 3.

⁵ Ibídem.

⁶ Con respecto al concepto de adscripción, cfr. supra, Capítulo 2. II. 2.

en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente se discuten los llamados **derechos fundamentales sociales**, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación. Habrá de mostrarse que efectivamente estos derechos constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado "derecho a prestaciones", pero no agotan su ámbito.

1. El texto constitucional y su génesis

La Ley Fundamental es muy cautelosa por lo que respecta a la formulación de los derechos a prestaciones. En este sentido, se diferencia claramente de una serie de Constituciones de los Estados federados en las cuales, a más de los derechos de defensa clásicos, se encuentran derechos tales como el derecho al trabajo⁷, a la vivienda⁸, a la subsistencia en caso de penuria⁹, a la educación¹⁰ y a la cogestión^{11, 12} como así también de numerosas Constituciones de otros países¹³. Si uno se orienta tan sólo por el texto de la Ley Fundamental, como formulación explícita de un derecho social fundamental en el sentido de un derecho *subjetivo* a una prestación, se encuentra sólo el

⁷ Art. 166 de la Constitución de Baviera; art. 12 de la Constitución de Berlín; art. 28 de la Constitución de Hessen; art. 24 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; art. 53 de la Constitución de Renania-Palatinado; art. 45 de la Constitución del Sarre.

⁸ Art. 106 de la Constitución de Baviera; art. 19 de la Constitución de Berlín; art. 28 de la Constitución de Hesse.

⁹ Art. 168 de la Constitución de Baviera; art. 14 de la Constitución de Berlín; art. 58 de la Constitución de Bremen; art. 28 de la Constitución de Hesse.

¹⁰ Art. 11 de la Constitución de Baden-Wurtemberg; art. 128 de la Constitución de Baviera; art. 8 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia.

¹¹ Art. 175 de la Constitución de Baviera; art. 17 de la Constitución de Berlín; art. 47 de la Constitución de Bremen; art. 37 de la Constitución de Hesse; art. 26 de la Constitución de Renania del Norte; art. 67 de la Constitución de Renania-Palatinado.

¹² Cfr. al respecto H. F. Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, Munich/Viena 1968, págs. 11 ss.

¹³ Catálogos de derechos a acciones positivas del Estado se encuentran tanto en Constituciones de países industriales occidentales (cfr. la Constitución de Italia del 27.12.1947) como en Constituciones de Estados socialistas (cfr. la Constitución de la RDA del 6.4.1968) y en Constituciones de países del Tercer Mundo (cfr. la Constitución de la India del 26.11.1949).

derecho de la madre a la protección y asistencia por parte de la comunidad (artículo 6 párrafo 4 LF)¹⁴. Por ello, una interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental como derechos a prestaciones que intente enraizar en el nivel constitucional los derechos subjetivos a prestaciones tiene que adscribir tales normas a disposiciones que no expresan normas que confieren derechos subjetivos a prestaciones.

Naturalmente, el hecho de que el legislador constitucional haya renunciado deliberadamente a la formulación de normas que confieren derechos subjetivos a prestaciones¹⁵ es sólo un lado de la cuestión. El otro es que en la Ley Fundamental se encuentra una serie de puntos de apoyo *objetivamente* formulados para una interpretación que postula derechos a prestaciones. En primer lugar, cabe mencionar la "obligación de todo poder público" a "proteger" la dignidad de la persona (artículo 1 párrafo 1 frase 2, 2 LF) y la cláusula del Estado social (artículos 20 párrafo 1, 28 párrafo 1 frase 1 LF). Además, merecen ser mencionados la protección del matrimonio y la familia (artículo 6 párrafo 1 LF), como así también el mandato constitucional de equiparación jurídica de los hijos ilegítimos (artículo 6 párrafo 5 LF). Sin embargo, estas disposiciones —de la misma manera que el hecho de que la máxima general de igualdad puede fundamentar derechos derivados a prestaciones y, además, puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad fáctica, que en casos especiales puede fundamentar también derechos originarios a prestaciones¹⁶— no puede ocultar el hecho de que la Ley Fundamental, desde el punto de vista de su *texto* y de su *génesis*, tiene primariamente el carácter de una Constitución burguesa y de Estado de derecho orientada hacia los derechos de defensa.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

Esto no ha podido frenar el debate acerca de los derechos a prestaciones en la Ley Fundamental. Esta discusión recibió impulsos esen-

¹⁴ Cfr. BVerfGE 55, 154 (157 s.).

¹⁵ Cfr. JöR N.F. 1 (1951), págs. 54 ss. 94; H. von Mangoldt, "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes" en AöR 75 (1949), págs. 275 s.; W. Weber, "Die verfassungsgerechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen" en Der Staat 4 (1965), págs. 411 ss.

¹⁶ Cfr. supra, Capítulo 8. VI. 3.

ciales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no sólo se habla —como suele suceder— de obligaciones objetivas del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas. Cabe mencionar especialmente tres decisiones: la decisión de asistencia social del año 1951, el primer fallo sobre el *numerus clausus* y el fallo sobre la Ley introductoria a una ley de escuela superior integrada en Baja Sajonia.

Cautelosa y ambiguamente se expresa el Tribunal en el fallo sobre la asistencia social. Primeramente se dice que el artículo 1 párrafo 1 LF no obliga al Estado a proteger frente a la penuria material y que el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF no confiere al individuo ningún derecho fundamental a una asistencia adecuada por parte del Estado. Pero, luego, el Tribunal subraya que con ello no se dice que el "individuo no tenga ningún derecho constitucional a la asistencia social". Ciertamente, al deber del legislador de "realización del Estado social" no corresponden, en general, derechos subjetivos pero si "el legislador omite arbitrariamente, es decir, sin razón objetiva, el cumplimiento de este deber, podría surgir de aquí un derecho del individuo que puede ser reclamado a través de un recurso de inconstitucionalidad"¹⁷. Un claro paso más allá de esto lo dio el Tribunal en una decisión del año 1975. Allí se dice: "Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social. Necesariamente, esto incluye la asistencia social a los conciudadanos que, a raíz de dolencias físicas o mentales, están impedidos de desarrollarse personal y socialmente y no pueden asumir por sí mismos su subsistencia. En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna [...]"¹⁸. Si se toman ambas decisiones conjuntamente, no puede haber ninguna duda de que el Tribunal Constitucional Federal¹⁹ parte de un derecho fundamental a un mínimo vital. En este sentido, coincide con la jurisprudencia permanente del Tribunal Administrativo Federal²⁰ y con la opinión dominante en la literatura²¹. Por ello, puede decirse que existe, por lo

¹⁷ BVerfGE 1, 97 (104 s.).

¹⁸ BVerfGE 40, 121 (133).

¹⁹ BVerfGE 1, 159 (161 s.); 5, 27 (31); 27, 58 (63); 52, 339 (346).

²⁰ Cfr., por ejemplo, G. Dürig, "Das Grundrechtssatz von der Menschenwürde", pág. 131 s.; del mismo autor en Maunz Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 1, párrafo 1, observación al margen 43 s., artículo 2 párrafo 2, observación al margen 27; J. M.

menos, un derecho social fundamental tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales. Se ha observado que sería "perder el tiempo querer zanjar con estos ejemplos cuestiones dogmáticas controvertidas"²¹. Si con esto se quiere decir que el derecho a un mínimo vital no tiene interés dogmático, ello no es aceptable. En modo alguno es obvio que exista coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina con respecto a la ubicación a nivel constitucional de un derecho subjetivo a un mínimo vital bajo una Constitución que no lo formula expresamente. Desde luego, sería falaz inferir de este derecho a una prestación derechos a otras prestaciones. El que exista *un* derecho a una prestación que es correctamente adscripto a disposiciones iusfundamentales significa, por cierto, que es falsa la tesis según la cual *ningún* derecho a prestaciones puede ser adscripto a disposiciones iusfundamentales; pero, de esto solo no se infiere que algún *otro* derecho a prestaciones pueda correctamente ser adscripto a esas disposiciones.

Con el segundo ejemplo, el del primer fallo sobre el *numerus clausus*, se ingresa en un terreno sumamente controvertido²². En este fallo, el Tribunal distingue entre dos derechos: un derecho, como él dice, a "participar" en las instituciones educativas existentes y un derecho a la creación de nuevas plazas de estudios. Veamos, por lo pronto, el primero. El Tribunal fundamenta este derecho en la máxima de igualdad conjuntamente con el artículo 12 párrafo 1 LF y el principio del Estado social y en la constatación de que el Estado pretende un "monopolio fáctico, que no puede ser cedido arbitrariamente" a la formación en profesiones universitarias que, "al mismo tiempo, es un presupuesto necesario para la realización de derechos fundamenta-

Wintrich, *Zur Problematik der Grundrechte*, Colonia/Opladen 1957, pág. 19; C. Starck, "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichung" en *Festg. aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, edición a cargo de C. Starck, tomo 2, Tübinga 1976, pág. 522; R. Breuer, "Grundrechte als Anspruchsnormen", págs. 95 ss.

²¹ H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 90 (nota 73), refiriéndose a G. Dürig en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 2, párrafo 2, observación al margen 26.

²² Cfr. la lista bibliográfica preparada por el propio Tribunal Constitucional Federal en BVerfGE 43, 291 (314 s.), como así también F. Ossenbühl, "Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" en *NJW* 1976, págs. 2104 s.; R. Breuer, "Grundrechte als Anspruchsnormen", pág. 112; G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Taunus 1980, págs. 10 ss.

les”²³. Para la teoría de los derechos a prestaciones es importante, por lo pronto, el hecho de que a la tríada de disposiciones de la Ley Fundamental, en la que se apoya el Tribunal, pertenece —con el artículo 12 párrafo 1 LF— la formulación de un derecho de libertad, que también tiene que ser incluido para poder fundamentar el resultado de la decisión. Sin referencia a la libertad de elección de los centros educativos y de la profesión, faltaría una pieza importante para la fundamentación del mandato de una utilización exhaustiva de las posibilidades educativas²⁴. Tomada en sí misma, la máxima de igualdad es —en todo caso en la interpretación como prohibición de arbitrariedad— compatible con una utilización de las posibilidades por debajo del nivel de exhaustividad²⁵. El derecho a la libre elección de los centros educativos y de la profesión tiene, por lo tanto, un peso decisivo frente a los argumentos que pueden ser presentados para la justificación de un tal tratamiento desigual, por ejemplo, frente a los argumentos de efectividad. Con respecto al principio del Estado social, hay que poner en duda si, tomado en sí mismo o combinado sólo con la máxima de igualdad, confiere un derecho a la formación universitaria. Por ello, el hecho de que, en su fundamentación, el Tribunal haga uso de un derecho de libertad es muy importante ya que ello presupone que el derecho de libertad no es interpretado exclusivamente como derecho de defensa. En tanto tal, no podría contribuir en nada para la fundamentación. Sólo puede convertirse en una parte substancial de la fundamentación si es referido a los “presupuestos necesarios para la realización” del derecho de libertad²⁶, es decir, si es interpretado en el sentido de la garantía de una porción de libertad fáctica, algo que el Tribunal fundamenta, entre otras, con las siguientes palabras²⁷: “el derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto real de poder recurrir a él”. Pero, con esto, se ha abierto una nueva dimensión en la fundamentación de los derechos adscriptos.

²³ BVerfGE 33, 303 (331 s.).

²⁴ BVerfGE 33, 303 (338); reforzadamente BVerfGE 43, 291 (326).

²⁵ Cfr. para más detalles, R. Breuer, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, págs. 115 ss.; G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, pág. 25. No es posible aceptar la concepción según la cual hubiese bastado una invocación de la máxima general de igualdad (cfr. E. Friesenhahn, “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses”, pag. G 32; F. Ossebühl, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts”, pag. 2104).

²⁶ BVerfGE 33, 303 (337).

²⁷ BVerfGE 33, 303 (331).

Con respecto al derecho a la participación en las posibilidades educativas existentes, las consecuencias se mantienen dentro de un cierto marco. El asunto se vuelve más interesante cuando se trata del derecho a la creación de nuevas plazas de estudios. En su fallo del 8.2.1977²⁸, el Tribunal distingue, más claramente que en el primer fallo sobre el *numerus clausus*, entre “el derecho constitucionalmente garantizado del ciudadano que satisface las condiciones subjetivas de admisión (‘bachillerato’) a ser admitido en el estudio universitario de su elección”, que se encuentra “bajo la reserva de lo posible, en el sentido de aquello que el individuo puede esperar razonablemente de la sociedad”²⁹ y una concreta “pretensión individual, demandable judicialmente por parte del ciudadano, a la ampliación de las posibilidades de formación”³⁰. A la luz de la teoría de los principios, el primer derecho es fácilmente reconocible como derecho *prima facie* que se convierte en un derecho definitivo sólo cuando los principios opuestos no exigen otra cosa³¹. El Tribunal expresa esto correctamente cuando dice que a todo ciudadano que haya aprobado el bachillerato le corresponde “en sí”, es decir, antes de tomar en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas en sentido estricto, un derecho a ser admitido en el estudio de su elección³². En cambio, el segundo derecho tiene el carácter de un derecho *definitivo*. El Tribunal deja expresamente abierta la cuestión de “si y bajo cuáles presupuestos” el derecho *prima facie* puede convertirse en un derecho definitivo³³. Pero, al sostener la existencia del derecho *prima facie* y no excluir la posibilidad de aquel derecho definitivo, ha abierto ejemplarmente la puerta a la adscripción de derechos a prestaciones.

Un carácter totalmente distinto tiene el derecho subjetivo a medidas estatales de tipo organizativo, que en el fallo sobre la enseñanza universitaria es adscripto al artículo 5 párrafo 3 LF. Allí se dice: “Al titular individual del derecho fundamental del artículo 5 párrafo 3 LF, en virtud de la decisión valorativa, le surge un derecho a aquellas medidas estatales, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado iusfundamentalmente porque son las que le posibilitan una libre actividad

²⁸ BVerfGE 43, 291.

²⁹ BVerfGE 43, 291 (313 s.); por primera vez, BVerfGE 33, 303 (333).

³⁰ BVerfGE 43, 291 (315); 33, 303 (333).

³¹ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 6.

³² BVerfGE 43, 291 (315).

³³ BVerfGE 43, 291 (315, 325); 33, 303 (333).

científica. Si tal no fuera el caso, se eliminaría en gran medida el efecto protector de la norma básica de decisión valorativa. Esta capacidad del titular individual del derecho fundamental en el sentido de poder imponer frente al poder público la norma básica de decisión valorativa, pertenece al contenido del derecho fundamental individual cuya efectividad queda así reforzada”³⁴. El derecho a medidas estatales de tipo organizativo es un derecho a la formulación de determinadas normas jurídicas. De esta manera, entra un nuevo aspecto en la órbita de los derechos a prestaciones: el derecho a prestaciones normativas³⁵.

3. El carácter de la polémica sobre los derechos a prestaciones

Con las tres decisiones aquí presentadas no se agotan en modo alguno las manifestaciones del Tribunal Constitucional Federal con respecto al derecho a prestaciones. Pero, ponen ya de manifiesto que su jurisprudencia ofrece puntos de apoyo para la discusión sobre los derechos a prestaciones en la Ley Fundamental mucho más ricos que los que suministran el texto y la génesis de la Ley Fundamental. Si se incluye al Tribunal entre los participantes en esta discusión, puede decirse que ocupa una posición intermedia en el espectro de opiniones que se extiende desde un amplio rechazo: “Los derechos fundamentales no (pueden) ser ambas cosas [...]: derechos a una acción estatal y a su negación”³⁶, hasta su aceptación amplia: “En una sociedad industrial sumamente compleja, los derechos fundamentales son derechos de participación o no existen”³⁷.

La polémica sobre los derechos a prestaciones está caracterizada por diferencias de opinión sobre el carácter y tareas del Estado, del derecho y de la Constitución, inclusive los derechos fundamentales³⁸, como así también sobre la evaluación de la situación actual de la sociedad. Como en ella, entre otras cosas, se trata de problemas de

³⁴ BVerfGE 35, 79 (116). Con respecto a la crítica al reconocimiento de un derecho subjetivo tal, cfr. sobre todo el voto en disidencia de los jueces Simon y Rupp von Brünneck, BVerfGE 35, 148 (155).

³⁵ Cfr. supra, Capítulo 4, II, 1.1.2.

³⁶ H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 65.

³⁷ H. Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtslehre*, Berlín 1975, pág. 216.

³⁸ Cfr. P. Badura, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland” en *Der Staat* 14 (1975), pág. 17.

redistribución, su “explosividad política”³⁹ es obvia. En ningún otro ámbito es tan clara la conexión entre el resultado jurídico y las valoraciones generales prácticas o políticas; en ningún otro ámbito se discute tan tenazmente. Es sintomático que en esta situación se hable —con intención crítica o positiva— del “cambio de la comprensión del derecho fundamental”⁴⁰ y se pida “desdemonizar, desideologizar y desemotivizar el concepto de los derechos fundamentales sociales”⁴¹. A esto se suma una segunda característica. El acuerdo en la polémica sobre los derechos a prestaciones se ve dificultado no sólo por concepciones básicas de diferente contenido, sino también por confusiones conceptuales y dogmáticas básicas que encuentran su expresión en la frecuentemente lamentada confusión terminológica.

Por lo que respecta al problema conceptual/terminológico, las reflexiones que aquí hay que presentar se llevarán a cabo dentro del marco de una triple división de los derechos a prestaciones y, por lo que respecta al problema de la existencia y contenido de los derechos a prestaciones, se realizarán sobre la base de una idea rectora, formal. Ambos puntos serán considerados a continuación.

4. Concepto y división de los derechos a prestaciones

Como ya se señalara, el concepto de derecho a prestaciones será entendido aquí en un sentido amplio. Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a un acto negativo, es decir, a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes. Este concepto del derecho

³⁹ Cfr. W. Schmidt, “Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland” en *Der Staat*, Beiheft 5 (1981), pág. 12.

⁴⁰ Cfr., por ejemplo, E. Friesenhahn, “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses”, págs. G 1 ss.; P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, 2a edición, Berlín 1975; H. H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte” en *AöR* 101 (1976), págs. 161 ss.

⁴¹ L. Wildhaber, “Soziale Grundrechte” en P. Saladin/L. Wildhaber (comps.), *Gedenkschr. f. M. Imboden*, Basilea/Stuttgart 1972, pág. 390.

a prestaciones es más amplio que el habitual⁴². Por lo general, con la expresión "derecho a prestaciones" se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrarse en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas. Sin embargo, hay dos razones de peso en favor de la extensión del concepto de derecho a prestaciones, más allá de derechos de este tipo a prestaciones fácticas, a prestaciones normativas⁴³, tales como la protección a través de normas del derecho penal o el dictado de normas de organización y procedimentales⁴⁴.

La primera razón es que en muchos de los llamados derechos fundamentales sociales, que pueden ser considerados como típicos derechos a prestaciones, se trata de un haz de posiciones que apuntan, en parte a prestaciones fácticas y, en parte, a prestaciones normativas. Esto se ve con especial claridad en el muy discutido derecho fundamental ambiental⁴⁵ que no pocas veces es clasificado como derecho social fundamental o colocado en su vecindad⁴⁶. Cuando se ven las cosas más de cerca, resulta que un derecho tal —sin que importe el que se lo quiera introducir en el catálogo de los derechos fundamentales como un nuevo derecho fundamental o se lo adscriba a las ya existentes disposiciones iusfundamentales— posee una estructura de

⁴² Esto no significa que la versión amplia sea totalmente inútil. Así, por ejemplo, R. Scholz, "Nichtraucher contra Raucher" en *Jus* 1976, pág. 234, habla de "una prestación estatal bajo la forma de una intervención soberana en contra de terceros en tanto perturbadores (potenciales)". Con respecto a una propuesta de una versión correspondientemente amplia del concepto de prestación en el derecho administrativo, cfr. E. Becker, "Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung" en *VVDSiRL* 14 (1956), pág. 109; G. Beinhardt, "Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung" en *DVB* 1961, págs. 612 s.

⁴³ Con respecto a los conceptos de prestación fáctica y prestación normativa, cfr. supra. Capítulo 4. II. 1.1.2.

⁴⁴ En última instancia, se trata, al igual que en todas las cuestiones terminológicas, de una cuestión de funcionalidad; cfr. H. J. Wolff O. Bachof, *Verwaltungsrecht* III, 4a edición, Munich 1978, pág. 181.

⁴⁵ Cfr., por ejemplo, D. Rauschning, "Staatsaufgabe Umweltschutz" en *VVDSiRL* 38 (1980), págs. 167 ss., con más bibliografía.

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübinga 1971, pág. 12; L. Wildhaber, "Soziale Grundrechte", pág. 375; H. H. Klein, "Ein Grundrecht auf saubere Umwelt" en H. Schneider V. Götz (comps.), *Fsch. f. W. Weber*, Berlin 1974, pag. 654; P. Badura, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte", pag. 23.

un tipo totalmente distinto a la de, por ejemplo, el derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en un simple derecho a prestaciones fácticas. Un derecho fundamental ambiental responde más bien a aquello que más arriba fue llamado "derecho fundamental como un todo"⁴⁷. Está constituido por un haz de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica)⁴⁸. Además, en las posiciones propuestas o sostenidas puede tratarse de derechos *prima facie* o de derechos definitivos. Análogamente, vale lo mismo para otros derechos analizados bajo la rúbrica "derechos fundamentales sociales". Así, es significativo que Brunner hable de un "derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales, tales como la libre elección de la profesión, los derechos a un puesto de trabajo, a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (mujeres, adolescentes), al descanso, a un subsidio por desempleo, el derecho de coalición y de huelga, como así también el derecho de cogestión"⁴⁹. Aun cuando de esta enumeración se eliminen los derechos de defensa, quedan cosas estructuralmente muy heterogéneas. Para poder aprehenderlo totalmente y contraponerlo sistemáticamente al derecho de defensa, es aconsejable utilizar un concepto amplio del derecho a prestaciones.

La segunda razón es que los derechos a acciones positivas comparten problemas que no pesan en absoluto o no pesan con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tiene que perseguir. En

⁴⁷ Capítulo 4. III.

⁴⁸ Con respecto a la compleja estructura de un derecho a la protección ambiental, cfr. H. Steiger, *Mensch und Umwelt*, Berlin 1975, págs. 40 ss.

⁴⁹ G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, pág. 11.

cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y se debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos. Bajo una Constitución que somete los derechos constitucionales a un control amplio de un Tribunal Constitucional, éste es esencialmente un problema de distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal, por una parte, y el legislador, por otra. La participación de todos los derechos a acciones positivas del Estado en este problema es una razón decisiva para resumirlos en un grupo bajo la expresión "derechos a prestaciones". Los derechos a prestaciones fácticas, es decir, a prestaciones que también podrían proporcionar los particulares, constituyen, pues, sólo un sector de los derechos a prestaciones. Cuando ello sea relevante, se hablará de "derechos a prestaciones en sentido estricto" y de "derechos a prestaciones en sentido amplio".

Los derechos a prestaciones (en sentido amplio) pueden ser divididos en tres grupos: (1) derechos a protección, (2) derechos a organización y procedimiento y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto. Dentro del marco del análisis de los derechos de los distintos grupos, se llevará a cabo una explicación de esta división, como así también un refinamiento de la misma.

Los derechos del tipo indicado son derechos fundamentales a prestaciones sólo si se trata de derechos *subjetivos y constitucionales*. En tanto tales, tienen que ser distinguidos, por una parte, de los derechos subjetivos no constitucionales y, por otra, de las normas que no confieren derechos subjetivos y, en este sentido, pueden ser llamados "objetivos". Los derechos subjetivos no constitucionales pueden ser o bien derechos subjetivos otorgados por el derecho subconstitucional o derechos morales, que no se basan en normas jurídicas sino morales. En el caso de las normas que no confieren ningún derecho subjetivo, puede tratarse o bien de normas constitucionales o bien de normas del derecho ordinario o de normas morales. Justamente la discusión acerca de los derechos a prestaciones, especialmente sobre los derechos fundamentales sociales, ofrece motivos para subrayar estas diferencias. No pocas veces son diluidas a costa de la claridad y la coherencia de la argumentación. El subrayar las diferencias no significa que entre ellas no exista ninguna conexión. Justamente porque las conexiones son estrechas, es necesario aclarar lo más posible las dife-

rencias. Las conexiones consisten, sobre todo, en el hecho de que, debido al contenido moral de las normas de derecho fundamental constatable en general, no queda excluida la posibilidad de adscribir interpretativamente a las disposiciones *iufundamentales* derechos morales que hasta ahora no habían sido reconocidos como constitucionales, como así también en el hecho de que toda norma objetiva ventajosa para un sujeto jurídico es, en principio, un candidato para una subjetivización.

En tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si un titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a *a* el deber de realizar *h*⁵⁰. Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho. Esto vale en virtud del artículo 19 párrafo 4 frase 1 LF sobre la base del derecho constitucional positivo. Esta imponibilidad —a la que Wolff califica de "perfecta"⁵¹— es compatible sin más con el hecho de que los derechos a prestaciones, como así también los derechos de defensa, tengan un carácter *prima facie*, es decir, carácter de principios. El derecho a hacer u omitir lo que se quiera no es un derecho de un grado menor de vigencia y de imposición porque en gran medida el individuo no pueda finalmente, es decir, definitivamente, hacer u omitir lo que quiera. En tanto derecho *prima facie*, es más bien un derecho que necesariamente es restringible.

Si a las normas que confieren derechos *prima facie* se las dota de cláusulas restrictivas, adquieren el carácter de normas que ciertamente —sobre todo a través de ponderaciones— necesitan ser concretadas, pero confieren derechos definitivos⁵². Si el supuesto de hecho es satisfecho y la cláusula restrictiva no está satisfecha, el titular tiene un derecho definitivo. Por lo tanto, el carácter de principio y la imponibilidad perfecta son conciliables. Esto vale tanto para los derechos de defensa como para los derechos a prestaciones.

⁵⁰ Con respecto a la equivalencia entre *RaeG* y *OeaG*, cfr. supra, Capítulo 4, II, 1.2.1.

⁵¹ H. J. Wolff O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I, 40 (pág. 295).

⁵² Cfr. supra, Capítulo 3, II, 3.3.

5. Idea rectora

En favor y en contra de la adscripción de derechos a prestaciones e las disposiciones iusfundamentales pueden aducirse numerosos y muy distintos argumentos. Es aconsejable analizarlos desde un punto de vista rector. Como punto de vista rector o como idea rectora resulta adecuada una concepción formal de los derechos fundamentales que puede ser expresada de la siguiente manera: los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria. Esta frase es susceptible de múltiples precisiones. Una de ellas debe ser realizada de inmediato. Se trata aquí de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, es decir, de posiciones que son tan importantes desde el punto de vista del derecho constitucional que su otorgamiento o denegación no pueden quedar librados a la simple mayoría parlamentaria. Por ello: los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no pueden quedar librados a la simple mayoría parlamentaria.

La concepción formal de los derechos fundamentales expresa un problema esencial de los derechos fundamentales en un Estado democrático. Las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan al legislador, establecen lo que debe y lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia⁵³. En este sentido, se produce necesariamente una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales⁵⁴. El que, por otra parte, el principio de la democracia exija la existencia de una serie de derechos fundamentales (por ejemplo, derecho electoral, libertad de opinión), no altera en nada esta colisión sino que muestra que el principio de la democracia tiene que ser dividido en varios subprincipios que pueden entrar en colisión recíproca lo que, dicho sea de paso, constituye el fundamento teórico-normativo de la llamada paradoja de la democracia⁵⁵, que apunta al viejo problema de la elimi-

⁵³ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 3.6.2.

⁵⁴ Cfr. BVerfGE 56, 54 (81).

⁵⁵ Cfr. al respecto, K. R. Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, tomo 1, 2^a edición, Berna/Múnich 1970, págs. 173, 360; H. Steinberger, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, Berlín/Heidelberg/Nueva York 1974, págs. 196 ss.

nación democrática de la democracia. La necesaria colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales implica que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democráticamente y directamente como así también responsable —en el sentido de la destituir la electoralidad electoral— y el Tribunal Constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituible electoralmente es un problema insoslayable y permanente. Ely ha llamado correctamente a su solución una “tricky task”⁵⁶.

La formulación de la concepción formal del derecho fundamental toma en cuenta estas colisiones y problemas de competencia. La importancia que, desde el punto de vista del derecho constitucional, debe tener una posición, a fin de que pueda ser cualificada como iusfundamental, no es una importancia en sí misma sino una importancia relativa a los principios que hablan a favor o en contra de su cualificación como iusfundamental. Entre estos principios se encuentra siempre, por lo menos, un principio iusfundamental que habla en favor del aseguramiento iusfundamental de la posición y siempre un principio de la democracia que habla en favor de mantener una competencia lo más amplia posible del legislador democráticamente legitimado. Si todo lo que es importante para el individuo en la vida política estuviera ya determinado iusfundamentalmente, al legislador sólo le quedaría la posibilidad de decidir sobre cuestiones insignificantes. Pero, el principio de la democracia exige justamente que el legislador decida sobre lo importante. Por ello, el hecho de que en el caso de los derechos a prestaciones se trate de algo importante —lo que, por lo demás, no es discutido por quienes rechazan su clasificación como derechos constitucionales— no es razón suficiente para conferirles el rango de derechos fundamentales. La cuestión es si y en qué medida, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes como para que la decisión acerca de ellos no pueda quedar en manos de la mayoría parlamentaria.

La concepción de derecho fundamental presentada tiene un carácter formal. Con ella pueden estar de acuerdo representantes de concepciones materiales totalmente diferentes. Quien la acepta y rechaza derechos constitucionales a prestaciones presupone que ellos no son tan importantes como para que su decisión no pueda quedar en manos

⁵⁶ J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, págs. 7 s.

de la mayoría parlamentaria. Quien la aprueba y afirma ampliamente el carácter constitucional de los derechos a prestaciones presupone lo inverso.

Puede objetarse que todo esto dice poco porque la concepción que apunta a la importancia es inadecuada. Lo que contaría sería no sólo la importancia relativa sino, además y decisivamente, la necesidad real de su ubicación en el derecho constitucional. Los derechos de libertad estarían siempre en peligro y, por ello, sería necesaria su ubicación en la Constitución en tanto derechos perfectamente imponibles. En cambio, el Estado industrial democrático estaría caracterizado por una tendencia a cada vez más prestaciones estatales. En él, los derechos a prestaciones no correrían peligro alguno. Por más importantes que puedan ser, no existiría ninguna necesidad de enraizarlos en la Constitución. La debilidad de este argumento reside en el hecho de que la realización de un derecho no dice nada acerca de su existencia. También un derecho fundamental realizado en cada situación y en cada respecto tiene una importancia sistémica. Quien desee trazar un cuadro completo de los derechos fundamentales no puede excluirlo tan sólo porque esté satisfecho. Como, a menudo, la satisfacción de un derecho fundamental cuesta algo de no satisfacción de otro derecho fundamental, el derecho fundamental satisfecho sigue siendo importante como razón jurídico-constitucional para la justificación de tales no satisfacciones. Pero, sobre todo, vale el hecho de que de la satisfacción de un derecho en el pasado y en el presente no puede inferirse su satisfacción en el futuro. Si no existiera ningún derecho fundamental, el legislador tendría una porción de libertad y competencia que no tendría si existiera. Como nadie conoce al futuro legislador y las circunstancias bajo las cuales habrá de actuar, nadie puede estar seguro de que —a diferencia de lo sucedido en el pasado y de lo que sucede en el presente— no hará de aquellas libertades y competencias, un uso desfavorable para el individuo.

Con la misma rapidez con que surge puede ser eliminada la objeción según la cual el concepto de importancia en la fórmula presentada es totalmente impreciso. Esta no es una deficiencia de la fórmula sino la condición de su aptitud como idea rectora. La concepción formal tiene que y puede ser llenada con concepciones materiales.

La concepción presentada es una concepción básica *formal* amplia. A su lado puede colocarse una concepción *material* amplia. Bajo la Ley Fundamental, esta concepción material amplia está determina-

da por el concepto de la dignidad de la persona⁵⁷. Casi no vale la pena mencionar que ni de la concepción formal ni de la material por sí sola, ni de su mera combinación, pueden inferirse enunciados concretos iusfundamentales. Tanto la dación de contenido a lo formal como la explicación de la concepción material básica son tareas de la argumentación substancial del derecho constitucional. Aquí interesa sólo la importancia de la concepción formal básica. Ella consiste en que toda concepción material de los derechos a prestaciones incluye una respuesta a la cuestión de saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, las posiciones de derechos a prestaciones que se tienen en mira son tan importantes que no pueden ser confiadas a la simple mayoría. Dentro del marco de este cuestionamiento es relevante la concepción material básica.

La concepción formal subyace a todos los derechos fundamentales. Debido a su carácter controvertido, tiene especial importancia para los derechos a prestaciones. Sobre su base, puede formularse el siguiente enunciado general acerca de los derechos a prestaciones:

(P) Sobre la base de normas iusfundamentales, cada cual se encuentra en las posiciones de derechos a prestaciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

Este enunciado es expresión de un *derecho general a prestaciones*.

II. DERECHOS A PROTECCIÓN

1. El concepto del derecho a protección

Por "derechos a protección" habrán de entenderse aquí los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Los derechos a protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro se extiende desde la protección frente a acciones de homicidio del tipo clásico

⁵⁷ De la jurisprudencia se mencionara aquí tan sólo BVerfGE 5, 85 (204) y de la bibliografía G. Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", pág. 119.

hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son bienes posibles de protección, sino todo aquello que, desde aspectos iusfundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos variadas son las formas posibles de protección. Ellas abarcan, por ejemplo, la protección a través de normas del derecho penal, de normas del derecho procesal, de acciones administrativas y de la actuación fáctica. Lo común detrás de esta variedad es el hecho de que los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imponibilidad y la imposición de esta demarcación. La demarcación de las esferas de sujetos jurídicos iguales, como así también la imponibilidad e imposición de esta demarcación, es una de las tareas clásicas del orden jurídico. A ella apunta la famosa formulación de Kant: "El derecho es, pues, el concepto propiamente dicho de las condiciones bajo las cuales es posible conciliar la arbitrariedad del uno con la arbitrariedad del otro, de acuerdo con una ley universal de la libertad"⁵⁸. Los derechos a protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales.

Un análisis de los derechos a protección tiene que considerar tres problemas estrechamente vinculados entre sí: la existencia, la estructura y la justiciabilidad de estos derechos. Estos problemas adquieren especial claridad cuando los derechos a protección son dirigidos al legislador. Por ello, estarán en primer plano los derechos a protección dirigidos al legislador.

2. La existencia de derechos a protección

El problema de la existencia tiene un aspecto material y otro estructural. El material se refiere a la cuestión de qué y cómo hay que proteger. La respuesta a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales. Aquí habrá de interesar, sobre todo, el aspecto estructural. Desde la perspectiva del problema de la

existencia, puede dividirse en dos preguntas. La primera reza: ¿existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos, sin conferirles un derecho subjetivo? Se trata, pues, del conocido problema: derecho *subjetivo* o (mera) norma *objetiva*. La segunda pregunta reza: en caso de que existan derechos a protección ¿se diferencian ellos real y básicamente de los derechos de defensa de tipo clásico? En esta cuestión se trata de la demarcación entre derecho de *defensa* y derecho de *protección*.

2.1. ¿Derecho subjetivo o (mera) norma objetiva?

Por lo que respecta a la alternativa derecho subjetivo o (mera) norma objetiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no es muy clara. El Tribunal prefiere formulaciones y construcciones objetivas. En el fallo sobre la solución de plazos en el caso del aborto deja abierta la cuestión de la titularidad de derechos fundamentales del *nasciturus* y elige, en cambio, una solución objetiva⁵⁹. En el fallo Schleyer, se habla exclusivamente de deberes del Estado, pero no de derechos a protección del individuo⁶⁰. En el fallo Kalkar, se distingue entre derechos fundamentales y "deberes de protección jurídico-objetivos que pueden ser derivados del orden de los derechos fundamentales"⁶¹; distinción que es reiterada en el fallo Mülheim-Kärlich, que es considerado como una continuación de la línea solución de plazos/ Schleyer Kalkar⁶². Desde luego, la tendencia objetiva claramente perceptible en los cuatro fallos es sólo un costado del asunto⁶³. En el fallo sobre la solución de plazos, en el contexto de una ponderación, se habla, en todo caso, del "derecho de la persona por nacer". En el fallo Schleyer, se distingue entre un "deber de protección ... frente al individuo" y de un derecho a protección "frente a la totalidad de los ciudadanos"⁶⁴. Si, como parece plausible, se concibe al primero como obligación relacional⁶⁵, entonces al deber del Estado corresponde un derecho del individuo⁶⁶. La tesis formulada en el fallo Kalkar según

⁵⁸ BVerfGE 39, 1 (41 ss.).

⁵⁹ BVerfGE 46, 160 (164 s.).

⁶⁰ BVerfGE 49, 89 (140).

⁶¹ BVerfGE 53, 30 (57). Cfr., además, BVerfGE 56, 54 (73).

⁶² BVerfGE 39, 1 (50).

⁶³ BVerfGE 46, 160 (165) (subrayado de R. A.).

⁶⁴ Con respecto a este concepto, cfr. supra, Capítulo 4, I, 1.2.1.

⁶⁵ La correspondencia resulta de la ley *RabG* ↔ *ObaG*.

⁵⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 230.

la cual de los otorgamientos de derechos fundamentales podrían resultar deberes de protección "que ordenan conformar las regulaciones jurídicas de forma tal que se ponga coto al peligro de violaciones de derechos fundamentales"⁶⁷, requiere ser interpretada. Con esta formulación, el Tribunal parece presuponer la posibilidad de lesiones de derechos fundamentales por parte de terceros iguales. Pero, esta posibilidad existe sólo si existen relaciones iusfundamentales entre iguales que consisten en que ellos pueden ser destinatarios de derechos fundamentales; pero, ésta es una tesis muy fuerte y problemática con respecto a efectos en terceros⁶⁸. Mucho más débil y, por lo tanto, no tan problemática es la tesis según la cual el individuo tiene un derecho fundamental frente al Estado de protección con respecto a terceros. Podría, entonces, hablarse de una lesión de derechos fundamentales por parte del Estado que tiene lugar cuando éste no cumple suficientemente su deber de protección. Pero, esto significaría una subjetivización del deber de protección. En el fallo Mülheim-Kärlich era inevitable una subjetivización ya que allí se trataba de un recurso de inconstitucionalidad que sólo podía basarse en la lesión de derechos. Si se quiere renunciar a la muy artificial y dogmáticamente dudosa construcción en el sentido de examinar la violación del deber de proteger la vida y la salud adscribible al artículo 2 párrafo 2 LF dentro del marco del artículo 2 párrafo 1 LF, bajo el aspecto de la lesión del orden constitucional, entonces queda sólo la adscripción de un derecho a protección que corresponde a aquel deber, al artículo 2 párrafo 2 LF.

Los ejemplos muestran claramente que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, no obstante la tendencia objetiva, es posible obtener también indicaciones claras para una interpretación subjetiva⁶⁹. La cuestión es si es posible encontrar una mejor fundamentación para la adscripción de derechos subjetivos a protección que para su no adscripción. Para responder esta cuestión es conveniente considerar aquellos casos en los cuales sin duda existe un deber de

protección, es decir, sólo pueden haber dudas acerca de su subjetivización. Uno de estos casos —que quienes disienten con la solución de plazos han calificado correctamente de "académico"⁷⁰— es el de la protección frente al asesinato y el homicidio. No puede haber duda de que el Estado está obligado a proteger al individuo del asesinato y el homicidio. No puede, además, dudarse que el Estado está obligado y llevar a cabo esta protección a través, por ejemplo, de prohibiciones jurídico-penales y de la imposición de sanciones. La cuestión es si, por ello, el individuo tiene un derecho subjetivo constitucional y cómo ha de fundamentarse este derecho. Son posibles aquí dos construcciones dogmáticas. La primera parte de la obligación del Estado, normada en el artículo 1 párrafo 1 frase 2 LF, de proteger la dignidad de la persona y transmite el mandato de protección a los derechos fundamentales subsiguientes⁷¹. La ventaja de esta construcción es que puede apoyarse directamente en el texto constitucional; su inconveniente es que se ve enfrentada con el dilema de o bien ampliar extremadamente el concepto de dignidad de la persona a fin de poder abarcar todo lo digno de ser protegido, lo que implica el muchas veces aducido peligro de que la dignidad de la persona se convierta en calderilla, o bien renunciar a abarcar algunas cosas dignas de ser protegidas. La segunda forma de construcción utiliza el argumento de la dignidad de la persona sólo marginalmente y se apoya directamente en los derechos fundamentales particulares. Esta construcción —preferida por el Tribunal Constitucional Federal⁷²— presupone que los derechos fundamentales son algo más que derechos de defensa frente a intervenciones del Estado. El Tribunal indica el "contenido jurídico-objetivo" de los derechos fundamentales⁷³ y el "orden objetivo de valores" que representan los derechos fundamentales⁷⁴. Desde luego, con esto no se ha dicho todavía nada acerca de la cuestión que aquí interesa, es decir, si a los deberes de protección objetivos corresponden derechos subjetivos. Pero, en todo caso, con el concepto de orden valorativo se ha dado una indicación para la solución del problema: Más arriba se ha expuesto cómo una teoría de los valores, libre de

⁶⁷ BVerfGE 49, 89 (142).

⁶⁸ Con respecto al problema del efecto en terceros, cfr. infra, Capítulo 10. II. 2.

⁶⁹ Por ello, con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que queda abierta la cuestión de la subjetivización de los deberes de protección. Con respecto al análisis del problema de la subjetivización en la literatura, cfr. E. Schmidt-Assmann, "Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht" en *AöR* (1981), págs. 214 ss.; J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlín/Nueva York 1983.

⁷⁰ BVerfGE 39, 1 (78).

⁷¹ Cfr. G. Dürig, "Der Grundrechtssatz der Menschenwürde", págs. 118 ss.; del mismo autor, en Maunz/Dürig, *Komm z. GG*, artículo 1, párrafo 1, observación al margen 16; artículo 1, párrafo 3, observación al margen 102.

⁷² BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (141); 53, 30 (57).

⁷³ BVerfGE 53, 30 (57).

⁷⁴ BVerfGE 39, 1 (41).

suposiciones inaceptables puede ser formulada como teoría de los principios⁷⁵. Se puede adscribir al artículo 2 párrafo 2 LF el principio de protección de la vida. Al igual que todo principio, éste exige ser realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Vale, en general, que el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos⁷⁶. Así, una mera prohibición objetiva de intervención sería menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido. Por lo tanto, la subjetivización de los deberes de protección puede fundamentarse con el carácter de principio de los derechos fundamentales. Con esto no se ha dicho nada acerca del contenido definitivo de los derechos a protección. Al igual que en el caso de todos los derechos basados en principios, depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. Al igual que en las otras posiciones iusfundamentales, en los derechos a protección hay que distinguir también claramente entre posiciones *prima facie* y posiciones definitivas.

Sólo la subjetivización de los derechos a protección hace justicia al "sentido originario y permanente de los derechos fundamentales" como derechos individuales⁷⁷. A diferencia de los derechos fundamentales sociales, es decir, los derechos a prestaciones en sentido estricto, los derechos a protección calzan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales⁷⁸. Parece casi evidente su fundamentación dentro del marco del clásico modelo contractualista del Estado, que en época reciente ha experimentado un vehemente renacimiento⁷⁹. La renuncia amplia a derechos a una efectiva autoprotección condicionada por la transición (construida)⁸⁰ de la situación preestatal a la situación estatal puede ser justificada racionalmente sólo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal. Que esta idea no es una

⁷⁵ Capítulo 3. III. 1.

⁷⁶ Cfr. M. D. Bayles, *Courts vs. Legislatures as Protectors of Human Rights*. conferencia en el 11 Congreso Mundial de la Asociación de Filosofía Jurídica y Social, Helsinki 1983.

⁷⁷ BVerfGE 50, 290 (337).

⁷⁸ Cfr. J. Isensee, "Verfassung ohne soziale Grundrechte" en *Der Staat* 19 (1980), pág. 374.

⁷⁹ Cfr. sólo las dos obras principales: J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge/Mass. 1971; R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York 1974.

⁸⁰ Con respecto al status epistemológico de la teoría del contrato, cfr. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, págs. 6 ss.

mera construcción sino que "responde a la realidad" puede reconocerse en el hecho de que allí donde el Estado pierde la voluntad o la fuerza para satisfacer el derecho a la protección, no es raro que se formen organizaciones privadas de protección basadas en la idea de asumir la defensa de los derechos individuales. Con la inclusión de los derechos a protección en la tradición individualista, liberal, no se dice que los derechos a protección no presenten problemas que van más allá de los que se plantean con respecto a los derechos de defensa dirigidos a acciones negativas del Estado. Por el contrario, en tanto derechos a acciones positivas del Estado, los derechos a protección comparten una serie de problemas con los derechos sociales fundamentales, con los derechos a prestaciones en sentido estricto. Sin embargo, como habrá de mostrarse, estos problemas no constituyen ninguna razón para renunciar a los derechos a protección. La comunidad de problemas pone, además, de manifiesto que el foso que separa los derechos de la tradición liberal de los derechos propios del Estado social no es tan profundo como podría pensarse a primera vista.

2.2. Defensa y protección

Los derechos a protección y los derechos de defensa han sido contrapuestos recíprocamente porque los primeros son derechos a acciones positivas y los segundos a acciones negativas. Puede ponerse en duda la justificación de esta contraposición. Así, Dürig subraya que "también la acción positiva de 'proteger' es una actividad estatal *defensiva* y no una configuración positiva"⁸¹. Aquí es correcto que en el derecho a protección se trata de defensa. Pero, con ello, no se agotan las similitudes entre el derecho de defensa y el derecho a protección. El primero es un derecho frente al Estado a que éste omita intervenciones: el segundo, un derecho frente al Estado para que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones. La diferencia entre el deber de omitir intervenciones y el deber de encargarse de que terceros omitan intervenciones es tan fundamental y tiene tantas consecuencias que, al menos desde el punto de vista dogmático, es inconveniente toda relativización de esta diferencia. Por ello, la

⁸¹ G. Dürig en Maunz Dürig, *Komm. z. GG.* artículo 1, párrafo 1, observación al margen 3.

referencia al carácter defensivo puede, en el mejor de los casos, ser entendida en el sentido de adscripción de los derechos a protección a la línea de la tradición liberal pero, no en el sentido de una adscripción a la clase de los derechos de defensa dirigidos al Estado. No es posible estar de acuerdo con Dürig cuando afirma que los derechos a protección no conducen a una configuración positiva. El legislador, al llevar a cabo las delimitaciones de las esferas individuales requeridas por los derechos a protección, configura una parte decisiva del orden jurídico y, con ello, una parte esencial de la vida social.

Schwabe pone en duda mucho más básicamente la contraposición entre derechos de defensa y derechos a protección⁸². Según Schwabe, la suposición de deberes de protección y, por lo tanto, también de derechos a protección es superflua⁸³ e induce a error. Lo que se pretende con ellos podría lograrse más fácilmente y mejor dentro del marco de la "función denegatoria" de los derechos fundamentales⁸⁴. Su fundamentación es de una fascinante simplicidad. Si el Estado no prohíbe las intervenciones de particulares en bienes protegidos iusfundamentalmente, como la vida y la salud, entonces las *permite*. Pero, a las permisiones estatales corresponden *deberes de tolerancia*. El Estado, al proteger actividades privadas "a través de la regulación jurídica, la actividad judicial y la intervención ejecutiva", *participaría* en el proceso de lesión que, por lo tanto, debería serle imputable⁸⁵. Por ello, el problema de la protección frente a particulares se convertiría en un problema de defensa frente a intervenciones realizadas por particulares pero, en última instancia, estatales⁸⁶. La permisión, el deber de tolerancia como así también su imposición judicial y extrajudicial deberían, pues, ser orientados por el derecho fundamental como *derecho de defensa*. Si se prescinde de algunas excepciones, no quedaría espacio alguno para un derecho a protección.

El punto decisivo de esta teoría es la adscripción al Estado de

⁸² J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 213 ss.

⁸³ Con respecto a una aceptación limitada de los deberes de protección, cfr. ibidem, págs. 215 s.

⁸⁴ Cfr. ibidem, pág. 219; cfr. además, del mismo autor, *Die sogenannte Dritt wirkung der Grundrechte*, Munich 1971, págs. 140, 145, 154, como así también del mismo autor, "Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagegenehmigungen?" en *NVwZ* 1983, págs. 523 ss.; para una posición crítica al respecto, cfr. R. Alexy, "Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz", en *DÖV* 1984, pág. 958.

⁸⁵ J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 213 ss.

⁸⁶ J. Schwabe, *Die sogenannte Dritt wirkung der Grundrechte*, pág. 149.

intervenciones privadas⁸⁷. La adscripción que convierte a la intervención privada en una intervención estatal tiene esencialmente un apoyo triple: (1) la permisión estatal, (2) los deberes de tolerancia vinculados con ella y (3) la imposición estatal del deber de tolerancia. Sin embargo, ninguna de estas razones es adecuada para fundamentar la prioridad de una construcción basada en derechos de defensa frente a una basada en derechos a protección.

El mero hecho de que una acción no esté prohibida —y, por lo tanto, esté permitida— no fundamenta ni una participación del Estado en su realización ni la imputación de su realización al Estado. Si esto no fuera así, habría que considerar que el Estado participa en toda acción humana no prohibida; habría que imputarle toda acción humana no prohibida, por ejemplo, una invitación privada a cenar. Este no puede ser el sentido de la teoría de la imputación de Schwabe⁸⁸. Lo que puede querer decirse con ella es que el Estado tiene un determinado tipo de responsabilidad por determinadas acciones de un ciudadano con respecto a otro. Las acciones por las que tiene una responsabilidad son intervenciones privadas en bienes iusfundamentales como la vida, la libertad y la propiedad. La responsabilidad que tiene el Estado puede consistir sólo en un deber de prohibir determinadas intervenciones de terceros en bienes protegidos iusfundamentalmente.

⁸⁷ A veces, el Tribunal Constitucional Federal es ambiguo. Así, en el fallo *Mülheim-Kärlich*, habla de un deber de protección y de una "corresponsabilidad propia" del Estado (BVerfGE 53, 30 (58, 61)). Sin embargo, como no puede partir simultáneamente de una construcción de derecho de defensa y de una construcción de derecho de protección, tiene que ser interpretada en el sentido de esta última.

⁸⁸ La tesis según la cual pueden imputarse al Estado todas las acciones humanas no prohibidas presupone un deber estatal universal de responsabilidad para todo aquello que les está permitido hacer a las personas. La imputación sobre la base de un tal deber estatal universal de responsabilidad podría tal vez hacerse *valer* como una construcción posible. La invitación privada a comer mencionada en el texto tendría entonces que ser imputada al Estado en virtud del deber de responsabilidad pero, con la invitación privada imputada al Estado a causa de su no prohibición, el Estado o bien no intervendría en un derecho fundamental o bien su intervención estaría justificada. El problema de esta construcción reside en la fundamentación material del deber universal estatal de responsabilidad. Aquí tiene relevancia tan sólo el hecho de que el deber de responsabilidad, al igual que la imputación, no puede ser justificado con una *participación* del Estado en la invitación privada tan sólo a causa de su no prohibición. Si la invitación ha de ser relacionada de alguna manera con el Estado, esto puede realizarse sólo a través del *deber* universal de responsabilidad. Pero, de esta manera, toda la cuestión se convierte en un asunto de *deberes y derechos de protección*. Pero, ¿qué sentido ha de tener entonces toda la complicada construcción sobre la base de derechos de defensa?

Pero, con esto, el *deber* de prohibir las intervenciones es el punto angular constructivo. En cambio, la mera permisión no dice todavía nada acerca de la participación y la imputación. Tampoco es suficiente la simple afectación del bien de derecho fundamental. Un tercero puede amenazar muy intensamente la existencia de un matrimonio; sin embargo, esto no justifica, tampoco en conexión con la permisión jurídica de su comportamiento, una participación del Estado. Lo decisivo son siempre los deberes estatales de protección y los correspondientes derechos a protección. La no prohibición, es decir, permisión del Estado, puede constituir una lesión de los derechos a protección; una intervención en un derecho de defensa, no⁸⁹.

Tampoco los deberes de tolerancia pueden prescindir de la construcción de los derechos a protección. El concepto de deber de tolerancia es uno de los conceptos notoriamente oscuros de la teoría general del derecho; el propio Schwabe observa ocasionalmente que es aconsejable evitarlo⁹⁰. En el caso del deber de tolerancia frente a intervenciones de particulares, hay que distinguir dos niveles. El primer nivel es el del simple no-derecho. Un no fumador *a* tiene un no-derecho frente al fumador *b* a que *b* omita fumar ($\neg G$) si y sólo si a *b* en relación a *a* le está permitido fumar (*G*)⁹¹. Para esta permisión relacional y, por lo tanto, para el no-derecho, vale lo que se acaba de decir en general sobre la permisión. Del solo hecho de que a *b* en relación con *a* no le esté prohibido y, por lo tanto, le esté permitido fumar, o sea que *a* por lo que respecta a la omisión de fumar, se encuentra frente a *b* en la posición del no-derecho, no se sigue que el fumar de *b* pueda serle imputado al Estado como una intervención en el derecho fundamental de *a*. Por el mero hecho de que el Estado, por lo que respecta a la omisión de fumar, deje a *a* frente a *b* en la posición de un no-derecho, no interviene en el derecho de *a* frente al Estado para que éste no afecte su integridad física. Lo que puede suceder es, más bien, que el Estado lesione un derecho de *a* frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros, al dejar a *a* en la posición de no-derecho. Lo mismo resulta del hecho de que el no-derecho de *a* sea para un tribunal civil razón suficiente para rechazar una demanda de omisión de *a* contra *b*. El rechazo de la demanda, aunque es un acto estatal, no puede constituir una lesión de

⁸⁹ Cfr. D. Rauschning, "Staatsaufgabe Umweltschutz" en *VVDSiRL* 38 (1980), pág. 184, con más bibliografía.

⁹⁰ J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 16.

⁹¹ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.2.1: $\neg Rab \neg G \leftrightarrow PbaG$.

una *derecho de defensa* dirigido al Estado sino sólo una lesión por no realización de un *derecho de prestación* dirigido al Estado *bajo la forma de un derecho a protección*.

La situación no es diferente por lo que respecta al *resultado en el segundo nivel*. Este consiste en las prohibiciones y derechos que garantizan la permisión (la libertad) del particular *interviniente*⁹². La libertad de fumar de *b* está garantizada frente a *a* y frente a todos los particulares porque *a* no puede impedirle a *b* fumar recurriendo a determinadas formas de acción. Así, *a* no puede lesionar, coaccionar u ofender a *b*. Estas defensas no están referidas específicamente al fumar sino que protegen, en tanto "protective perimeter"⁹³, toda libertad jurídica. Por lo tanto, lo que hay que preguntar es si el Estado, porque en general protege de esta manera la libertad jurídica frente a terceros, tiene que dejar que le sea imputada su realización. La respuesta reza: no. Por el mero hecho de que el Estado garantice la permisión jurídica de acciones privadas, las mismas no deben serle imputadas. En caso contrario, habría que imputarle al Estado una innúmera cantidad de acciones. Más bien, lo correcto es que el Estado —por haber privado al afectado negativamente por acciones de sus conciudadanos, en virtud de la garantía jurídica general de la libertad, de múltiples posibilidades de autoprotección— tiene el *deber iusfundamental de garantizar protección en la medida debida*. Por lo tanto, también bajo el aspecto de los deberes de tolerancia, hay que preferir la construcción del deber de protección/derecho a protección a la construcción del derecho de defensa.

Al mismo resultado conduce el tercer aspecto, el de la imposición estatal del deber de tolerancia. Supongamos que un no fumador haya impedido violentamente fumar a un fumador y, con ello, haya satisfecho un tipo penal. Por ello, será condenado a una pena de prisión. Sin duda, con esta sanción, el Estado interviene en el derecho fundamental de libertad de la persona, que actúa aquí frente a la sanción estatal como derecho de defensa. Sin embargo, de esto no se infiere que, con ello, el Estado haya intervenido, al mismo tiempo, en el derecho fundamental, bajo la forma de un derecho de defensa, del no fumador a su integridad física, aun cuando, en general, se considere que el fumar afecta la integridad física. El Estado puede hacer que, en determinadas situaciones, al no fumador sólo le quede la alternativa

⁹² Con respecto al concepto de la defensa, cfr. supra, Capítulo 4. II. 2.2.2.

⁹³ Ibídem.

de aceptar el fumar o de cometer un delito. Pero, qué sea lo que se acepte sigue siendo una acción privada⁹⁴. Sin embargo, esto no significa que el no fumador no pueda ser lesionado por el Estado en su derecho fundamental a la integridad física. Pero una lesión no puede ser vista en el hecho de que el Estado en tanto "participante" en el fumar, intervenga en el derecho fundamental a la integridad física como *derecho de defensa*, sino sólo en que el Estado regula las relaciones entre fumadores y no fumadores de forma tal que lesiona el derecho fundamental del no fumador a su integridad física bajo la forma de un *derecho a protección*.

Podría pensarse que no vale la pena el esfuerzo de distinguir entre derechos de defensa y derechos a protección. Las siguientes reflexiones sobre la estructura de los derechos a protección mostrarán que esta impresión es engañosa.

3. La estructura y justiciabilidad de los derechos a protección

Se ha señalado reiteradamente que la justiciabilidad de los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) crea menos problemas que la de los derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones). Una razón fundamental para que ello sea así se debe a una diferencia simple, pero teórica-estructuralmente fundamental. Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover, etc. algo⁹⁵. Si está *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está prohibida *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación⁹⁶. En cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está entonces ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o una promoción.

⁹⁴ Cfr. A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, pág. 142.

⁹⁵ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.1.2.

⁹⁶ En el lenguaje de los derechos: cuando existe un *derecho a* que algo no sea destruido o afectado, entonces existe un *derecho a* que se omita *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En virtud de la ley deontica $O(p \wedge q) \leftrightarrow Op \wedge Oq$ (cfr. al respecto Follesdal/R. Hilpinen, *Deontic Logic: An Introduction*, pág. 13) da lo mismo si este derecho es concebido como un *derecho a* que se omitan las acciones h_1 y h_2 y ... o se lo divide en un *derecho a* que se omita h_1 y un *derecho a* que se omita h_2 y ...

ciación⁹⁷. Así, la prohibición de matar implica *prima facie* la prohibición de toda acción de matar; en cambio, el mandato de salvamento no implica el mandato de toda acción de salvamento. Si es posible salvar a alguien que se está ahogando o bien nadando o bien arrojándole un salvavidas o con la ayuda de un bote, en modo alguno están ordenadas al mismo tiempo las tres acciones de salvamento. Lo que está ordenado es, más bien, la realización de la primera, de la segunda o de la tercera acción. Pero, esto significa que el destinatario del mandato de salvamento, si no se suman otras razones limitantes, tiene un *campo de acción* dentro del cual puede elegir cómo desea cumplir con el mandato. Con la expresión "campo de acción", se ha pronunciado la frase clave con respecto a la justiciabilidad de los derechos a acciones positivas.

Uno podría sentirse tentado a ver la razón de la diferencia aquí introducida en el hecho de que, en el caso de los derechos a acciones positivas, a diferencia de lo que sucede con las acciones negativas, se trata de relaciones medio/fin. Sin embargo, ello no basta para una explicación. Así como el derecho a protección exige la utilización de, por lo menos, un *medio* de protección, así también el derecho de defensa excluye la utilización de todo *medio* de destrucción o afectación. La razón de la diferencia es más profunda. Consiste en que la omisión de cada acción individual de destrucción o de afectación es una condición necesaria y sólo la omisión de todas las acciones de destrucción o afectación es una condición suficiente para el cumplimiento de la prohibición de destrucción o afectación y, con ello, para la satisfacción del derecho de defensa, mientras que para el cumplimiento de los mandatos de protección o promoción, lo mismo que, en general, para el cumplimiento de los derechos a prestaciones, es suficiente la realización de sólo una acción adecuada de protección o promoción. Cuando son adecuadas varias acciones de protección o promoción, ninguna de ellas es necesaria para el cumplimiento del mandato de protección o promoción; lo único que es necesario es que se realice alguna de ellas. Sólo si existe una única acción adecuada de protección o promoción, ella es necesaria para el cumplimiento del derecho a prestación. En este caso, la estructura del derecho a prestaciones es igual a la del derecho de defensa.

⁹⁷ Estas proposiciones constituyen formulaciones sumamente generales que pueden y deben ser diferenciadas. Como lo mostrarán los ejemplos siguientes, es especialmente necesaria la distinción entre prohibiciones o mandatos *prima facie* y definitivos. Así, una prohibición *prima facie* de destruir algo implica meramente una prohibición *prima facie* de toda acción de destrucción.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la diferencia expuesta encuentra su materialización en el hecho de que el Tribunal subraya, por una parte, que el Estado está obligado a la protección pero, por otra, señala que la decisión acerca de cómo ha de cumplir esta obligación está "en primera línea", "en gran medida" o "básicamente"⁹⁸, librada al legislador. Así, en el fallo Schleyer se dice: "El artículo 2 párrafo 2 frase 1, en conexión con el artículo 1 párrafo 1, frase 2 LF, obliga al Estado a proteger toda vida humana. Este deber de protección es amplio." Luego se afirma: "La forma cómo los órganos estatales han de cumplir su obligación de una protección efectiva de la vida ha de ser decidida básicamente por ellos, en uso de su propia responsabilidad. Ellos deciden acerca de cuáles medidas de protección son adecuadas y debidas para garantizar una protección eficaz de la vida"⁹⁹. Si se deja de lado, por lo pronto, la cláusula "básicamente", que indica una vinculación más amplia, de ambas fórmulas, con respecto a la vinculación del legislador resultan dos cosas: (1) El Estado tiene que emplear, por lo menos, un medio efectivo. (2) Si sólo hay un medio efectivo, el Estado tiene que utilizarlo. Esto último es formulado en el fallo Schleyer de la siguiente manera: la "libertad en la elección de los medios para la protección de la vida puede, en casos especiales, reducirse a la elección de un determinado medio si, de otra manera, no puede lograrse una protección efectiva de la vida"¹⁰⁰.

Hasta este punto, la estructura de los deberes de protección y, con ello, de los derechos a protección es bien simple y clara. Los verdaderos problemas comienzan cuando se introducen otras diferenciaciones. La necesidad de estas últimas resulta de dos cosas. Por una parte, los medios de protección no pueden ser clasificados sin más en dos clases: eficaces y no eficaces. Existen medios de protección más o menos eficaces. Por otra, los deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios. Sintomático de esto último es la constatación que se hace en el fallo Schleyer en el sentido de que la Ley Fundamental fundamenta "un deber de protección no sólo frente a un individuo particular sino frente a la totalidad de los ciudadanos"¹⁰¹.

⁹⁸ BVerfGE 39, 1 (42, 44); 46, 160 (164).

⁹⁹ BVerfGE 46, 160 (164) (subrayado de R. A.).

¹⁰⁰ BVerfGE 46, 160 (164 s.); similarmente BVerfGE 39, 1 (46 s.).

¹⁰¹ BVerfGE 46, 160 (165).

La posibilidad de diferentes grados de eficacia y de colisiones hace necesario refinar considerablemente el modelo básico. Un ejemplo simple puede aclarar cómo ha de llevarse eso a cabo. Supongamos que existen cinco medios para el cumplimiento del deber de protección P_1 , es decir, M_1 - M_5 , como así un principio opuesto P_2 . M_5 es totalmente ineficaz. Por ello, de acuerdo con el modelo básico, queda excluido. M_1 y M_2 son, al igual que M_3 y M_4 , respectivamente igualmente eficaces; pero, M_1 y M_2 son más eficaces que M_3 y M_4 . Tomado en sí mismo, P_1 exige entonces M_1 o M_2 . Si se parte tan sólo de P_1 , sólo con respecto a M_1 y M_2 existe el campo de acción del modelo básico. Pero, supongamos también que el principio opuesto P_2 queda afectado en su realización a través de la utilización de todos los restantes cuatro medios y de una manera más intensa por M_1 y M_2 que por M_3 y M_4 . En este caso, una evaluación tiene que decidir si P_1 tiene frente a P_2 un peso tal que, sin embargo, está justificada la utilización de M_1 o M_2 y, si tal no es el caso, al menos está justificada la utilización de M_3 o de M_4 . En caso de que ninguna de estas posibilidades pueda realizarse, entonces está definitivamente prohibida la elección de todos los medios adecuados para la realización del deber de protección *prima facie*; en caso de que no valgan ambas cosas porque al menos la utilización de M_3 y M_4 puede estar justificada, a la luz de P_1 frente a P_2 , con respecto a M_3 y M_4 , existe el campo de acción del modelo básico. Pero éste puede fácilmente atrofiarse ya que M_3 y M_4 pueden ser igualmente eficaces con relación a P_1 , pero M_4 puede afectar a P_2 más intensamente que M_3 , de forma tal que la elección de M_4 representaría una afectación no necesaria de P_2 ; esto significa que sólo puede estar justificada la utilización de M_3 , por ser el medio que afecta menos a P_2 . Ya no existe un campo de acción para la realización de P_1 , a pesar de que hay varios medios eficaces, algunos hasta igualmente eficaces.

Tomado en sí mismo, el campo de acción hasta ahora considerado y que puede ser denominado "campo de acción estructural" no plantea problemas graves con respecto a la cuestión de la justiciabilidad. Estos surgen sólo debido a los problemas de evaluación y de efectividad estrechamente entrelazados con el campo de acción estructural. El campo de acción estructural está vinculado con otros dos campos de acción de un tipo totalmente distinto, es decir, con un campo de acción cognitivo con respecto al problema normativo de la ponderación y con un campo de acción cognitivo con respecto al problema empírico de la efectividad. En el problema de la efectividad se trata

esencialmente del efecto de medidas actuales en el futuro, es decir, de problemas de pronósticos¹⁰². Por lo tanto, la ponderación del problema de la justiciabilidad depende del papel que juegue el problema de la ponderación y el del pronóstico dentro del marco de los derechos a protección.

Como ya se ha señalado reiteradamente, en el derecho constitucional, las ponderaciones no son poco frecuentes. También en el caso de los derechos de defensa son inevitables. Si el problema de la ponderación en el ámbito de los derechos a protección ha de contribuir en algo a que éstos sean justiciables en menor medida que los derechos de defensa, entonces la ponderación en el marco de los derechos a protección tiene que indicar algo especial. Justamente en esta dirección apunta la propuesta de Schuppert en el sentido de distinguir entre problemas unidimensionales y pluridimensionales de la libertad y vincular a esta distinción competencias de revisión de diferente fuerza por parte del Tribunal Constitucional Federal y, con ello, campos de acción del legislador de diferente amplitud¹⁰³. Se trata de problemas unidimensionales de la libertad cuando entran en colisión "intereses de la comunidad e intereses particulares iusfundamentalmente garantizados". Este sería el caso en los derechos de defensa. Schuppert considera que en este tipo de colisiones es posible encontrar la solución debida "con un alto grado de plausibilidad a través de la interpretación, en tanto ya decidida por la Constitución"¹⁰⁴. En cambio, se trata de un problema pluridimensional de la libertad cuando no entran en colisión "intereses de la comunidad e intereses particulares iusfundamentalmente garantizados, sino posiciones jurídicas de individuos o grupos, todos los cuales pueden invocar en igual medida una fundamentación iusconstitucional o hasta iusfundamental". A diferencia de lo que sucede en las colisiones unidimensionales, en estas colisiones la solución no está "ya decidida por la Constitución"¹⁰⁵. Las consecuencias para el problema de la justiciabilidad son obvias.

En los derechos a protección, de lo que se trata es esencialmente de la delimitación de posiciones iusfundamentales de diferentes titu-

¹⁰² Cfr. K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, págs. 28 ss.

¹⁰³ G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, págs. 38 ss.

¹⁰⁴ Ibídem, pág. 41.

¹⁰⁵ Ibídem.

lares de derechos fundamentales. Si el análisis de Schuppert fuera correcto, ello tendría amplias consecuencias para su justiciabilidad. Sin embargo, el análisis de Schuppert es sólo limitadamente correcto. Por lo pronto, cabe señalar que su distinción entre problemas uni y pluridimensionales de la libertad vale sólo condicionadamente: el propio Schuppert habla de una transición fluida¹⁰⁶. En las ponderaciones dentro del marco de los derechos de defensa, a más de bienes de la comunidad, pueden jugar su papel derechos de terceros y en las ponderaciones dentro del marco de los derechos a protección, pueden jugar un papel decisivo. a más de los derechos, otros bienes de la comunidad. Esta estructura triádica (derechos de $a/bienes de la comunidad/derechos de b_1, b_2 \dots$) asecha detrás de todo problema iusfundamental. Así, una intervención en la libertad jurídica, que ha de ser medida según los derechos de defensa, puede ser justificada no sólo con una indicación de su necesidad para la protección de bienes de la comunidad, sino también con una indicación de su necesidad para la protección de las posiciones individuales de terceros¹⁰⁷. Viceversa, el no otorgamiento de protección es fundamentalmente no sólo con una indicación de su necesidad para el respeto de las posiciones jurídicas de otros, sino también con una indicación de su necesidad para la protección de bienes de la comunidad. En el sentido de lo que se acaba de decir, hay que entender el giro en el fallo Mülheim-Kärlich en el que el Tribunal habla de la tarea del Estado de, "teniendo en cuenta los *intereses generales*, crear un equilibrio entre las posiciones iusfundamentales de los ciudadanos amenazados, por una parte, y la empresa, por otra"¹⁰⁸. Sólo con los derechos de libertad de la empresa, no podría justificarse la carga de los ciudadanos amenazados con el riesgo residual. Por ello no es casual que el Tribunal haga referencia al "interés general en el abastecimiento energético"¹⁰⁹.

Por lo tanto, el límite de separación de la distinción entre problemas uni y pluridimensionales no es demasiado preciso. Pero, con todo, puede decirse que entre las ponderaciones realizadas por el Tribunal Constitucional Federal dentro del marco de un cuestionamiento de derechos a protección, el porcentaje de ponderaciones complejas es más grande que el de las que se realizan dentro del

¹⁰⁶ Ibídem, pág. 46.

¹⁰⁷ Cfr. BVerfGE 49, 24 (53 ss.).

¹⁰⁸ BVerfGE 53, 30 (57 s.) (subrayado de R. A.).

¹⁰⁹ BVerfGE 53, 30 (58).

marco de un cuestionamiento de derechos de defensa. Sin embargo, de aquí no puede inferirse —y esto conduce al segundo punto débil del argumento de Schuppert— la conclusión de que los problemas de los derechos de defensa y los de los derechos a protección se diferencien por el hecho de que los primeros, en gran medida, han sido decididos previamente por la Constitución y los segundos, no. Aquí no se entrará a analizar el oscuro concepto de decisión previa por parte de la Constitución. Se supondrá simplemente que la solución de una cuestión jurídico-constitucional está decidida previamente por la Constitución si para todo aquél que se atiene al texto constitucional y a las reglas de la argumentación jurídico-constitucional, no puede haber ninguna duda acerca de su corrección. Si uno se orienta por este criterio, entonces también en el ámbito de los derechos de defensa se llega a una enorme cantidad de cuestiones no decididas previamente. Un representante de la tesis de Schuppert podría admitir esto pero también dejarlo de lado, señalando que en el ámbito de los derechos de defensa se trata de conflictos y dudas jurídicos cotidianos que se mantienen dentro de un cierto marco de plausibilidad, mientras que en el caso de los derechos a protección se trataría de dudas y conflictos de tipo fundamental. Sin embargo, esta distinción tiene también que ser puesta en duda. Existen problemas de derechos de defensa sumamente controvertidos, más allá del ámbito de la jurisprudencia: basta pensar, por ejemplo, en el derecho de realizar manifestaciones callejeras; y existen posiciones de derechos a protección que nadie pone seriamente en duda, por ejemplo, la protección frente a lesiones corporales a través de las normas del derecho penal. Esto pone claramente de manifiesto que los límites de los campos de acción del legislador y de la competencia del Tribunal Constitucional no pueden orientarse por diferencias teórico-estructurales como las que existen entre los derechos de defensa y los derechos a protección, sino únicamente por cuestiones sustanciales. En última instancia, la cuestión sustancial apunta —tal como puede ser formulado sobre la base de la concepción formal del derecho fundamental presentada más arriba— a saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

Esta fórmula contiene también la solución del problema del pronóstico. Es fácil reconocer que toda propuesta para la solución del problema del pronóstico incluye una propuesta para la distribución de

competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador¹¹⁰. Supongamos que hay que juzgar si el medio de protección *M* cumple o no el deber de protección *P*. Según el pronóstico *Pr₁*, tal es el caso: según el pronóstico *Pr₂*, no. El legislador sostiene *Pr₁*. Si el legislador tiene la competencia para decidir cuál pronóstico ha de tomarse como punto de partida, el Tribunal Constitucional no puede decir que se ha lesionado el deber de protección. Si el Tribunal posee la competencia de decisión, puede decir que *Pr₁* es falso y *Pr₂* correcto y, por lo tanto, el deber de protección *P* no es cumplido por *M*.

La discusión sobre la competencia de pronóstico ha mostrado claramente que no interesan aquí soluciones de todo-o-nada. Ni el legislador puede partir de pronósticos cualesquiera ni el Tribunal Constitucional Federal puede sustituir ilimitadamente los pronósticos del legislador por los suyos propios, ni tampoco es posible formular una regla simple que delimite definitivamente en todos los casos la competencia de pronóstico del legislador y la competencia de control del Tribunal Constitucional Federal¹¹¹. Más bien, tal como lo expone correctamente el Tribunal Constitucional Federal en el fallo sobre la cogestión, la solución puede consistir sólo en la elaboración “de pautas diferenciadas” que “se extienden desde un control de evidencia [...] pasando por un control de sostenibilidad [...] hasta un control intensificado de contenido”¹¹². No es éste el lugar para analizar más de cerca la estructura y los problemas de un tal sistema escalonado de control. Aquí sólo interesa la fundamentación del postulado de la graduación. Su punto de partida es que la amplitud de la protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y, con ello, la amplitud de las posiciones iusfundamentales definitivas existentes en el sistema jurídico dependen, en no poca medida, de la amplitud del campo de acción de pronóstico del legislador. Por lo que respecta a la limitación de la protección iusfundamental, *en su resultado*, los campos de acción de los pronósticos no se diferencian de las

¹¹⁰ Cfr. F. Ossenbühl, “Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht” en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, edición a cargo de C. Starck, Tübinga 1976, págs. 467 ss.; G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, pág. 54.

¹¹¹ Cfr. F. Ossenbühl, “Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen”, pág. 503.

¹¹² BVerfGE 50, 290 (333). Con respecto a la exigencia de un “sistema de control diferenciado y graduado material y temáticamente”, cfr. además, F. Ossenbühl, op. cit. pág. 501.

competencias para imponer restricciones. Esto pone claramente de manifiesto que su amplitud puede ser determinada sólo si se toma en cuenta el principio de derecho fundamental respectivamente afectado y depende decididamente de su importancia en el respectivo caso que hay que decidir¹¹³. Totalmente en este sentido se dice en el fallo sobre la central para acompañantes de viajes: "Cuanto más afecte la intervención legal las formas elementales de expresión de la libertad de acción humana, con tanto mayor cuidado tienen que ponderarse las razones presentadas para su justificación frente a la pretensión fundamental de libertad del ciudadano"¹¹⁴. De esta manera, el problema del pronóstico se convierte en un problema de la ponderación entre el respectivo principio iusfundamental material afectado y el principio formal de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimada. Los otros múltiples puntos de vista que deben ser tomados en cuenta¹¹⁵ deben hacerse valer en el marco de esta ponderación.

Aquí es decisivo el hecho de que el problema de la ponderación referido a los campos de acción de los pronósticos se presenta de la misma manera en los derechos de defensa y en los derechos a protección. Por cierto, en el caso de los derechos a protección, debido a su referencia hacia el futuro, tiene a menudo un mayor peso; pero, esto fundamenta tan sólo una diferencia gradual. De esta manera, puede decirse que, por lo que respecta a la justiciabilidad de los derechos a protección, no surge ningún problema que no se presente también en el ámbito de los derechos de defensa.

III DERECHOS A ORGANIZACION Y PROCEDIMIENTO

El estado de la discusión

En la actual discusión sobre los derechos fundamentales, ninguna idea ha despertado tanto interés como la de la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento. Hitos de esta discusión

Con respecto a la acentuación del "valor" o de la "fuerza" del respectivo derecho fundamental afectado, cfr. U. Seetzen, "Der Prognosespielraum des Gesetzgebers" en *NJW* 1975, págs. 432 ss.; F. Ossenbühl, op. cit., págs. 506 ss.

BVerfGE 17, 306 (314).

Entre ellos se cuentan, por ejemplo, "la peculiaridad del ámbito de cosas que ~~esta~~ en discusión", como así también las "posibilidades de formarse un juicio suficientemente seguro" (BVerfGE 50, 290 (333)).

son la propuesta de Häberle de un *status activus processualis* que ha de referirse al "aspecto jurídico-procesal de la libertad iusfundamental, el 'due process iusfundamental'"¹¹⁶, y la tesis de Hesse según la cual "a menudo, la organización o el procedimiento (resultan ser) un medio —posiblemente el único existente— para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna"¹¹⁷. Goerlich ha intentado utilizar fecundamente la idea del procedimiento como concepción amplia de los derechos fundamentales. Cuán ampliamente son concebidos los conceptos se aprecia claramente cuando Goerlich habla de "derechos fundamentales materiales y formales como garantía procedimental del proceso político, jurídico y social de una sociedad"¹¹⁸. La idea del procedimiento ha despertado interés no sólo en la discusión jurídico-constitucional alemana. Así lo demuestra ejemplarmente, en el ámbito americano, la controversia entre Ely¹¹⁹ y Tribe¹²⁰. Además, tal como lo pone de manifiesto la intensa discusión sobre las teorías procedimentales en la ética moderna¹²¹, el avance de la idea del procedimiento no se limita al ámbito de la jurisprudencia. Así, pues, la dogmática de los derechos fundamentales parece haber encontrado una "palabra clave"¹²² que, primero, promete indicar una vía media entre una teoría de los valores amplia impuesta por el Tribunal Constitucional y un dejar hacer al legislador, fundamentado por un escepticismo subjetivista frente a los valores; segundo, responde al espíritu de la época y, tercero, conduce a un ámbito con el cual los juristas están perfectamente familiarizados, cual es el del procedimiento.

En vista de estas amplias perspectivas, no puede sorprender que se hayan levantado voces que propician una cierta cautela. Así, Os-

¹¹⁶ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 81.

¹¹⁷ K. Hesse, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland" en *EuGRZ* 1978, págs. 434 ss.

¹¹⁸ H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden 1981, pág. 203.

¹¹⁹ J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass./Londres 1980.

¹²⁰ L. H. Tribe, "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories" en *The Yale Law Journal* 89 (1980), págs. 1063 ss.

¹²¹ Cfr., por ejemplo, J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971; J. Habermas, "Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm" en del mismo autor, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Francfort del Meno 1983, págs. 53 ss.

¹²² P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 129.

senbühl advierte frente a "una general euforia del procedimiento orientada iusfundamentalmente [...], que puede tener consecuencias imprevisibles y que luego, al igual que algunas otras modas pasajeras en la jurisprudencia, conduce a frustraciones innecesarias"¹²³. Bethge habla de una "plasticidad notoria" del "topos de argumentación 'realización de los derechos fundamentales y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento'" y de una "fórmula *passepartout*"¹²⁴. Pero, ninguno de los dos autores rechaza una interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales (también) a la luz de la idea del procedimiento. Lo que se exige son diferenciaciones, exigencia con la que hay que estar de acuerdo. Tanto por lo que respecta a la idea del procedimiento, que tiene una importancia central para la filosofía práctica y la jurisprudencia¹²⁵, como en el caso de los derechos fundamentales, se trata de cosas tan variadas y complejas que una simple aplicación de la idea del procedimiento a los derechos fundamentales conduce, en el mejor de los casos, sólo a resultados triviales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece ejemplos de una aplicación diferenciada de la idea del procedimiento. En no poca medida, es tan interesante porque en ella se habían ya formulado orientaciones decisivas desde el punto de vista de la teoría del procedimiento antes de que la teoría dedicara gran atención a este tema. Amplias partes de la discusión sobre los "derechos fundamentales como garantías procedimentales" son intentos de recoger un desarrollo ya realizado en la praxis judicial y de precisarlo conceptualmente. Por ello, en la cuestión de la existencia y estructura de derechos a procedimientos que aquí hay que analizar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiene que ser colocada en primer plano.

2. El concepto del derecho a organización y procedimiento

El objeto de los derechos a organización y procedimiento es descrito de una manera sumamente ambigua con la cláusula "or-

¹²³ F. Ossenbühl, "Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts" en *DÖV* 1981, pág. 6.

¹²⁴ H. Bethge, "Grundrechtsverwirklichung und Grundrechts-sicherung durch Organisation und Verfahren" en *NJW* 1982, pág. 2.

¹²⁵ Cfr. R. Alexy, "Juristische Argumentation und praktische Vernunft" en *Jahrb. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen* 1982, págs. 29 ss.

ganización y procedimiento". Hay que preguntarse si con el concepto del derecho a organización y procedimiento se describe *un* complejo conexo de derechos o si con este concepto se vinculan *dos* complejos de derechos recíprocamente independientes, es decir, derechos a organización y derechos a procedimiento que, en realidad, podrían ser tratados independientemente.

Llama la atención el hecho de que la fórmula "realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento"¹²⁶, que mientras tanto ha sido plenamente aceptada, es utilizada regularmente para designar análisis en los cuales, en modo alguno, se distingue estrictamente entre derechos a organización y derechos al procedimiento. Las clasificaciones que se llevan a cabo¹²⁷ no siguen una línea de demarcación entre el concepto de procedimiento y el de organización sino puntos de vista totalmente distintos. Esto pone claramente de manifiesto que el uso habitual de ambas expresiones no tiene un carácter técnico.

Es fácil reconocer la razón del uso poco técnico de la fórmula. El espectro de lo designado es muy amplio. Se extiende desde los derechos a una protección jurídica efectiva¹²⁸ que nadie dudaría en llamar "derechos a procedimientos" hasta aquellos derechos a "medidas estatales [...] de tipo organizativo"¹²⁹ que se refieren a la composición de los órganos colegiados en las universidades. El hecho de que se resuman bajo un mismo concepto —sea que tenga un nombre compuesto o no— cosas tan diferentes está sólo justificado si existen afinidades que lo justifican. La afinidad que lo justifica es la idea de procedimiento. Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedural presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedural y, por ello, tiene una característica negativa. Este concepto amplio de procedimiento abarca

¹²⁶ K. Hesse, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte", pág. 434; C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", pág. 242; H. Bethge, "Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren", pág. 1.

¹²⁷ Cfr., por ejemplo, K. Hesse, op. cit., págs. 435 ss.; Fr. Ossenbühl, op. cit., págs. 5 s. H. Bethge, op. cit., págs. 2 ss.

¹²⁸ Cfr. BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 132 (148); 39, 276 (294); 44, 105 (120); 45, 297 (322); 45, 422 (431); 46, 325 (334); 48, 292 (297); 49, 220 (225); 49, 252 (256); 51, 150 (156); 52, 391 (408).

¹²⁹ BVerfGE 35, 79 (116).

todo lo que cae bajo la fórmula "realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento". Así, no obstante notorias diferencias, las normas del derecho contractual y procesal definen igualmente procedimientos: las primeras establecen cómo puede crearse una obligación contractual; las segundas, cómo puede crearse un fallo. Al mismo tiempo, el concepto amplio de procedimiento muestra claramente qué es lo relevante para la idea del procedimiento en el ámbito de los derechos fundamentales. Las normas de procedimiento y organización deben ser de forma tal que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado responda a los derechos fundamentales¹³⁰. Puede aquí dejarse de lado la cuestión de saber hasta qué punto es posible crear una conexión tal entre el procedimiento jurídico y sus resultados.

La idea del procedimiento justifica reunir bajo un concepto la pluralidad de los fenómenos que se encuentran en el ámbito de la organización y del procedimiento. Frente a esto, la cuestión terminológica pasa a segundo plano. En vez de derechos a organización y procedimiento, podría hablarse —partiendo de un concepto amplio de procedimiento que también abarque las normas de organización— simplemente de "derechos a procedimiento" o de "derechos procedimentales". Por razones de simplificación, se hará aquí uso frecuente de esta posibilidad.

También después de lo hasta ahora expuesto, queda una ambigüedad fundamental. Los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos al establecimiento de determinadas normas procedimentales como derechos a una determinada "interpretación y aplicación concreta" de normas procedimentales¹³¹. De esto último se trata en las numerosas decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de ejecución forzosa, cuyo tema es la interpretación acorde con la Constitución de normas procedimentales¹³². En este caso, el

¹³⁰ Las normas de organización y procedimiento pueden tener no solo este carácter de medio, sino también ser un fin en sí mismas. Una norma de procedimiento *N* tendría el carácter de un fin iusfundamental en sí mismo si *N* estuviese también iusfundamentalmente exigida si fuera seguro que el resultado del procedimiento, en caso de validez de *N*, bajo ninguna circunstancia y en ningún respecto sería más conforme al derecho fundamental que en caso de no validez de *N*. Puede quedar abierta la cuestión de saber si existen normas de organización y procedimiento con carácter de fin iusfundamental en sí mismo.

¹³¹ Cfr. BVerfGE 53, 30 (61).

¹³² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 46, 325 (333 ss.); 49, 220 (225 ss.); 49, 252 (256 ss.); 51, 150 (156).

derecho procedural bajo la forma del derecho a una protección jurídica efectiva, está dirigido a los tribunales de justicia. En cambio, los derechos procedimentales que tienen como objeto el dictado de normas procedimentales están dirigidos al legislador. En lo esencial, se tratará aquí sólo de estos derechos.

3. Acerca del problema de la existencia

Las respuestas a las preguntas acerca de la existencia y estructura de los derechos a organización y procedimiento dependen de qué tipo de derechos a organizaciones y procedimiento se trate en el caso respectivo. No obstante la necesidad de diferenciaciones, antes de echar una mirada a los diferentes tipos, es aconsejable analizar, en general, el problema de la existencia.

En el ámbito del problema de la existencia, la cuestión más importante consiste en saber hasta qué punto a los deberes iusfundamentalmente fundamentados del legislador en el sentido de procurar determinados procedimientos y organizaciones, corresponden derechos subjetivos de los titulares de derechos fundamentales. Mientras que en la literatura, por lo general, la cuestión de la organización y del procedimiento es tratada sin más como problema de los deberes del legislador¹³³ y se propicia también expresamente una tendencia objetivista¹³⁴, pueden obtenerse de la jurisprudencia interesantes indicaciones para el problema de la subjetivización.

El común denominador de la jurisprudencia es que —no obstante el hecho de que la Ley Fundamental, con los derechos fundamentales de la justicia contiene derechos fundamentales directamente vinculados con procedimientos (artículos 19 párrafo 4, 101, párrafo 1, 103 párrafo 1 y 104 LF) y que también puede recurrirse ampliamente al principio del Estado de derecho para la fundamentación de exigencias

¹³³ Cfr., por ejemplo, H. Bethge, "Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsicherung", págs. 2 ss.; W. Schmidt, "Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte", págs. 169 ss.

¹³⁴ Cfr., por ejemplo, H. H. Rupp, "Vom Wandel der Grundrechte", págs. 176 ss., 187 ss., como así también muy decidido, U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, págs. 189 ss., 194, según el cual "no existe ninguna pretensión jurídica frente al legislador para la creación de estructuras liberales. El establecimiento de estructuras liberales es exclusivamente función del proceso político y, en él, del legislador llamado a dictar normas vinculantes".

de la existencia y conformación de procedimientos— los derechos procedimentales pueden ser adscriptos a los derechos fundamentales materiales¹³⁵. El punto de partida del desarrollo lo constituye la constatación en el fallo sobre las ordenanzas de represas, en el sentido de que “de acuerdo con la concepción constitucional [...] una protección jurídica efectiva —que asegure la existencia de la propiedad— es un elemento esencial del derecho fundamental mismo”¹³⁶. El derecho a la protección jurídica, referido inicialmente al derecho fundamental a la propiedad, fue luego generalizado de dos maneras a lo largo de la jurisprudencia judicial. Por una parte, fue extendido a cada vez más derechos fundamentales¹³⁷ y, por otra, fue generalizado a partir de un derecho a una protección jurídica judicial efectiva, a un derecho a la protección iusfundamental a través de procedimientos sin más¹³⁸. Hoy puede decirse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales. Pero, si los derechos materiales son derechos subjetivos, ¿por qué no han de serlo también los “derechos procedimentales”? En todo caso, el enraizamiento de la protección a través del procedimiento en los derechos fundamentales materiales fundamenta un argumento *prima facie* para su subjetivización.

El carácter subjetivo no plantea problema cuando, por ejemplo, en las decisiones sobre ejecución forzosa se trata de derechos, dirigidos a los tribunales, a una interpretación y manejo conforme a la Constitución, de normas procedimentales acordes con la Constitución¹³⁹. En cambio, surgen problemas cuando están en juego derechos, dirigidos al legislador, a que valgan determinadas normas procedimentales, es decir, derechos a la sanción de normas en el ámbito de la organización

¹³⁵ Con respecto a algunos problemas constructivos de esta praxis de adscripción, cfr. H. Bethge, “Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung”, págs. 6 s., D. Lorenz, “Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz” en *AÖR* 105 (1980), págs. 639 s.

¹³⁶ BVerfGE 24, 367 (401).

¹³⁷ Con respecto al artículo 14 LF, cfr. por ejemplo: BVerfGE 35, 348 (361); 37, 132 (148); 45, 297 (322); 46, 325 (334); 49, 220 (225); 49, 252 (256); 51, 150 (156), con respecto al artículo 12 LF, cfr., por ejemplo: BVerfGE 39, 276 (294); 41, 251 (165); 44, 105 (120); 45, 422 (431); 48, 292 (297); 52, 380 (388 ss.); con respecto al artículo 2, párrafo 1 LF, cfr., por ejemplo: BVerfGE 52, 214 (219); 53, 30 (65); con respecto al artículo 16, párrafo 2 LF, cfr., por ejemplo: BVerfGE 52, 391 (407).

¹³⁸ BVerfGE 53, 30 (65).

¹³⁹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 49, 220 (225 ss.); 49, 252 (256 ss.); 51, 150 (156 ss.).

y del procedimiento. Aquí basta hacer referencia a dos decisiones interesantes en este contexto y a las consideraciones expuestas cuando se analizaron los derechos a protección. En la primera, en el fallo sobre las universidades, se encuentra el ya varias veces citado paradigma de un derecho subjetivo dirigido al legislador a que valgan determinadas normas procedimentales. Al titular del derecho fundamental del artículo 5 párrafo 3 LF le debe ser concedido “un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado”¹⁴⁰. Es fácilmente extrapolable un derecho subjetivo a normas procedimentales a partir de la segunda decisión, es decir, del fallo sobre la ley hamburguesa sobre las ordenanzas de represas. Allí, por razones de protección jurídica, el Tribunal admite una expropiación legal sólo en casos excepcionales¹⁴¹. Esto significa que al artículo 14 LF le es adscripto un derecho a que las expropiaciones en casos no excepcionales pueden ser realizadas sólo con procedimientos de expropiación administrativa. Las dos decisiones ponen claramente de manifiesto que, en el ámbito de la organización y del procedimiento, el Tribunal Constitucional Federal no excluye derechos subjetivos a la sanción de determinadas normas dirigidos al legislador. No es posible decir nada más en un nivel abstracto. Todo lo demás depende del tipo del respectivo derecho que esté en juego.

4. Derechos procedimentales y teoría del status

Uno de los problemas estructurales más interesantes de los derechos procedimentales es el de saber si en ellos efectivamente se trata de derechos a acciones positivas que han de ser adscriptas al status positivo o si pertenecen más bien al status negativo o al activo.

4.1. Derechos procedimentales y status negativo

Más arriba, fueron llamados derechos a acciones negativas del Estado también los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas¹⁴². En virtud de normas del derecho ordinario, existen innúmeras

¹⁴⁰ BVerfGE 35, 79 (116).

¹⁴¹ BVerfGE 24, 367 (402 s.).

¹⁴² Capítulo 4. II. 1.1.1.3.

posiciones procedimentales de derecho ordinario. En la medida en que su existencia es exigida iusfundamentalmente —y tal suele ser el caso— el contenido jurídico-procedimental de las normas de derecho fundamental consiste en prohibir su eliminación, es decir, protegerlas con la defensa ante actos de eliminación. ¿Significa esto que es falso tratar a los derechos procedimentales —tal como aquí se hace— dentro del marco del *status positivo*?

La pregunta debe ser respondida negativamente. Es, por cierto, correcto que el contenido jurídico-procedimental de las normas de derecho fundamental consiste, en una medida considerable, en que protegen las posiciones jurídico-procedimentales existentes prohibiendo su eliminación sin más o su eliminación sin compensación. Es también correcto que a los derechos que corresponden a *estas* prohibiciones hay que adscribirles el *status negativo* (en sentido amplio)¹⁴³, lo que significa que las normas iusfundamentales dirigidas a procedimientos pueden ser discutidas en una medida considerable también dentro del marco del análisis de los derechos del *status negativo*. Pero, de todo esto no se sigue que sea inadecuado —y mucho menos falso— tratar los derechos procedimentales en el contexto del *status positivo*.

Un primer argumento al respecto es que cuando no se trata del aseguramiento de lo normativamente existente sino de algo nuevo, la pregunta reza siempre si el Estado tiene o no que *hacer* algo (sancionar normas). Esto es diferente en el caso de los derechos al no impedimento de acciones y a la no afectación de situaciones (naturales)¹⁴⁴. En él, la cuestión consiste siempre en saber si el Estado debe *omir* algo o no. Sin embargo, la fuerza de este argumento es limitada. Se lo puede aceptar y decir que, cuando se trata de algo nuevo, los derechos a procedimiento tienen que ser tratados en el contexto del *status positivo*, pero que el aseguramiento de posiciones procedimentales ya existentes es una cuestión que tiene que ser adscripta exclusivamente al *status negativo*. Ello significaría que, en considerable medida, el aspecto procedimental tendría que ser adscripto al *status negativo*. Por lo tanto, para la justificación de un tratamiento amplio dentro del *status positivo*, se requiere un argumento más.

Este argumento sostiene que los derechos a posiciones procedimentales son derechos a que exista algo para cuya creación se necesitan acciones positivas. Frente a este aspecto es casual el que las

¹⁴³ Cfr. supra, Capítulo 4. III. 3.

¹⁴⁴ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.1.1.1.

acciones que conducen a la existencia de derecho ordinario de posiciones procedimentales hayan sido ya realizadas o no. El hecho de que los actos de sanción de normas, necesarios para la creación de las posiciones de derecho ordinario, hayan sido ya realizados no modifica en nada el hecho de que si todavía no hubieran sido realizados existiría un derecho a su realización. Este derecho hipotético a la realización tiene primacía frente al derecho a no eliminación. Esto se muestra, entre otras cosas, en el hecho de que una respuesta a la cuestión de si una posición procedural de derecho ordinario está protegida por un derecho a no eliminación presupone una respuesta a la cuestión de si el titular de la posición tiene frente al legislador un derecho a que le facilite esta posición.

Sólo como complementación, cabe recordar un tercer argumento ya mencionado¹⁴⁵. No parece estar excluida la posibilidad de considerar como acciones del legislador no sólo los actos de sanción de normas y derogación de normas, sino también los de mantenimiento en vigencia de las normas. Si se adopta esta perspectiva, el problema del *status* se soluciona muy fácilmente: con respecto a las ya existentes posiciones procedimentales de derecho ordinario, los derechos procedimentales son derechos a que el legislador realice la acción positiva del mantener-en-vigencia.

4.2. Derechos procedimentales y *status activo*

Más plausible que una adscripción al *status negativo* es una clasificación de los derechos procedimentales como derechos del *status activo*. En este sentido, dice Häberle: el "*status activus processualis* debe ser adscripto al *status activus* hasta ahora primariamente jurídico-material"¹⁴⁶.

A primera vista, en favor de una tal adscripción, habla el hecho de que en el ámbito del procedimiento y de la organización se trata, esencialmente de *competencias*¹⁴⁷ y el *status activo* consiste en competencias¹⁴⁸. Pero, si se ven las cosas más de cerca, se percibe que el

¹⁴⁵ Capítulo 4. II. 1.1.2.

¹⁴⁶ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 81.

¹⁴⁷ Cuando de lo que se trata es de competencias, se trata también siempre de sujetos al igual que de los opuestos de competencias y sujetos, es decir, no-competencias y no-sujetos; con respecto a estos conceptos, cfr. supra, Capítulo 4. II. 3.5.

¹⁴⁸ Cfr. supra, Capítulo 4. III. 3.

asunto no es tan simple. Los derechos a organización y procedimiento frente al legislador no son competencias sino derechos a competencias. Y, en tanto tales, pertenecen, sin duda, al status positivo.

Naturalmente, con esto no se ha dicho la última palabra acerca de la conexión entre los derechos a organización y procedimiento y el status activo. En tanto derechos a organización y procedimiento, los derechos que están en cuestión no pertenecen, por cierto, al status activo; pero, aquello que tienen como objeto, es decir, la organización y el procedimiento, o sea, esencialmente competencias, puede ser lo que pertenece al status activo.

Como lo muestra un ejemplo, en algunos casos, esto vale sin problema alguno. El artículo 38 párrafo 1 LF confiere al individuo un derecho subjetivo a votar. Es imposible votar si se carece de toda organización. Por lo tanto, el artículo 38 párrafo 1 LF confiere al individuo un derecho frente al Estado a que éste posibilite las elecciones a través de su organización. Como la Ley Fundamental no prescribe ningún determinado sistema electoral¹⁴⁹, y como en la configuración del derecho electoral hay que tener en cuenta principios electorales que entran en colisión, el legislador tiene un margen de acción nada despreciable,¹⁵⁰ pero, no todo queda librado a su discreción. Las competencias del individuo particular —que, en virtud del artículo 38 párrafo 1 LF el Estado tiene que crear a través de la legislación ordinaria y a cuya existencia el individuo tiene un derecho subjetivo con fuerza constitucional— constituyen una parte esencial de su status activo, en el sentido clásico de Jellinek.

La cuestión es saber hasta dónde esto puede generalizarse. Un ejemplo que pone claramente de manifiesto la dificultad de una generalización es el deber del Estado —adscrible al artículo 9 párrafo 1 LF— de facilitar normas del derecho de asociación que, con razón, suele ser tratado dentro del contexto de la “realización y aseguramiento del derecho fundamental a través de la organización y el procedimiento”. Las competencias creadas por las normas del derecho de asociación no pertenecen al status activo clásico porque no son competencias para “participar en el Estado”, en el sentido de Jellinek¹⁵¹. Si, sin embargo, se las quiere incluir en el status activo, hay que ampliar este concepto. Una tal ampliación puede llevarse a cabo de

dos maneras: extendiéndolo a todas las competencias jurídicas del individuo o ampliándolo a todas las posiciones jurídicas cuya asunción, de alguna manera, influye o puede influir en la formación de la voluntad estatal. Sin embargo, no son aconsejables ninguna de las dos posibilidades. Resumir bajo un concepto todas las competencias que el individuo posee en un sistema jurídico es, sin duda, una cuestión interesante pero, para ello no debería utilizarse el concepto del status activo. El sistema de Jellinek dirigido a la relación ciudadano/Estado quedaría así destrozado. Tampoco parece funcional incluir en el status activo todas las posiciones jurídicas cuya asunción puede, de alguna manera, influir en la formación de la voluntad estatal; por ejemplo, la libertad jurídica de expresar la propia opinión. Se borraría la diferencia —tan importante para los sistemas jurídicos— entre competencias jurídicas que, en tanto tales, tienen como objeto la formación de la voluntad estatal, y la libertad jurídica de influir en ella fácticamente, que es aconsejable mantener también para quien está interesado primordialmente en la influencia fáctica. Con esto no se ha dicho nada en contra de la posibilidad de reunir bajo un concepto los derechos que, en el sentido más amplio, posibilitan o deben posibilitar una influencia en el proceso de la formación de la voluntad pública y/o estatal. Pero, se aboga para que al realizarse una reunión tal no se pierdan de vista las diferencias teórico-estructurales que tienen una considerable importancia para la situación jurídica del individuo, de la que depende esencialmente su situación fáctica. Para ello, es aconsejable un concepto orientado teórico-estructuralmente, es decir, estrecho, del status activo. Para el concepto amplio puede utilizarse la designación “derechos políticos”.

Esto significa que algo, pero no todo aquello que es objeto de los derechos a organización y procedimiento pertenece al status activo. Esto conduce a la cuestión de la existencia de una línea de demarcación entre las posiciones que tienen que ser incluidas en el status activo y aquellas que no. El fallo Mülheim-Kärlich¹⁵² puede servir para aclarar el problema de la demarcación. Ello es así en virtud de las diferentes acentuaciones que obtiene el procedimiento de autorización del derecho atómico en la fundamentación de la mayoría y en el voto minoritario en disidencia. Las normas del procedimiento de autorización del derecho atómico no confieren ninguna competencia de codecisión. Estarían dadas competencias de codecisión —y, con ello,

¹⁴⁹ BVerfGE 6, 104 (111).

¹⁵⁰ BVerfGE 3, 19 (24 s.).

¹⁵¹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, págs. 136 ss.

¹⁵² BVerfGE 53, 30.

para una participación en la formación de la voluntad estatal en el sentido de Jellinek— si los ciudadanos que corren peligro o sus representantes fueran miembros de un órgano que vota sobre el otorgamiento de la autorización de derecho atómico o si los ciudadanos que corren peligro o sus representantes tuvieran un derecho de voto. Pero, las posiciones procedimentales del ciudadano se limitan a un haz de derechos de información y análisis. Como su elemento esencial puede ser considerada la competencia de objeción, cuyo uso fundamenta el deber de análisis de las autoridades de autorización (§§ 7 párrafo 1 y 8, párrafo 1 AtVfV). La autoridad decide si y cómo tienen que ser consideradas las objeciones. De esta manera, el procedimiento sigue, en sus rasgos esenciales, el modelo *audiatur et altera pars* y no el modelo de la votación. Si se vincula esta estructura del procedimiento con la finalidad que le es atribuida, es decir, la protección de los derechos individuales¹⁵³, se obtiene un argumento en contra de la adscripción al status activo en el sentido de Jellinek.

Un cuadro algo diferente proporciona la opinión en disidencia. También allí se subraya la finalidad de la protección de los derechos individuales y se destaca que “la prerrogativa de decisión debe seguir estando en manos de la autoridad competente”. Pero, es interesante saber cómo ha de lograrse el objetivo de protección junto con el mantenimiento de la competencia de decisión de las autoridades, es decir: “a través de un proceso de comunicación entre las empresas que tienen a su cargo las centrales atómicas, los ciudadanos amenazados y las autoridades competentes”, que tiene que asegurar “una consideración objetiva de todos los puntos de vista relevantes”¹⁵⁴. En este contexto, se habla también de una “influencia” de los participantes en la decisión¹⁵⁵. Estas manifestaciones han sido interpretadas en el sentido de una tendencia en dirección hacia un procedimiento de decisión de democracia de base y criticadas a causa de una contradicción entre la idea de un tal procedimiento y la de los derechos fundamentales¹⁵⁶. Más adelante será analizado el problema general de la relación entre derecho fundamental y procedimiento¹⁵⁷. Aquí tiene importancia sólo una intelección, que la

opinión en disidencia señala, con razón, como así también sus consecuencias para el problema de la adscripción al status activo. La opinión en disidencia señala, con razón, que el sentido de la participación ha de verse en la creación de una influencia en la decisión que ha de lograrse a través de un proceso de comunicación. Si no existiera la posibilidad fáctica de que a través de la participación se adoptasen otras decisiones que no se hubieran tomado sin la participación, ésta sería un medio inadecuado y, por lo tanto, carecería de sentido por lo que respecta al objetivo de la protección iusfundamental. En ese caso, podría servir sólo fines no referidos a la protección iusfundamental o el dudoso fin de una protección iusfundamental a través del retrasamiento de la intervención, sin que importara el que fuera conforme a derecho o no. Aquí habrá de partirse de la hipótesis de que la participación con respecto a la protección iusfundamental no carece de sentido. Puede entonces decirse que la participación crea jurídicamente la posibilidad fáctica de una influencia, referida a la protección iusfundamental, en un proceso de formación de la voluntad estatal. Esto es menos que una competencia jurídica de codecisión en la formación de la voluntad estatal pero, claramente, tiene más que ver con la formación de la voluntad estatal que, por ejemplo, la competencia de derecho privado para celebrar un contrato. El ejemplo muestra que el concepto de status activo en el sentido de Jellinek es un punto de partida irrenunciable para aprehender las posiciones de derecho procedural y organizativo pero, en el ámbito no abarcado por este concepto, son necesarias diferenciaciones con la ayuda de instrumentos más refinados.

5. Tipos de derechos de organización y procedimiento

A la pluralidad de las formas y contenidos de organización y procedimiento en el ámbito de los derechos fundamentales corresponde una pluralidad de posibilidades de clasificación de los derechos a organización y procedimiento. Una clasificación amplia, que abarque todos los fenómenos y aspectos, es sólo posible sobre la base de una dogmática detallada de los derechos a organización y procedimiento. Ello debería ser objeto de otra investigación. Aquí interesa tan sólo subrayar los puntos de vista cuyo tratamiento en el marco de una teoría estructural general de los derechos fundamentales vale la pena y, por lo tanto, está impuesto. Bajo este aspecto, parece útil una división en cuatro grupos tomando en cuenta el objeto de los dere-

¹⁵³ BVerfGE 53, 30 (64).

¹⁵⁴ BVerfGE 53, 30 (77).

¹⁵⁵ BVerfGE 53, 30 (76).

¹⁵⁶ Cfr. F. Ossenbüttel, “Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts”, págs. 3 y 6.

¹⁵⁷ Cfr., por ejemplo, H. H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte”, págs. 183 ss.; C. Starck, “Die Grundrechte des Grundgesetzes”, págs. 242 s.

chos: (1) competencias de derecho privado. (2) procedimientos judiciales y administrativos (procedimiento en sentido estricto). (3) organización en sentido estricto y (4) formación de la voluntad estatal.

5.1. Competencias de derecho privado

Los derechos a competencias de derecho privado son derechos frente al Estado para que este formule normas que son constitutivas para las acciones jurídicas de derecho privado y, con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado. Estos derechos pueden referirse tanto al hecho de que estos tipos de normas tengan vigencia, como así también al hecho de que tengan un determinado contenido. Ejemplos de complejos de normas que pertenecen al ámbito de tales tipos de derechos y que son analizados en el contexto de la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales¹⁵⁸ son las normas del derecho de los contratos, de la propiedad, del matrimonio, del derecho sucesorio y de asociación.

Los mencionados complejos de normas son justamente aquello que tradicional y correctamente son llamados "institutos jurídicos". Esto conduce a dos cuestiones: (1) ¿Qué tienen que ver los institutos jurídicos de derecho privado con la idea del procedimiento? (2) ¿Existen derechos fundamentales a institutos jurídicos de derecho privado o están los institutos jurídicos de derecho privado protegidos simplemente por una garantía de instituto objetiva?

La conexión entre institutos jurídicos de derecho privado y la idea del procedimiento reside en el hecho de que los institutos jurídicos de derecho privado consisten esencialmente en competencias que, en tanto tales, no delimitan en su contenido las esferas jurídicas de los sujetos de derecho privado sino que, más bien, fundamentan la posibilidad de llevar a cabo una tal delimitación. Pero, esto significa que son procedimientos para la creación de derecho. En tanto procedimientos para la creación autónoma-privada de derecho, son variaciones de un modelo básico del procedimiento, es decir, del modelo del contrato¹⁵⁹.

¹⁵⁸ K. Hesse, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte", pág. 434; C. Starck, "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung", pág. 485.

¹⁵⁹ Cfr. R. Dreier, "Recht und Gerechtigkeit" en *Funkkolleg Recht*, Studienbeigleitbrief 2, editado por el Dtsch. Inst. f. Fernstudien an der Univ. Tübingen, Weinheim/Basilea 1982, págs. 28 ss.

No tan fácil de responder es la cuestión de saber si existen derechos subjetivos a la existencia de institutos jurídicos de derecho privado o si éstos están sólo objetivamente protegidos frente al legislador¹⁶⁰. Desde los trabajos de Martin Wolff¹⁶¹ y Carl Schmitt¹⁶², la protección iusfundamental de los institutos jurídicos de derecho privado es analizada como problema de una garantía objetiva del instituto^{163, 164}. Bajo la Constitución de Weimar, esta doctrina apuntaba —en vista del dilema de "la falta de significado, por una parte, y la vacuidad, por otra"¹⁶⁵— a asegurar en cierta medida la prioridad constitucional de determinados derechos fundamentales¹⁶⁶. Con el artículo 1 párrafo 3 LF, que vincula directamente también al legislador a los derechos fundamentales como derecho de validez inmediata, ha desaparecido esta razón para la suposición de garantías de instituto meramente objetivas. Con ello, se abre la vía a una subjetivización de la protección iusfundamental de las competencias de derecho privado y, como lo ha expuesto, sobre todo, Kloepfer¹⁶⁷, está iusfundamentalmente impuesto recorrerla¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Cfr. al respecto supra. Capítulo 4. II. 3.6.1.

¹⁶¹ M. Wolff, "Reichsverfassung und Eigentum" en *Festgabe f. W. Kahl*, Tübinga 1923, págs. 5 s.

¹⁶² C. Schmitt, *Verfassungslehre*, págs. 170 ss.; del mismo autor, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung" en del mismo autor, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2a edición, Berlín 1973, págs. 140 ss., 160 ss.; del mismo autor, "Grundrechte und Grundpflichten", loc. cit., págs. 215 s.

¹⁶³ Siguiendo a C. Schmitt, se entenderá aquí por "garantía de instituto" la garantía jurídico-constitucional de institutos de derecho privado, que debe ser distinguida de la "garantía institucional" que vale para instituciones de derecho público; cfr. C. Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien", págs. 143, 149, 160 ss.

¹⁶⁴ Con respecto al estado actual de la discusión, cfr. E. Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Göttinga 1979.

¹⁶⁵ C. Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien", pág. 141.

¹⁶⁶ Cfr. W. Schmidt, "Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte", págs. 174 s.

¹⁶⁷ M. Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, págs. 37 ss.

¹⁶⁸ Algunas Constituciones de los Estados federados ponen de manifiesto que la idea de derechos fundamentales a competencias de derecho privado no es algo insólito. Así, en el artículo 45 párrafo 1 frase 3 de la Constitución de Hesse se dice: "Cada cual está autorizado a adquirir y disponer de la propiedad de acuerdo con las leyes". Cfr., además, artículo 60, párrafo 1, frase 2 de la Constitución de Renania-Palatinado; artículo 109, párrafo 1, frase 2 de la Constitución de Baviera como así también el artículo 111, párrafo 2 de la Constitución de Weimar.

El argumento principal para la subjetivización es que numerosos derechos fundamentales presuponen conceptualmente la existencia de institutos jurídicos de derecho privado. Sin normas sobre la propiedad, no existe ninguna propiedad en sentido jurídico, sin normas sobre el matrimonio, ningún matrimonio en sentido jurídico, etcétera. El Tribunal Constitucional Federal observa correctamente: "El derecho fundamental del individuo presupone el instituto jurídico 'propiedad'"¹⁶⁹. Un legislador que eliminase institutos jurídicos como los de la propiedad y el matrimonio privaría a los titulares de derechos fundamentales de algo a lo que tienen un derecho subjetivo.

La cuestión es, desde luego, saber quién tiene un derecho subjetivo a cuáles normas. Un *test* lo ofrecen las normas que posibilitan el surgimiento de posiciones jurídicas de derecho privado, es decir, fundamentan competencias, por ejemplo, para la adquisición de la propiedad o para contraer matrimonio. Utilizando la terminología de Kloepfer, podría decirse que este tipo de normas no sirve para la protección de la existencia sino para asegurar el surgimiento¹⁷⁰. Con respecto a la celebración del matrimonio, el Tribunal Constitucional Federal ha dado una respuesta clara. Adscribe al artículo 6 párrafo 1 LF un "derecho a la libertad de contraer matrimonio"¹⁷¹. Esto debe ser entendido en el sentido de que al artículo 6 párrafo 1 LF, hay que adscribirle, entre otros, un derecho a la competencia a celebrar matrimonio con la pareja elegida. Las cosas no son tan fáciles en el caso de la competencia para adquirir propiedad¹⁷². ¿Violaría también los derechos fundamentales del artículo 14 LF de las personas que no poseen ninguna propiedad inmueble una ley que imposibilitara la adquisición de propiedades inmuebles? Kloepfer da una respuesta afirmativa a esta cuestión con el argumento de que "no es concebible una libertad de enajenar sin una libertad de adquirir"¹⁷³. Sin embargo, de la protección iusfundamental subjetiva de la competencia para enajenar¹⁷⁴, que sin duda existe, no se infiere necesariamente una

¹⁶⁹ BVerfGE 24, 367 (369).

¹⁷⁰ M. Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, págs. 24 ss.

¹⁷¹ BVerfGE 36, 146 (161).

¹⁷² Con respecto al estado de la discusión, cfr. M. Kloepfer, op. cit., págs. 37 ss.; P. Wittig, "Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz" en *NJW*, 1967, págs. 2185 ss.

¹⁷³ M. Kloepfer, op. cit., pág. 47.

¹⁷⁴ BVerfGE 26, 215 (222).

correspondiente protección subjetiva de la competencia de adquirir. El derecho subjetivo a la competencia para enajenar es, sin más, conciliable con el hecho de que la competencia para adquirir está protegida sólo objetivamente dentro del marco de una garantía institucional. El argumento decisivo para la subjetivización resulta, más bien, de la idea del procedimiento. Al garantizar los derechos fundamentales institutos jurídicos de derecho privado, garantizan procedimientos para la configuración autónoma-privada de relaciones jurídicas en situaciones de igual jerarquía. Tanto la idea de la equidad del procedimiento como la de la libertad individual en el ámbito del derecho patrimonial exigen que gocen de plena protección iusfundamental no sólo las posiciones de derecho privado ya existentes, sino también la posibilidad jurídica de adquirir posiciones de derecho privado. Por ello, el artículo 14 LF debe ser interpretado en el sentido de que garantiza un derecho subjetivo también a la competencia para adquirir propiedad.

Lo que se acaba de decir debe ser generalizado. No existen primero, garantías institucionales objetivas que, a través del aseguramiento de un conjunto básico de normas sirvan para el aseguramiento de derechos fundamentales y, segundo, derechos fundamentales como derechos subjetivos que de esta manera son asegurados, sino que existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental. De esta manera, las garantías institucionales resultan ser, desde el punto de vista dogmático, construcciones superfluas. Esto no significa que no exista una garantía iusfundamental de los institutos jurídicos de derecho privado. El que *a* tenga frente al Estado un derecho a que valgan las normas *N₁*, ..., *N_n* del instituto jurídico *I* significa que el Estado está obligado frente a *a* a procurar que valgan las normas *N₁*, ..., *N_n*. Pero, si el Estado está obligado frente a *a* a procurar que valgan las normas *N₁*, ..., *N_n*, entonces está obligado a que valgan las normas *N₁*, ..., *N_n*. La concepción expuesta no conduce pues a un menor aseguramiento iusfundamental de los institutos jurídicos de derecho privado. Agrega la subjetivización al mero aseguramiento objetivo. Este agregado es indispensable si los derechos fundamentales son tomados en serio como derechos individuales.

5.2. Procedimientos judiciales y administrativos (procedimientos en sentido estricto)

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una "protección jurídica efectiva"¹⁷⁵. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. A la garantía de los derechos materiales hay que referir la fórmula del Tribunal Constitucional Federal que describe de la siguiente manera la tarea del derecho procesal: "El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conformes a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, justas"¹⁷⁶. Todo esto indica que, en el ámbito del procedimiento, hay que relacionar dos aspectos: uno procedural y otro material.

Existen dos modelos fundamentalmente diferentes de la relación entre el aspecto procedural y el material. De acuerdo con el primer modelo, la corrección del resultado depende exclusivamente del procedimiento. Si el procedimiento ha sido llevado a cabo correctamente, el resultado es correcto. No existe un criterio independiente del procedimiento para juzgar acerca de la corrección. De acuerdo con el segundo modelo, existen pautas de corrección independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta corrección en la mayor medida posible, como así también para llenar los campos de acción que dejan libres estas pautas.

Una teoría procedural general tiene que agregar a esta diferencia otras más, especialmente aquéllas que se refieren al ordenamiento escalonado de los procedimientos. Sin embargo, aquí no se trata de una teoría procedural general, sino de juzgar acerca de la relación entre procedimientos jurídicos y derechos fundamentales¹⁷⁷. Si uno se limita a este punto, puede decirse que sólo el segundo modelo hace justicia a la idea de los derechos fundamentales. En algunos respectos decisivos, los derechos fundamentales son no-procedimentales. Esto

¹⁷⁵ Cfr. BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 132 (148); 39, 276 (294); 44, 105 (120); 45, 297 (322); 45, 422 (432); 46, 325 (334); 48, 292 (297); 49, 252 (256); 51, 150 (156); 53, 30 (64 s.).

¹⁷⁶ BVerfGE 42, 64 (73); cfr., además. BVerfGE 46, 325 (333); 49, 220 (226); 52, 131 (153).

¹⁷⁷ Cfr. R. Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", págs. 178 ss.

muestra, con toda agudeza, su relación con el procedimiento legislativo democrático. No todo lo que puede ser resultado de discusión y votación en el parlamento es iusfundamentalmente posible. Los derechos fundamentales aseguran ciertamente, por una parte, la participación directa e indirecta en el procedimiento democrático. En esta medida, son procedimentales. Pero, por otra, al imponer límites materiales a este procedimiento, son no-procedimentales.

La idea de que las exigencias iusfundamentales al procedimiento no pueden sustituir las exigencias iusfundamentales al resultado vale para todos los procedimientos jurídicos. Si la opinión en disidencia en el fallo Mülheim-Kärlich considera "decisivo" que "ya el procedimiento administrativo es adecuado para conducir en el caso concreto a decisiones 'correctas' relevantes para la seguridad"¹⁷⁸, entonces no puede vincularse con ello la concepción de que el procedimiento de autorización del derecho atómico, aun cuando sus reglas sean interpretadas conforme a los derechos fundamentales, garantice en tanto procedimiento un resultado iusfundamentalmente correcto. Esto se reconoce, entre otras cosas, en el hecho de que las reglas procedimentales primero, no garantizan ningún consenso de todos los participantes y, segundo, no aseguran que las autoridades autorizantes, después de la realización del procedimiento, adopten siempre el resultado iusfundamentalmente correcto, es decir, que al final del procedimiento, los ciudadanos que sustentan una opinión diferente a la de las autoridades estén siempre equivocados desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Con esto no se dice nada en contra de la adecuación de este tipo de procedimientos para la protección de los derechos fundamentales. Aun cuando el procedimiento no garantice la conformidad iusfundamental del resultado, aumenta la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental. Por esta razón, el derecho fundamental exige procedimientos como medio para la protección de los derechos fundamentales. Pero, es claro que el simple aumento de la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental no puede ser nunca una razón para renunciar al examen judicial de la conciliabilidad material de los resultados con las normas iusfundamentales.

El hecho de que en el ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde las normas procedimentales pue-

¹⁷⁸ BVerfGE 53, 30 (76).

den aumentar la protección de los derechos fundamentales, están exigidas *prima facie* por principios iusfundamentales. Si no priman principios opuestos, existe un derecho definitivo a su vigencia. Por lo tanto, por lo que respecta a la conexión entre derechos fundamentales y procedimientos jurídicos, el aspecto procedural y el material tienen que ser reunidos en un modelo dual que garantice el primado del aspecto material.

Una comparación de los derechos a procedimiento en sentido estricto con los derechos a competencias de derecho privado muestra claramente los diferentes objetivos que se persiguen en el ámbito de la organización y el procedimiento. Mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven, en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a protección¹⁷⁹. El hecho de que ellos sean tratados aquí se justifica porque el aspecto procedural en ellos es, desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, más interesante que el de la protección.

5.3. La organización en sentido estricto

En el tercer grupo, se trata de exigencias iusfundamentales a materias jurídicas tales como el derecho universitario, el derecho de radiodifusión y el derecho de cogestión. La reunión de cosas tan diferentes bajo el concepto de organización en sentido estricto se justifica por el hecho de que tienen una cosa en común: regulan la cooperación de numerosas personas orientada a determinados fines.

Hay que distinguir entre la organización, en tanto resultado de una actividad legisladora que encuentra su expresión en normas de organización, y la organización como una unidad jurídica. Aquí se trata de derechos del individuo dirigidos al legislador, a la vigencia de normas de organización. Estos derechos tienen que ser distinguidos, por una parte, de los derechos a la organización frente al legislador y, por otra, de los derechos del individuo frente a la organización. Los derechos a organización en sentido estricto del individuo frente al legislador

son derechos del individuo a que el legislador dicte normas de organización conformes al derecho fundamental conformes. Una organización legislativa conforme al derecho fundamental puede ser asegurada no sólo a través de derechos subjetivos sino también de mandatos y prohibiciones meramente objetivos. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se encuentran ambas cosas. Del amplio campo de problemas de la organización iusfundamentalmente impuesta, interesarán tan sólo la dicotomía subjetiva/objetiva.

En la dogmática de los derechos fundamentales, suele sostenerse la concepción según la cual los derechos fundamentales tienen dos costados: uno subjetivo y otro objetivo. Desde luego, qué sean ambos costados dista mucho de ser claro¹⁸⁰. El presente contexto requiere mantener dos distinciones. La primera es una distinción entre *normas*: la segunda, una distinción entre *razones* para normas.

Las normas pueden garantizar derechos subjetivos o no. Tal como se expusiera más arriba, los derechos subjetivos son relaciones entre sujetos jurídicos¹⁸¹. Si *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste se preocupe por una determinada organización (*RaeG*)¹⁸², entonces el Estado tiene frente a *a* el deber de procurar una determinada organización (*OeaG*). Este deber relacional¹⁸³ implica un deber no-relacional. Si el Estado tiene frente a *a* el deber de procurar una determinada organización (*OeaG*), entonces el Estado tiene el deber de procurar una determinada organización (*OeG*). Todo derecho subjetivo implica, pues, un deber no-relacional y, en este sentido, un deber *objetivo*. La inversa no vale. Del hecho de que el Estado tenga un deber (*OeG*), no se sigue que haya un sujeto jurídico frente al cual existe este deber. La pregunta central con respecto a la dicotomía subjetivo/objetivo puede formularse de la siguiente manera: ¿Hasta qué punto la organización iusfundamentalmente debida está exigida por normas que confieren derechos subjetivos y hasta qué punto por normas que sólo fundamentan deberes objetivos del Estado?

La respuesta a esta cuestión depende de las razones posibles para normas iusfundamentales referidas a la organización. Las razones posibles pueden dividirse en dos grupos. Las del primer grupo apuntan a la importancia de la organización exigida por la norma iusfundamental para el *individuo*, para su situación vital, sus intereses, su

¹⁷⁹ Cfr. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 286 ss.

¹⁸⁰ Capítulo 4. II. 1.1.

¹⁸¹ Para esta forma de presentación, cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.1.

¹⁸² Cfr. al respecto, supra, Capítulo 4. II. 1.2.1.

¹⁷⁹ Cfr. supra, II. 1.

libertad. Las del segundo grupo apuntan a la importancia de la organización exigida por la norma iusfundamental para la *totalidad*, es decir, para los intereses de la comunidad o para los bienes colectivos. Una fundamentación del primer tipo puede ser llamada "individualista" y, en este sentido, "subjetiva"; una fundamentación del segundo tipo es no-individualista y, en este sentido, *objetiva*. Cuando se vinculan ambas fundamentaciones, se plantea la cuestión de saber cómo puede determinarse la relación entre ambas.

Se podría pensar que la relación entre ambos tipos de fundamentación y los dos tipos de normas consiste simplemente en que el carácter objetivo o subjetivo de la fundamentación arrastra siempre consigo el carácter objetivo o subjetivo de la norma. Sin embargo, el asunto no es tan fácil. Quien exclusiva o primordialmente fundamenta la obligación del legislador de preocuparse por una organización acorde con los derechos fundamentales haciendo referencia a los intereses de la comunidad concluirá que aquella tiene un carácter meramente objetivo. Ciertamente, quien, por el contrario, la fundamenta haciendo referencia a la libertad del individuo puede —como sucediera muy claramente en el fallo sobre las universidades— llegar a un derecho subjetivo del titular de derecho fundamental "a aquellas medidas estatales, también de tipo organizativo, que son indispensables para su ámbito de libertad asegurado iusfundamentalmente"¹⁸⁴ pero, no tiene necesariamente que hacerlo. De dos maneras puede intentarse fundamentar el hecho de que, no obstante una fundamentación subjetiva, se acepte sólo una norma objetiva de derecho fundamental. La primera estrategia utiliza la distinción, subrayada por Häberle, entre *interés iusfundamental* y derecho fundamental¹⁸⁵. La mayoría de las veces, las normas de organización iusfundamentalmente debidas tendrían que asegurarle al individuo sólo su interés iusfundamental. Pero, para ello, no sería necesario, por lo general, el otorgamiento de derechos subjetivos a organización. También la segunda estrategia admite que una organización iusfundamentalmente debida sirve, por cierto, en última instancia, al individuo pero, afirma también que, a menudo, esto lo hace sirviendo al individuo como *miembro de una totalidad de individuos*. Por esta razón, no puede, en general, hablarse de derechos subjetivos del individuo a la organización.

Para aclarar los problemas a los que con esto se hace referencia,

vale la pena echar una mirada a los tres fallos sobre la televisión de los años 1961, 1971 y 1981¹⁸⁶. En los tres se admite un deber del legislador a "ocuparse de [...] disposiciones legales para la libertad de radiodifusión"¹⁸⁷. Por libertad de radiodifusión, se entiende una *situación* que consiste en que la radiodifusión es pluralista y no está sometida al Estado¹⁸⁸. Es, al mismo tiempo, característico y correcto que en el primer fallo se cualifique a la organización legislativa como un "medio" para la obtención de este "fin"¹⁸⁹.

Aquí no interesan los numerosos problemas de la libertad radial con los que están vinculados los tres fallos. La atención habrá de centrarse en la diferente acentuación de los aspectos objetivos y subjetivos en los tres fallos. En los dos primeros, predomina el aspecto objetivo. La libertad de radiodifusión es caracterizada como "libertad institucional"¹⁹⁰. No se habla sólo en general de su "importancia fundamental para toda la vida pública, política y jurídico-constitucional en los Estados federados", sino que de la tesis de la importancia se infieren también consecuencias objetivas, es decir, que el "contenido del artículo 5 LF" fundamenta una "posición jurídico-constitucional del Estado miembro en el Estado federal", que consiste en que los Estados federados pueden exigir de la Federación la garantía de la libertad de radiodifusión¹⁹¹. Esto tiene poco que ver con derechos individuales subjetivos. Se avanza también en la dirección objetiva cuando, en el fallo del año 1971, se habla de una "naturaleza especial de la radiodifusión como una actividad con obligaciones frente al público en general"¹⁹² y se dice que las emisoras de radiodifusión cumplen "tareas de derecho público"¹⁹³.

En cambio, el fallo del año 1981 está caracterizado por un claro debilitamiento del aspecto objetivo y un reforzamiento del costado subjetivo. En el ámbito de la organización de la radiodifusión, el costado subjetivo puede, por lo menos, tener cuatro raíces: (1) los derechos de los particulares a crear emisoras, (2) los derechos de los

¹⁸⁶ BVerfGE 12, 205; 31, 314; 57, 295.

¹⁸⁷ BVerfGE 57, 295 (322).

¹⁸⁸ BVerfGE 12, 205 (265) s.; 57, 295 (323).

¹⁸⁹ BVerfGE 12, 205 (261).

¹⁹⁰ BVerfGE 12, 205 (261 s.); 31, 314 (326).

¹⁹¹ BVerfGE 12, 205 (259).

¹⁹² BVerfGE 31, 314 (328).

¹⁹³ BVerfGE 31, 314 (329); crítico al respecto y con opinión divergente. BVerfGE 31, 314 (340 ss.).

¹⁸⁴ BVerfGE 35, 79 (116).

¹⁸⁵ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungstaat", pág. 122.

particulares a informarse y formarse su propia opinión, (3) los derechos de los que trabajan en radiodifusión y (4) los derechos de los grupos sociales a hacer oír su voz en las emisoras. Esta pluralidad de referencias subjetivas está presente en el fallo cuando se dice que en la organización legislativa de la radiodifusión de lo que se trata es de equilibrar las colisiones entre las "posiciones iusfundamentales" presentando como ejemplos, por una parte, "el derecho a una información amplia y veraz, que se infiere de la libertad de información y, por otra, la libertad para manifestar su opinión por parte de aquellos que crean los programas o hablan en las emisiones"¹⁹⁴. Llama la atención también el hecho de que, en un lugar sistemáticamente central, la libertad de radiodifusión ya no es llamada "institucional" sino que es calificada como "libertad *funcional*"¹⁹⁵. Aislar estos conceptos de su contexto, puede dar lugar a múltiples confusiones. Una libertad funcional no es, por definición, la libertad negativa a hacer u omitir lo que se quiera dentro de límites, por más estrechos que éstos sean. Como la libertad iusfundamental es esencialmente una libertad negativa, el concepto de libertad funcional no puede ser sacado de los contextos en los que tiene sentido su aplicación. Un contexto tal está dado si por "libertad de radiodifusión" se entiende su situación pluralista e independiente del Estado y se considera que ello es un medio que está al servicio de la finalidad de la "libertad de formación de opinión"¹⁹⁶. Todo esto tendría poco que ver con la acentuación de lo subjetivo si con la "libertad de formación de opinión" exclusivamente se hiciera referencia a un proceso objetivo. Sin embargo, el Tribunal pone claramente de manifiesto que tal no es el caso. No habla de "formación libre de la opinión pública" sino de la "formación libre de la opinión individual y pública"¹⁹⁷. Es instructivo, además, comparar la tesis de la importancia del primer fallo sobre radiodifusión con la ahora formulada. En aquél entonces, se hablaba de una "importancia fundamental para toda la vida pública, política y jurídico-constitucional"¹⁹⁸. Ahora se habla de la "importancia [...] para la vida *individual* y *pública*"¹⁹⁹. Todo esto muestra que el deber del Estado de ocuparse del pluralismo y la independencia del Estado en la radiodifusión no es

fundamentado sólo objetivamente sino, esencialmente, también subjetivamente. Para no complicar las cosas, aquí serán tratadas sólo la libertad de la formación de opinión y la libertad de información como razones subjetivas.

¿Significa la fundamentación del deber del Estado con estos argumentos, entre otros, que le corresponden derechos subjetivos? ¿Incluye "el derecho a una información amplia y veraz que se infiere de la libertad de información", del que habla el Tribunal²⁰⁰, un derecho del ciudadano frente al Estado en el sentido de que éste tiene que organizar la radiodifusión de forma tal que imperen la independencia con respecto al Estado y el pluralismo un derecho que no tiene que ser tan amplio como el deber, ya que éste puede estar apoyado por otras razones (subjetivas y/o objetivas) pero que es imponible judicialmente? Las opiniones están divididas. Así, Bethge aduce la objeción de la acción popular en contra de una "competencia para demandar en cuestiones de aseguramiento del pluralismo". Una tal competencia para demandar colocaría al individuo en la posición de un "funcionario del orden jurídico objetivo"²⁰¹. En cambio, Rupp considera posible, por lo menos, que "del artículo 5 párrafo 1 frase 2 LF surja para cada cual un derecho a una organización que garantice la libertad de los monopolios públicos de la información" porque "una organización de la radiodifusión conforme a la Constitución no está sólo al servicio del interés general sino primariamente del interés de cada cual"²⁰². Starck sostiene un derecho judicialmente imponible del ciudadano "a una organización de la radiodifusión y a un procedimiento para la composición de sus órganos que asegure un programa equilibrado"²⁰³.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, hay que partir del hecho de que los derechos fundamentales son "en primer lugar, derechos individuales". Para decirlo con sus propias palabras: "La

¹⁹⁴ BVerfGE 57, 295 (321).

¹⁹⁵ BVerfGE 57, 295 (320).

¹⁹⁶ Ibídem.

¹⁹⁷ Ibídem.

¹⁹⁸ BVerfGE 12, 205 (259).

¹⁹⁹ BVerfGE 57, 295 (321) (subrayado de R. A.).

función de los derechos fundamentales, en tanto principios objetivos, consiste en el reforzamiento básico de su fuerza de vigencia pero, sin embargo, tiene sus raíces en este significado primario. Por ello, no puede separarse de su núcleo propiamente dicho e independizarse en un esquema de normas objetivas en el que el sentido originario y permanente de los derechos fundamentales pasa a segundo plano²⁰⁴. Si se toma en serio la tesis según la cual los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos subjetivos, es inevitable una segunda tesis: si una libertad individual está protegida iusfundamentalmente, entonces la protección tiene, en principio, la forma de un derecho subjetivo. Pero, esto significa que, en principio, al deber de organización del Estado corresponden derechos de los individuos en la medida en que al Estado le está ordenada la organización porque así lo exige la protección de la libertad de cada cual. Así, pues, en la medida en que una organización de la radiodifusión pluralista e independiente del Estado está exigida iusfundamentalmente por la libertad de formación de la opinión y de información del individuo, para el Estado vale no sólo un deber objetivo; más bien a este deber corresponde un derecho subjetivo del individuo afectado. Pero, si existen derechos subjetivos, desaparece la objeción de la demanda popular. El demandante individual no actúa como funcionario del orden jurídico objetivo, sino para hacer valer sus derechos.

Restan los otros dos argumentos presentados más arriba en contra de la inferencia de una norma subjetiva (es decir, de una norma que garantiza un derecho subjetivo) a partir de una fundamentación subjetiva (es decir, una fundamentación que apunta a la libertad individual). El primer argumento intenta trazar una línea de demarcación entre intereses iusfundamentales y derechos fundamentales; el segundo remite a la no-individualizabilidad.

Frente al primer argumento, hay que conceder que la importancia de una protección iusfundamental del individuo puede ser tan reducida y/o la afectación del individuo por la organización puede ser tan mediata, que no esté ordenado el reconocimiento de un derecho subjetivo como la forma más fuerte de protección, sino que baste la protección por una mera norma objetiva. Sin embargo, el hecho de que se admita una mera protección objetiva debe ser fundamentado. Básicamente, hay que reconocer, en todo caso, un derecho subjetivo bajo la forma de un derecho *prima facie*.

²⁰⁴ BverfGE 50, 291 (337).

El segundo argumento aduce que una organización iusfundamentalmente ordenada sirve siempre, en última instancia, al individuo pero que, a menudo, lo hace sirviendo al individuo como miembro de una totalidad, lo que excluiría el reconocimiento de un derecho individual. Un aspecto de este argumento aparece en Ossenbühl, quien afirma: "Donde *todos* están afectados por igual no puede ya hablarse de una afectación *individual*"²⁰⁵. Con esta frase no puede querer decirse que cuando están afectados todos los individuos de una clase no está afectado cada individuo, pues, esto último se infiere lógicamente de lo primero. Lo que puede querer decirse es que no están afectados los individuos aislada sino conjuntamente con otros individuos. Pero, esto no excluye la lesión de derechos subjetivos de los individuos. A través del establecimiento de una televisión estatal, en la que sólo hiciera oír su voz un grupo social, todos quedarían afectados. Pero, de aquí no se sigue que no pueda estar lesionado un derecho individual al pluralismo y a la independencia estatal de la radiodifusión. Tomar en serio los derechos fundamentales como derechos de los individuos excluye toda argumentación con totalidades. El argumento de la totalidad no puede, pues, afectar la tesis según la cual el individuo, si está iusfundamentalmente protegido, lo está por principio no sólo a través de normas objetivas, sino de derechos subjetivos.

5.4. Formación de la voluntad estatal

El cuarto grupo está constituido por los derechos frente al Estado a que éste, a través de la legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal. El ejemplo más importante es el derecho adscripto al artículo 38 párrafo 1 LF a la normación legislativa ordinaria conforme al derecho fundamental, de la competencia para votar. Como ya se ha señalado, el derecho a una competencia es un derecho del status positivo y no del status activo. Su objeto es una prestación normativa del Estado. Pero, esta prestación normativa consiste en que al individuo se le posibilita jurídicamente ejercer la competencia de votar que pertenece al status activo.

La distinción entre el derecho dirigido al legislador a la normación legislativa ordinaria de la competencia para votar y la competencia

²⁰⁵ F. Ossenbühl, "Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts", pág. 7.

para votar muestra de una manera especialmente clara la conexión entre derechos fundamentales y procedimiento democrático. En virtud de la competencia para votar, quien detenta esta competencia participa, aunque más no sea indirectamente²⁰⁶, en la legislación. En virtud del derecho a una normación legislativa ordinaria conforme al derecho fundamental, puede ser un adversario del legislador porque su derecho fundamental fija límites a la competencia de éste. Este aspecto doble vale para todos los derechos fundamentales que pueden ser ejercidos para los fines de la participación en el proceso de formación de la voluntad legislativamente relevante, es decir, por ejemplo, también para el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y asociación. Por una parte, abren la posibilidad de una participación legislativamente relevante en el proceso de formación de la voluntad y, por otra, en tanto derechos fundamentales, fijan restricciones a la competencia del legislador. Están tan sólo referidos a esto último derechos fundamentales en la medida en que pueden ser ejercidos para fines diferentes a la participación en el proceso legislativamente relevante de formación de la voluntad. Ya esto muestra que los derechos fundamentales, al asegurar el procedimiento democrático, expresan una confianza en su razón pero, esta confianza no es ilimitada. Por lo tanto, existe una conexión interna y una relación de tensión entre los derechos fundamentales y el principio de la democracia.

IV. DERECHOS A PRESTACIONES EN SENTIDO ESTRICTO (DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES)

1. Concepto y estructura

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.

Hay que distinguir entre derechos a prestaciones explícitamente

²⁰⁶ Cfr., por ejemplo, F. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Constanza 1970, págs. 29 ss.

estatuidos, tal como se encuentran en una serie de constituciones de los Estados federados alemanes, y los derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente. A veces, se reserva la expresión "derechos sociales fundamentales" para los primeros, mientras que los últimos son llamados "derechos fundamentales a prestaciones"²⁰⁷ o "interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad"²⁰⁸. La diferencia entre los derechos a prestaciones explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos es, sin duda, importante. Por otra parte, existe una semejanza amplia con respecto al contenido²⁰⁹, la estructura²¹⁰ y los problemas²¹¹. Esto justifica llamar a todos los derechos a prestaciones en sentido estricto "derechos sociales fundamentales" y distinguir, dentro de la clase de los derechos sociales fundamentales, entre los explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos²¹².

Ya se ha expuesto que la Ley Fundamental —si se prescinde de excepciones estrechamente delimitadas— no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente formulados pero, sin embargo, se discute extensa y apasionadamente²¹³ si y en este caso cuáles son los derechos sociales fundamentales que garantiza la Ley Fundamental²¹⁴. Esta polémica —a la que ha contribuido en gran medida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal— es una polémica acerca de si está impuesto adscribir a las disposiciones de derechos fundamentales normas²¹⁵ que confieren derechos sociales fundamentales. El hecho de que tales adscripciones estén ordenadas o no estén permitidas desde el punto de vista del derecho constitucional depende de las razones jurídico-constitucionales que hablen a favor o en contra de estas posibilidades. La bondad de las razones puede

²⁰⁷ J. Lücke, "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzungsaufträge" en *AöR* 107 (1982), pág. 31.

²⁰⁸ W. Martens, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 12.

²⁰⁹ W. Martens, loc. cit., pág. 30.

²¹⁰ E. W. Böckenförde, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge" en E. W. Böckenförde/J. Jekewitz/T. Ramm (comps.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg/Karlsruhe 1981, pág. 12.

²¹¹ J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a edición, Basilea/Francfort 1981, pág. 166.

²¹² Cfr. J. Isensee, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", pág. 373.

²¹³ Cfr. la bibliografía en K. Hernekamp (comp.), *Soziale Grundrechte*, Berlin/Nueva York 1976, págs. 235 ss.

²¹⁴ Cfr. supra, I. 3.

²¹⁵ Con respecto al concepto de adscripción, cfr. supra, Capítulo 2. II. 2.

determinarla sólo quien sabe para qué son estas razones. Por ello, hay que echar, por lo pronto, una mirada a los candidatos a adscripción.

Las normas que son adscriptas a las disposiciones iusfundamentales bajo la designación "derechos sociales fundamentales" son de un tipo muy diferente. Desde puntos de vista teórico-estructurales, pueden ser divididos de acuerdo con tres criterios. Primero, puede tratarse de normas que confieren derechos *subjetivos* o de normas que obligan al Estado, sólo *objetivamente*. Pueden, segundo, ser normas *vinculantes* o *no-vinculantes* y, en este sentido ser enunciados programáticos. Una norma será llamada "vinculante" si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal. Tercero, las normas pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, es decir, pueden ser principios o reglas. Si uno combina estos criterios, se obtienen ocho normas de estructura muy diferente, tal como puede apreciarse en el cuadro siguiente:

vinculante				no vinculante			
subjetivo		objetivo		subjetivo		objetivo	
def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.
1	2	3	4	5	6	7	8

La protección más fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones (1); la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones (8). A la luz de esta tabla hay que interpretar las múltiples tesis teórico-normativas que se formulan en el ámbito de los derechos sociales. Cuatro ejemplos: según Hesse, de la "comprensión de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas" resulta "para el legislador [...] una obligación (positiva) para hacer todo a fin de realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista para ello un derecho subjetivo del ciudadano"²¹⁶. Con esto puede querer hacerse referencia a obligacio-

²¹⁶ K. Hesse, "Bestand und Bedeutung" en *Handbuch des Verfassungsrechts*, edición a cargo de E. Benda W. Maihofer H. J. Vogel, Berlín/Nueva York 1983, pág. 95.

nes *prima facie* objetivas vinculantes (4). Von Mutius clasifica los "derechos de participación" analizados en el primer fallo sobre el *numerus clausus* como "pretensiones iusfundamentales a prestaciones" que tendrían que ser concebidas como "*leges imperfecta*", como "meros enunciados programáticos"²¹⁷. Esto puede ser interpretado en el sentido de un derecho subjetivo definitivo no vinculante (5)²¹⁸. El Tribunal Constitucional Federal habla del "derecho a la admisión al estudio de su elección" que "en sí" posee el ciudadano que ha aprobado el bachillerato, pero que se encuentra bajo la "reserva de lo posible"²¹⁹. Como habrá de exponerse más adelante, este derecho tiene que ser considerado como un derecho subjetivo *prima facie* vinculante (2). Finalmente, el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante (1)²²⁰.

A estas diferencias estructurales se agregan otras de contenido. Especialmente importante es la que existe entre un contenido *mínimo* y otro *máximo*²²¹. Un programa minimalista apunta a asegurarle "al individuo el dominio de un espacio vital y un status social" mínimos", es decir, aquello que fue llamado "derechos mínimos" y "derechos sociales 'pequeños'"²²². En cambio, estamos frente a un contenido maximalista cuando se habla de una "realización plena" de los derechos fundamentales²²³ o cuando el derecho a la educación es caracterizado como "derecho a la emancipación cultural-intelectual a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político-social"²²⁴.

²¹⁷ A. v. Mutius, "Grundrechte als 'Teilhaberechte' - zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des 'numerus clausus'" en *VerwArch* 64 (1973), pág. 193.

²¹⁸ En cambio, las "máximas programáticas vinculantes" de Krebs tienen que ser consideradas como normas que fundamentan obligaciones *prima facie* objetivas y vinculantes (cfr. W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pág. 92).

²¹⁹ BVerfGE 43, 291 (314 s.).

²²⁰ Cfr. al respecto, supra, I. 2.

²²¹ Con respecto a esta distinción, cfr. con más bibliografía, N. R. Breuer, "Grundrechte als Anspruchsnormen", pág. 95.

²²² L. Wildhaber, "Soziale Grundrechte", pág. 385.

²²³ J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, pág. 183. Cfr., además, J. Lücke, "Soziale Grundrechte als Staatsziel-bestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", pág. 18.

²²⁴ K. H. Friauf, "Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat" en *DVBl* 1971, pág. 676; W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pág. 122.

²²⁵ L. R. Reuter, "Soziales Grundrecht auf Bildung?" en *DVBl* 1974, pág. 12. Cfr., además, K. Grimmer, *Demokratie und Grundrechte*, pág. 259; K. D. Heymann/ E. Stein, "Das Recht auf Bildung", en *AöR* 97 (1972), págs. 189 ss.

La esbozada variedad sugiere la suposición de que en el problema de los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de todo o nada. Parece inevitable introducir diferenciaciones²²⁶. Sobre este trasfondo, se echará una mirada a los argumentos en pro o en contra de los "derechos sociales fundamentales". La expresión "derechos sociales fundamentales" es aquí utilizada como concepto superior para las normas del tipo (1)-(8). De lo que se trata es de la elaboración de una propuesta apoyada en la teoría de los principios²²⁷ y orientada por la idea rectora formal presentada más arriba²²⁸, que tome en cuenta por igual los argumentos en pro y en contra.

2. Acerca de los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales

El argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis.

La primera reza: la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido²²⁹, carece de todo valor. Esta tesis está formulada de una manera muy general. En todo caso, es correcta si se la interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de *a* para realizar o no realizar la acción *h* carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, *a* no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de *h*²³⁰. De esto se trata cuando Lorenz von

²²⁶ Con respecto a la necesidad de diferenciaciones, cfr. D. Lorenz, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte" en *JBl* 1981, págs. 19 s.; W. Schmidt, "Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland", pág. 22; R. Breuer, "Grundrechte als Anspruchsnormen", pág. 93.

²²⁷ Cfr. al respecto, supra, Capítulo 3. I. 2.

²²⁸ Supra, I. 5.

²²⁹ Con respecto a los conceptos de libertad fáctica y de libertad jurídica, cfr. supra, Capítulo 4. II. 2.2.

²³⁰ Las siguientes reflexiones muestran que la tesis según la cual sin la libertad fáctica, la libertad jurídica carecería de todo valor, requiere numerosas diferenciaciones. (1) El que todos tengan la libertad jurídica de elegir entre *h* y *¬h* puede ser valioso para *a*, a pesar de no tener la posibilidad fáctica de llevar a cabo la elección, porque *a* se beneficia del hecho de que otros tengan la posibilidad de elegir. (2) Una libertad jurídica de *a* puede ser valiosa para *a*, a pesar de que en el momento actual, *a* no tiene la posibilidad fáctica de hacer uso de ella, porque tiene la oportunidad de

Stein dice: "La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación"²³¹ o cuando el Tribunal Constitucional Federal expresa: "el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él"²³².

La segunda tesis reza: bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un "ámbito vital dominado por ellos"²³³, sino que depende esencialmente de actividades estatales²³⁴. También, con la reserva de algunas cualificaciones²³⁵, puede estarse de acuerdo con esta tesis.

poder recurrir a ella en un momento futuro. (3) *a* puede considerar que es valiosa para él la libertad jurídica de elegir entre *h* y *¬h*, a pesar de que, por falta de libertad fáctica, sea para él inútil. Considera entonces la libertad jurídica como un fin en sí mismo. (4) La necesidad de numerosas otras diferenciaciones resulta del hecho de que, a menudo, las libertades fácticas no son una cuestión de todo-o-nada sino un asunto de grado. Así, puede ser que para *a* —suponiendo que lleve una vida normal— sea inútil la libertad jurídica de elegir entre *h* y *¬h*, pero que si sacrifica mucho de lo que se considera como parte de una vida normal, tenga la posibilidad fáctica de la elección.

²³¹ L. v. Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, tomo 3 (edición Salomon). Munich 1921 (reimpresión Darmstadt 1959), pág. 104.

²³² BVerfGE 33, 303 (331).

²³³ E. Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster 1954, pág. 6.

²³⁴ Cfr., por ejemplo, E. W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt del Meno 1976, págs. 76 ss.; del mismo autor, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", págs. 8 s.; U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", pág. 511.

²³⁵ Importante es la indicación de J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 257 ss., en el sentido de que puede constatarse una pérdida en el "ámbito vital dominado" cuando se contrapone el tipo ideal del burgués del siglo XIX con el ciudadano medio actual, pero que la tesis de la pérdida trae consigo dificultades cuando se compara el ciudadano medio del siglo XIX con el del XX. Esto fundamenta ciertamente una objeción en contra de la necesidad de basar los derechos fundamentales sociales en un cambio de la situación vital del ciudadano medio del siglo XX en relación con el del siglo XIX pero, no da pie a ninguna objeción en contra de su justificación invocando, entre otras cosas, la situación del individuo en la sociedad industrial. Hay que avanzar un paso más. También en sociedades no industriales, el "ámbito vital dominado" de muchos ciudadanos puede ser tan pequeño que haya motivos para proponer que su situación sea asegurada a través de derechos fundamentales sociales. Sin embargo, esto no dice nada en contra del hecho de que en sociedades industriales se necesitan actividades estatales para impedir una divergencia demasiado grande entre la libertad jurídica allí asegurada y la libertad fáctica de muchos.

Desde luego, estas tesis no pueden constituir más que un punto de partida de un argumento en favor de los derechos fundamentales sociales. Que tal es el caso puede reconocerse fácilmente si se piensa que uno puede aceptar ambas tesis y hasta considerar que la creación de la libertad fáctica ha sido intencionada por la Constitución, sin llegar por ello a admitir la existencia de derechos fundamentales sociales. Basta tan sólo suponer una división de tareas entre los derechos fundamentales y el proceso político, según la cual a los primeros les corresponde preocuparse por la libertad jurídica y al segundo, por la libertad fáctica²³⁶. Por lo tanto, para completar el argumento de la libertad, hay que exponer por qué la libertad fáctica tiene que ser asegurada iusfundamentalmente.

Para fundamentar esto no basta decir que los derechos fundamentales deben asegurar la libertad, que también la libertad fáctica es libertad y que, por lo tanto, los derechos fundamentales deben asegurar la libertad fáctica. Se trata justamente de la cuestión de saber si los derechos fundamentales deben asegurar también la libertad fáctica. Para justificar la adscripción de derechos sociales con la ayuda de un argumento de la libertad, hay que fundamentar, pues, que la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar incluye la libertad fáctica.

Al respecto pueden aducirse, sobre todo, dos argumentos. El primero apunta a la importancia de la libertad fáctica para el individuo. Para tan sólo presentar tres ejemplos: para el individuo tienen importancia existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y el no quedar excluido de la vida cultural de la época. Para quien se encuentra en tales situaciones deficitarias, por cierto, los derechos fundamentales no carecen totalmente de valor²³⁷. Justamente el menesteroso puede valorar, por ejemplo, especialmente aquellos derechos fundamentales que lo protegen, por ejemplo, del trabajo forzado y que le brindan la posibilidad de mejorar su situación a través del proceso político. Sin embargo, no hay duda que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada y que, por lo tanto, se convierten en "fórmulas vacías"²³⁸. Si a esto se agrega que

²³⁶ Cfr. H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, págs. 48 ss.

²³⁷ Cfr. A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, pág. 162.

²³⁸ E. W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, pág. 77.

justamente la idea de los derechos fundamentales es que las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que pueden ser aseguradas jurídicamente lo sean, el primer argumento en favor de la protección iusfundamental es completo.

El segundo argumento se vincula directamente con esto. Según él, la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante, no sólo bajo el aspecto formal del aseguramiento de cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales. El Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores "que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad"²³⁹. A la luz de la teoría de los principios²⁴⁰, esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas²⁴¹ y, por lo tanto, son "normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente"²⁴². La cuestión es si esta suposición, que encuentra apoyos adicionales en el principio del Estado social²⁴³ y en el principio de la igualdad jurídica²⁴⁴, puede ser sostenida teniendo en cuenta los argumentos en contra.

Las objeciones más importantes en contra de los derechos funda-

²³⁹ BVerfGE 7, 198 (205).

²⁴⁰ Cfr. supra, Capítulo 3, I, 2.

²⁴¹ Cfr. P. Saladin, "Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung" en *ZSR* N. F. 87 (1968), pág. 553: "La garantía de una libertad de actuar individual-autonómadamente es solo honesta y fecunda si, al mismo tiempo, estan asegurados los presupuestos más esenciales de una utilización de esta libertad, si el legislador constitucional no sólo se ocupa del otorgamiento de la 'liberté' sino también de la 'capacité'".

²⁴² P. Häberle, "Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerusclausus-Entscheidung vom 18.7.1972" en *DÖV* 1972, pág. 731.

²⁴³ Cfr. K. H. Friauf, "Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat", pág. 676; E. Gräbitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, págs. 41 ss.

²⁴⁴ Cfr. supra, Capítulo 8, VI, 2, como así también G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3a edición, Karlsruhe 1967 (reedición, Francfort del Meno 1974), pág. 131.

mentales sociales pueden ser agrupadas en dos argumentos complejos, uno formal y otro material.

El argumento *formal* aduce un dilema: si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo 3 LF. El punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales fundamentales no son justiciables o lo son en una medida muy reducida²⁴⁵. Esta tesis puede apoyarse en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos fundamentales sociales es muy impreciso. ¿Cuál es, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental al trabajo? La escala de interpretaciones concebibles se extiende desde un derecho utópico de cada uno a todo trabajo que deseé, en todo lugar y en todo tiempo, hasta un derecho compensatorio a recibir ayuda en caso de desempleo. Pero, ¿cuál debe ser su monto? Los problemas con los otros derechos fundamentales sociales no son muy diferentes. También en el caso del derecho fundamental social más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea algunas dificultades²⁴⁶. Desde luego, las dificultades en la determinación del contenido exacto de derechos, al igual que la precisión de un concepto muy impreciso, no son algo insólito en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho. Por lo tanto, la tesis de la justiciabilidad deficiente tiene que hacer valer algo más fuera de la imprecisión semántica y estructural de los derechos fundamentales sociales, es decir, la imposibilidad de llegar con medios específicamente jurídicos a una determinación exacta del contenido y estructura de derechos fundamentales sociales abstractamente formulados. Tiene que sostener que el derecho no ofrece pautas suficientes para ello. Pues, si el derecho carece de pautas suficientes entonces la decisión acerca del contenido de los derechos fundamentales sociales es un asunto de la política²⁴⁷. Pero, esto significa que, de

²⁴⁵ Cfr. J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, págs. 5 s., 20 ss.; C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", pág. 241; T. Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen 1967, págs. 17 s.; G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, págs. 17 s.; K. Korinek, "Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte" en *Die sozialen Grundrechte*, edición a cargo de la Academia Social Católica de Austria, Viena 1971, pág. 12.

²⁴⁶ A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, pág. 164.

²⁴⁷ D. Wiegand, "Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte" en *DVBl* 1974, pag. 660.

Una colisión entre los derechos fundamentales sociales de los unos y los derechos de libertad de los otros se produce no sólo cuando el Estado, como en el caso del derecho a un puesto de trabajo, dispone sólo limitadamente en forma directa del objeto del derecho en una economía de mercado. Todos los derechos fundamentales sociales son muy costosos. En el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros²⁵⁵. Pero, esto significa que los muchas veces mencionados límites de la capacidad de rendimiento del Estado resultan no sólo de los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales.

A menudo se habla no sólo de una colisión entre derechos fundamentales sociales de los unos y de los derechos de libertad de otros titulares de derechos fundamentales, sino también de una colisión entre derechos fundamentales sociales y derechos de libertad del mismo titular de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se dice que un derecho al trabajo implica un deber de trabajar²⁵⁶. Por cierto, la vinculación entre un derecho al trabajo y un deber de trabajar se da a menudo²⁵⁷ pero, sin embargo, no es necesaria. Un Estado que introduzca un derecho al trabajo puede también renunciar a un deber de trabajar si está interesado que trabaje el mayor número posible de ciudadanos. El interés en trabajar, sobre todo el interés en el salario, puede ser para muchos ciudadanos un incentivo suficiente para hacer uso de su derecho al trabajo. Desde luego, otra sería la situación si el derecho a un mínimo vital colocase al individuo ya en una situación en la que el ejercicio del derecho al trabajo dejase de ser atractivo para él.

Finalmente, hay que mencionar colisiones de derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales como así también colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre un derecho al trabajo y un derecho fundamental ambiental. Colisiones entre dere-

Para el derecho al trabajo en general, cfr. H. Ryffel/J. Schwartländer (comps.), *Das Recht des Menschen auf Arbeit*, Kehl/Estrasburgo/Arlington 1983.

²⁵⁵ Cfr. C. Schmitt, "Nehmen/Teilen/Weiden" en del mismo autor, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, pág. 503; W. Leisner, "Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung" en *DÖV* 1975, pág. 74.

²⁵⁶ Cfr. J. Isensee, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", pág. 380.

²⁵⁷ Cfr., por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución de la RDA de 1968.

chos fundamentales sociales y bienes colectivos, por ejemplo, la defensa del país, resultan del hecho de que la realización de ambos absorbe considerables partes del presupuesto, es decir, de los ya mencionados efectos financieros de los derechos fundamentales sociales.

3. Un modelo de derechos fundamentales sociales

Si uno echa una mirada a los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales, nota claramente que ambas partes pueden aducir razones de peso. La solución reside en un modelo que tome en cuenta los argumentos en pro y en contra. Este modelo es expresión de la idea rectora formal presentada más arriba²⁵⁸, según la cual los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. Referido al presente problema, esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.

De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica²⁵⁹. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.

El modelo no dice cuáles derechos fundamentales sociales definitivos tiene el individuo pero, sí cuáles puede tener y qué es lo que interesa en la cuestión de su existencia y su contenido. La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales. Pero, con todo, es posible dar una

²⁵⁸ Supra, I. 5.

²⁵⁹ Cuando también el principio de la igualdad fáctica exige un derecho de prestación (cfr. supra, Capítulo 8. VI. 3), resulta una doble fundamentación.

respuesta general. Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica. En lo que sigue, se analizarán algunas objeciones en contra del modelo.

También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto²⁶⁰. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento²⁶¹ y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente larga²⁶². Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador²⁶³; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.

²⁶⁰ Cfr. sobre este concepto supra, Capítulo 3. I. 7.2.

²⁶¹ BVerfGE 27, 220 (228 ss.).

²⁶² BVerfGE 36, 264 (275); cfr., además, J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, pág. 266. Un ejemplo de una decisión en el ámbito clásico de derechos de defensa con una clara eficacia financiera desde el costado de los ingresos lo ofrece el fallo del Tribunal Constitucional Federal sobre préstamos forzados, cfr. BVerfGE 67, 256 (274 ss.).

²⁶³ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 3.6.2.

El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces pue-
de haber poco que distribuir. Parece plausible la objeción según la
cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por
más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la ne-
cesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir
a una crisis constitucional²⁶⁴. Sin embargo, cabe señalar aquí que no
todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos
sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones
necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo
circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y,
tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una
protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima
que ella sea.

Contra el modelo aquí propuesto puede también hacerse valer la
objeción de la justiciabilidad deficiente. Aquí cabe responder, sin
embargo, que los problemas de justiciabilidad que surgen en el marco
de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan
en los derechos fundamentales tradicionales²⁶⁵. No pocas veces, con
respecto a los derechos de libertad se presentan problemas de ponde-
ración muy complejos cuya solución puede tener consecuencias de
largo alcance para la vida de la comunidad. Por lo demás, vale: la
existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la
justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que
sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también
justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los
derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica
ordinaria. Por ejemplo, la competencia y el procedimiento tienen que
ser reglados. Esto vale también para otros derechos fundamentales.
Tampoco razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no
justiciabilidad. Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es
impotente frente a un legislador inoperante²⁶⁶. El espectro de sus

²⁶⁴ Sensem, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", págs. 381 s.

²⁶⁵ Cfr. Fr. Klein en H. v. Mangoldt/Fr. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, tomo I, Observación preliminar A. IV 3; P. Saladin, "Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung", pág. 553; L. Wildhaber, "Soziale Grundrechte", pág. 384; H. Steiger, *Mensch und Umwelt*, págs. 40 ss.; D. Lorenz, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", pág. 21.

²⁶⁶ Cfr. W. Schmidt, "Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundes-

fundamental y definitivamente no está protegido "desde el comienzo".
Por ello, una renuncia a la estructura de fundamentación requerida por
la teoría de los principios no puede fundamentarse con argumentos
pedagógicos en pro de los derechos fundamentales, algo que, en todo
caso, sería muy dudoso para una teoría científica.

Finalmente, podría pensarse que el modelo presentado desplaza
indefidamente lo objetivo en favor de lo subjetivo. Esta objeción
podría apoyarse en la tesis de Häberle del carácter excesivo de las
normas iusfundamentalmente relevantes: "Así en el Estado de presta-
ciones, el derecho objetivo iusfundamentalmente relevante 'se adelan-
ta' al derecho (fundamental) subjetivo. Existen mandatos constitucio-
nales ('principios') de 'uso de derecho fundamental' a los cuales
(todavía) no corresponde ningún derecho subjetivo público"²⁷⁹. Hä-
berle expresa así de una forma muy clara lo que muchos afirman
cuando califican al problema de los derechos fundamentales sociales
primariamente como un problema de meras obligaciones objetivas del
Estado²⁸⁰. Aquí será mencionado sólo Hesse, quien habla de una
obligación positiva del Estado "a hacer todo para realizar los derechos
fundamentales, aun cuando no exista al respecto ningún derecho sub-
jetivo de los ciudadanos". De esta manera, el legislador recibiría "di-
rectivas e impulsos" de los derechos fundamentales. Desde luego, por
lo general, no es posible inferir de aquí "una obligación concreta de
los órganos estatales", en donde encontraría sus límites el control por
parte del Tribunal Constitucional²⁸¹.

Sin embargo, para el modelo propuesto no vale la objeción de que
no tendría en cuenta la importancia de lo objetivo. Por el contrario,
ofrece una base para una versión más exacta del contenido correcto
de la primacía de lo objetivo. La clave es la teoría de los principios.

De acuerdo con el modelo, el individuo tiene un derecho definitivo
a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso
mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en
su conjunto. Este es el caso de los derechos mínimos. A este tipo de

²⁷⁹ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 108.

²⁸⁰ Cfr., por ejemplo, H. H. Rupp, "Vom Wandel der Grundrechte", pág. 177; W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, págs. 122 ss.; E. W. Böckenförde, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", págs. 12 ss.; P. Badura, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte", págs. 27 s.; U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", pág. 513; J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, págs. 192, 239 ss.

²⁸¹ K. Hesse, "Bestand und Bedeutung", págs. 95 s.

derechos mínimos definitivos se hace posiblemente referencia cuando derechos a prestaciones públicas subjetivos y justiciables son contrapuestos a un contenido objetivo excesivo. Frente a derechos definitivos que son el resultado de una ponderación, los derechos *prima facie* que corresponden a los principios para los cuales el derecho "en sí" a ser admitido en un estudio universitario es un ejemplo²⁸², tiene siempre algo excesivo. El concepto de lo excesivo no está, pues, ligado a la dicotomía subjetivo/objetivo.

El paso desde el modelo a un nivel objetivo es posible porque a los derechos *prima facie* corresponden deberes *prima facie*. Estos deberes son deberes *prima facie* del Estado de procurar que a las libertades jurídicas de los titulares de derechos fundamentales correspondan libertades fácticas. Naturalmente, el plano objetivo surgido de esta manera no es *meramente* objetivo sino *también* objetivo.

Los deberes *prima facie* del Estado tienen, frente a sus deberes definitivos, un contenido claramente excesivo. Esto no significa que no sean vinculantes. Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. Puede reconocerse que existe una diferencia fundamental entre deberes *prima facie* y deberes jurídicamente no vinculantes en el hecho de que los deberes *prima facie* tienen que ser establecidos a través de ponderaciones y, en cambio, esto no sucede en el caso de los deberes no vinculantes. Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tienen que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca.

Así como Häberle tiene razón cuando rechaza la "alternativa de derecho subjetivo o enunciado programático" —la tabla muestra que esta alternativa es incompleta²⁸³— se equivoca cuando rechaza la "equiparación: vinculación jurídica igual a control judicial"²⁸⁴. De acuerdo con la Ley Fundamental, vinculación jurídica implica control judicial. Para que la observación de Häberle fuera correcta, tendría

que ser entendida como una referencia a las peculiaridades de un control judicial del cumplimiento de deberes *prima facie* del Estado. Estas peculiaridades consisten en dos cosas. Por una parte, no puede ser objeto del control el que se cumpla todo lo que exige un deber *prima facie*, sino sólo si se cumple lo que queda como deber definitivo en vista de los deberes *prima facie* opuestos. Por otra, en los principios opuestos juegan un papel decisivo no sólo principios materiales, sino también formales, sobre todo la competencia del legislador democráticamente legitimado. Pero, ambas cosas no modifican en nada el hecho de que puede ser objeto del control del Tribunal Constitucional si, a la luz de los principios opuestos, el deber *prima facie* ha sido satisfecho en medida suficiente.

La competencia del Tribunal termina en los límites de lo definitivamente debido. Pero, también más allá de estos límites, los principios contienen exigencias normativas al legislador. Un legislador que cumple principios iusfundamentales más allá del ámbito de lo definitivamente debido, cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente y, por ello, no pueda ser obligado por un Tribunal Constitucional.

²⁸² BVerfGE 43, 291 (315).

²⁸³ Cfr. supra, IV, 1.

²⁸⁴ P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", pág. 107 s.

Capítulo décimo

Los derechos fundamentales y las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico

I. LA FUNDAMENTALIDAD DE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES

La importancia de las normas iusfundamentales para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal y de su fundamentalidad material.

La *fundamentalidad formal* de las normas iusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedural y el puramente material.

En el *modelo puramente procedural*, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo. Todo lo que es creado de acuerdo con el procedimiento y las formas previstos a tal efecto es derecho positivo¹. Una Constitución puramente procedimen-

¹ El modelo puramente procedural corresponde al principio dinámico de Kelsen, cfr. H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, págs. 198 ss.

tal puede tener una influencia solo mediata en aquello que será derecho positivo. Existe una influencia mediata cuando diferentes procedimientos que, en tanto tales, no fijan los resultados, conducen, en virtud de las circunstancias dadas, a resultados diferentes. Así, según la experiencia: un sistema electoral de tres clases conduce a otro contenido de las leyes que un derecho electoral igual para todos. Cualquiera que sea la forma como haya de evaluarse la influencia mediata, en el modelo puramente procedural, por lo que respecta al contenido de las leyes, lo decisivo es, en última instancia la voluntad del legislador, su razón o su sinrazón, como así también los límites de sus posibilidades de acción. Si se presupone un legislador con propiedades cualesquiera, cualquier contenido puede convertirse en derecho positivo. A este modelo corresponde una teoría de los derechos fundamentales según la cual los derechos fundamentales no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, es decir, el legislador posee competencia para restringirlos según lo deseé, aunque en determinada forma. La libertad iusfundamental se convierte en una teoría tal, como lo formulara Georg Jellinek, en "libertad de coacciones ilegales"; la importancia material de los derechos fundamentales es nula.

Lo opuesto al modelo puramente procedural es el *modelo puramente material*. Mientras que una Constitución que responde al modelo puramente procedural es posible sin más, cabe dudar de la posibilidad de una Constitución que responda al modelo puramente material. Sin embargo, por razones sistemáticas, es interesante echar una mirada a este modelo. En el modelo puramente material, la Constitución contiene exclusivamente normas materiales a partir de las cuales, a través de operaciones metódicas, cualquiera que sea su configuración, puede obtenerse el contenido de cada norma jurídica del sistema jurídico³. Una Constitución tal sería lo que Forsthoff ha llamado "un huevo de mundos jurídico" "de donde surge todo, desde el Código Penal hasta la ley sobre la fabricación de termómetros"⁴. Si bajo ella existe una legislación, su tarea se limita a declarar aquello que, de todas maneras, es debido en virtud de la Constitución. Lo que en el modelo puramente procedural debe ser solucionado a través de una *decisión dentro del marco de la Constitución*, en el modelo

² G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pág. 103.

³ Una Constitución puramente material corresponde al principio *estático* de Kelsen, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 199 s.

⁴ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, pág. 144.

puramente material, ha de llevarse a cabo a través del *conocimiento de su contenido*.

La Constitución de la Ley Fundamental no tiene un carácter ni puramente material ni puramente procedural sino *mixto material-procedimental*. Entre sus elementos materiales se cuentan, a más de las normas iusfundamentales, la determinación de los fines del Estado; el núcleo de su parte procedural está constituido por las normas sobre el procedimiento legislativo.

El hecho de que en una Constitución estén recíprocamente vinculados elementos procedimentales y materiales tiene grandes consecuencias para el sistema jurídico en su totalidad. Significa que, a más de los contenidos del sistema jurídico que desde el punto de vista de la Constitución son meramente *posibles*, existen ~~unos~~ contenidos que son constitucionalmente *necesarios* y otros que son *imposibles*. El hecho de que las normas iusfundamentales determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles⁵, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal.

A la fundamentalidad formal se suma la *fundamentalidad material*. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Esto vale independientemente del hecho de cuán grande sea el contenido que se les dé. Quien les da poco contenido delega mucho en el legislador, algo que puede ser considerado como una *decisión mediata* acerca de la estructura normativa básica del Estado y la sociedad. El hecho de que decisiones sobre el contenido de las normas iusfundamentales incluyan decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y la sociedad se debe a sus objetos de regulación. Cuestiones de libertad e igualdad no son cuestiones de un ámbito parcial del derecho, sino que surgen en todos sus ámbitos. La forma cómo son solucionadas en los diferentes ámbitos jurídicos no es una cuestión especial sino básica para estos ámbitos jurídicos. También en el caso de objetos de regulación menos abstractos, se trata de cuestiones materialmente fundamentales. Quien quiera decir qué es lo que exige

⁵ En el caso de una Constitución que, como la Ley Fundamental en el artículo 7º párrafo 3, excluye algunas normas de la posibilidad de reforma, hay que introducir otras diferenciaciones. No sólo hay contenidos necesarios e imposibles del sistema jurídico con relación al contenido respectivamente válido de la Constitución, sino también contenidos necesarios e imposibles con relación a la validez de la Constitución en general.

la protección del matrimonio y la familia requerida por la Constitución no puede dejar de dar respuesta a cuestiones básicas del orden normativo de la comunidad.

Con la tesis de la fundamentalidad formal y material se ha dicho que las normas iusfundamentales juegan un papel central en el sistema jurídico. Pero, todavía no se ha dicho cómo lo hacen y qué significa esto para la estructura del sistema jurídico. Estas cuestiones deben ser ahora consideradas.

II. EFECTO EN TERCEROS O EFECTO HORIZONTAL

Un sistema jurídico puede ser considerado desde diferentes ángulos. A ellos corresponden diferentes conceptos del sistema jurídico. Dos tienen aquí importancia. Se puede concebir a un sistema jurídico como un sistema de *normas*⁶ pero, también como un sistema de *posiciones*⁷ y *relaciones*⁸ jurídicas. El sistema de normas y el sistema de posiciones y relaciones son dos costados de una misma cosa en la medida en que a las posiciones y relaciones jurídicas corresponden siempre normas que las fundamentan. No obstante esta correspondencia, ambas perspectivas tienen su propio valor. Una de las ventajas de la perspectiva normativista es que incluye la posibilidad de abstraer de posiciones y relaciones, lo que puede facilitar la simplificación y tener interés sistemático. La ventaja de la perspectiva orientada hacia las posiciones y relaciones reside en su poder de diferenciación. Como en el análisis del efecto de las normas iusfundamentales y de los derechos fundamentales en el sistema jurídico importan las diferenciaciones, se dará prioridad a esta última perspectiva.

Para la cuestión acerca de cómo influyen en el sistema jurídico las normas iusfundamentales habría una respuesta simple si su influencia se limitara a la relación Estado/ciudadano. En ese caso, la respuesta podría reducirse, en lo esencial, a decir que las normas iusfundamentales influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estipulaciones que afectan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Es fácil comprender que esta respuesta es incompleta.

⁶ Con respecto al concepto de norma, cfr. supra, Capítulo 2. I.

⁷ Con respecto al concepto de posición, cfr. Capítulo 4. I. 3.1.

⁸ Con respecto al concepto de relación, cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.2.1.

Como se ha expuesto más arriba, a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los conciudadanos y a determinados contenidos del orden jurídico civil⁹. Esto muestra que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales¹⁰. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas iusfundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano.

En el curso de esta investigación se ha expuesto reiteradamente el efecto de las normas iusfundamentales en la relación Estado/ciudadano. En cambio, no ha sido tematizado expresamente su efecto en la relación ciudadano/ciudadano, es decir, su efecto en terceros o efecto horizontal. Pero, justamente el efecto en terceros o efecto horizontal es especialmente adecuado para aclarar el efecto de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales en el sistema jurídico. Por ello, deberá ser tratado ahora.

1. Acerca de la tesis de la irradiación

El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del "efecto de irradiación"¹¹ de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: "De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia"¹². Los conceptos centrales de esta construcción son el de valor

⁹ Cfr. supra, Capítulo 9. II. 1.2.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (203); cfr. además BVerfGE 42, 143 (149), en donde un fallo jurídico-civil es calificado como "intervención" en la "esfera de los derechos fundamentales del vencido".

¹¹ BVerfGE 7, 198 (207); cfr. además BVerfGE 34, 269 (280).

¹² BVerfGE 39, 1 (41).

y el de lo objetivo. Cabe preguntarse cómo deben ser entendidos.

Más arriba se expuso que la axiología del Tribunal Constitucional Federal puede ser reformulada como una teoría de principios que no está expuesta a las numerosas objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los valores o que puede ser defendida frente a ellas¹³. Por lo tanto, el concepto de valor en la construcción del Tribunal puede ser reemplazado por el de principio.

Más difícil es responder la cuestión acerca de en qué ha de consistir el carácter objetivo de los principios. Es relativamente fácil decir en qué no puede consistir. El carácter objetivo no puede consistir en el hecho de que los principios iusfundamentales, en tanto principios supremos del sistema jurídico, no tienen nada que ver con posiciones individuales. Esto contradaría la orientación básica de los derechos fundamentales referida al individuo¹⁴ y sería incompatible con el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal percibe en el orden objetivo de los valores la expresión de un "reforzamiento básico de la fuerza de validez de los derechos fundamentales"¹⁵ y fundamenta con él derechos individuales¹⁶. Por lo tanto, no se trata de una concepción del carácter objetivo en el sentido de "meramente objetivo".

Además, no puede pensarse que lo objetivo consiste en que los principios iusfundamentales, en tanto principios supremos, influyen en el sistema jurídico. Esto lo hacen, de otra manera, todas las normas iusfundamentales. Lo que importa en la construcción del Tribunal es justamente que los principios iusfundamentales influyan en el sistema jurídico *en tanto* principios objetivos.

Finalmente, hay que excluir un significado según el cual las normas de derecho fundamental tienen algo objetivo porque no sólo influyen en la situación del individuo sino también en la de la totalidad. Esto vale igualmente para todas las normas iusfundamentales.

Hay, pues, una sola interpretación plausible, es decir, aquélla según la cual lo objetivo es lo que queda cuando se prescinde o se hace abstracción del costado subjetivo de los principios iusfundamentales. Sin embargo, esto tampoco es totalmente satisfactorio. Ciertamente, la prescindencia o la abstracción del costado subjetivo conduce a que uno obtenga algo objetivo que se diferencia de lo "meramente obje-

¹³ Cfr. *supra*, Capítulo 3, III, 1.2.2 y 2.

¹⁴ Cfr. *supra*, Capítulo 9, II, 1.2.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (205); 50, 290 (337).

¹⁶ Cfr. BVerfGE 35, 79 (116).

tivo" porque en todo momento *puede* ser complementado con su costado subjetivo pero, no conduce todavía a principios objetivos supremos que tengan unas características tales que logren influir ampliamente en todo el sistema jurídico. Esto lo pone de manifiesto la siguiente reflexión: si *a* tiene frente al Estado (*e*) un derecho a *G* (*RaeG*), entonces *e* tiene frente a *a* un deber con respecto a *G* (*OeaG*)¹⁷. La abstracción del costado subjetivo conduce a que este deber relacional se convierta en un deber no relacional¹⁸ de *e* con respecto a *G*, es decir, un deber simple de *e* con respecto a *G* (*OeG*). El objeto de este deber, *G*, es justamente aquel que tiene el derecho del cual se partió. Supongamos que consiste en la omisión de intervenciones en la libertad de opinión. El principio objetivo que ahora uno obtiene haciendo abstracción del costado subjetivo tiene, pues, como contenido el deber *prima facie* del Estado de omitir intervenciones en la libertad de opinión. Este principio es demasiado especial como para poder influir en todos los ámbitos del sistema jurídico. Cubre tan sólo el ámbito de los derechos a omisión de intervenciones del Estado en las manifestaciones de opinión.

Pero, con esto, se ve claramente cómo puede crearse la capacidad del principio para influir material y ampliamente en todas las posiciones del sistema jurídico. Hay que realizar otras dos abstracciones. A la abstracción del titular del derecho (del derecho habiente) hay que agregar una abstracción del destinatario del derecho (el obligado) y de determinadas peculiaridades de su objeto (aquí: la omisión de intervenciones estatales). A través de esta triple abstracción, el derecho de *a* frente al Estado para que éste no le impida las manifestaciones de opinión¹⁹ se convierte en un simple deber ser de la libertad de opinión²⁰. Es de suponer que se está pensando en este tipo de principios triplemente abstrayentes cuando se habla de "decisiones básicas jurídico-constitucionales"²¹, de "normas básicas que deciden valores"²², de "decisiones valorativas"²³, etc., o simplemente de las "ideas domi-

¹⁷ Cfr. *supra* Capítulo 4, II, 1.2.1.

¹⁸ Con respecto a estos conceptos, cf. *ibidem*.

¹⁹ *Rae* (\neg impide *e(Ha)*); cfr. al respecto Capítulo 4, nota 61.

²⁰ Que es lo que se pierde en estructura a causa de esta triple abstracción puede apreciarse claramente si se contrapone la fórmula de la estructura del deber ser de la libertad de opinión, es decir, *OM*, con la del derecho del que se hace abstracción, es decir, *Rae* (\neg impide *e(Ha)*).

²¹ BVerfGE 7, 198 (205).

²² BVerfGE 30, 173 (188).

²³ BVerfGE 42, 64 (73).

nantes en la Ley Fundamental”²⁴ que irradian en todos los ámbitos del derecho. En todo caso, este tipo de principios triplemente abstrayentes son la reconstrucción más plausible de esta forma de hablar. En lo que sigue, serán llamados “principios del nivel supremo de abstracción”²⁵.

La aceptación de principios objetivos de un nivel supremo de abstracción tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas residen en su flexibilidad. En tanto puntos de partida de fundamentaciones dogmáticas de exigencias iusfundamentales estructural y materialmente muy diferentes, son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. El inconveniente reside en su imprecisión. Invitan a una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica, a la “deducción” o “derivación” de un contenido concreto a partir de principios abstractos.

Sin embargo, una tal utilización no racional es sólo una posibilidad pero no una necesidad vinculada con principios objetivos del nivel supremo de abstracción. Es igualmente posible que los principios abstractos, en tanto puntos de partida de una fundamentación racional, encuentren una aplicación en la que se indiquen y justifiquen las premisas precisantes. En ese caso, su aceptación promueve la racionalidad y no la reduce. Por ello, la aceptación de un orden valorativo objetivo bajo la forma de principios objetivos supremos no es en sí nada no-racional sino algo sumamente incompleto que puede ser utilizado tanto en una forma racional como no-racional. Por eso, la tesis según la cual a las disposiciones iusfundamentales hay que adscribir principios supremos que irradian en todos los ámbitos del sistema jurídico no es ni falsa ni inadecuada sino que sólo dice muy poco. Quedan pendientes las cuestiones de saber de qué forma se lleva a cabo esta influencia y qué contenido tiene. Estas cuestiones tienen que ser consideradas ahora.

2. Acerca de la construcción del efecto en terceros

Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este

²⁴ BVerfGE 42, 64 (74).

²⁵ El concepto de *nivel* de abstracción se refiere aquí a los tres respectos de abstracción. Con respecto al objeto del derecho, pueden distinguirse, además, otros *niveles* de abstracción. Así, el deber ser de la libertad tiene un nivel de abstracción mayor que el deber ser de la libertad de opinión. Pero, ambos poseen un grado supremo de abstracción.

sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal²⁶. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*²⁷. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental²⁸. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales²⁹.

2.1. La equivalencia de resultado de las construcciones

Es posible distinguir tres teorías de la construcción: la del efecto mediato en terceros, la del efecto inmediato y la del efecto producido a través de derechos frente al Estado.

De acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, cuyos representantes principales son Dürig³⁰ y el Tribunal Constitucional

²⁶ Cfr. la exposición del estado de la opinión al respecto en F. Eckhold-Schmidt, *Legitimation durch Begründung. Eine erkenntnikritische Analyse der Drittwerkungskontraverse*, Berlin 1974, págs. 26 ss., 66 ss.

²⁷ Cfr. F. Gamillscheg, “Die Grundrechte im Arbeitsrecht” en *AcP* 164 (1964), pág. 420; H. Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, pág. 400.

²⁸ Aquí habrá de interesar sólo esta relación fundamental. Cuando se trata de problemas tales como el de la detención de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas de derecho público o de la vinculación iusfundamental del fisco o de las iglesias, hay que introducir otras diferenciaciones; cfr. al respecto, A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehre*, págs. 77 ss., 126 ss., 131 ss.

²⁹ Cfr. G. Dürig en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 1, observación al margen 130, como así también H. H. Rupp, “Zum ‘Mephisto-Beschluss’ des Bundesverfassungsgerichts” en *DVB* 1972, pág. 67, que habla de una “diferencia de estructura iusfundamental de la relación de la libertad personal con la libertad personal, por una parte, y de la libertad personal con la competencia de dominación estatal, por otra”.

³⁰ G. Dürig, “Das Eigentum als Menschenrecht” en *ZGesStW* 109 (1953), págs. 339 ss.; del mismo autor, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” en *Fschr. f. H. Nawiasky*, editado por Th. Maunz, Munich 1956, págs. 157 ss.; del mismo autor, en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 1, observación al margen 127 ss., artículo 2, observación al margen 56 ss.; del mismo autor, “Zum ‘Lüth-Urteil’ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958” en *DÖV* 1958, págs. 194 ss.

Federal³¹, los derechos fundamentales en tanto "decisiones valorativas", "normas objetivas" o "valores iusfundamentales", es decir, en tanto *principios objetivos* en el sentido que se acaba de presentar, influyen en la interpretación del derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado³² pero, puede, además, estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales, se extendería hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley³³. No obstante la influencia iusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado³⁴. Para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de derecho privado.

También la teoría del efecto inmediato en terceros, cuyos principales representantes son Nipperdey³⁵ y la Cámara Primera del Tribunal Federal del Trabajo³⁶, sostiene que "los derechos fundamentales en el sentido clásico, estricto, en tanto derechos subjetivos públicos se dirigen sólo contra el Estado"³⁷. Al igual que en el caso de la teoría de la influencia mediata en terceros, la influencia de las normas de derecho fundamental en el derecho privado habría de resultar de "su propiedad como derecho constitucional objetivo, vinculante"³⁸. La diferencia consiste en que los principios objetivos no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano influyendo en la interpretación de las normas de derecho privado sino en el sentido de que de ellos "fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo"³⁹.

³¹ BVerfGE 7, 198 (203 ss.); 52, 131 (166).

³² BVerfGE 7, 198 (206).

³³ Cfr. BVerfGE 34, 269 (279 ss.).

³⁴ BVerfGE 7, 198 (205).

³⁵ L. Enneccerus/H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15 edición, 1er medio tomo, Tubinga 1959, págs. 91 ss.; H. C. Nipperdey, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", págs. 747 ss.; del mismo autor, "Grundrechte und Privatrecht" en *Fschr. f. E. Molitor*, editado por H. C. Nipperdey, Munich/Berlín 1962, págs. 17 ss. Cfr., además, W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich 1962, págs. 356 ss.

³⁶ Cfr., por ejemplo, BAGE 1, 185 (191 ss.); 4, 274 (276 ss.).

³⁷ H. C. Nipperdey, "Grundrecht und Privatrecht", pág. 24.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

Así, afirma Nipperdey: "El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación"⁴⁰. En este sentido, los derechos fundamentales habrían de tener un efecto absoluto⁴¹.

• De acuerdo con la tercera teoría, los efectos en la relación ciudadano/ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos. Schwabe ha propuesto una versión extrema de esta teoría. Como ya se expusiera más arriba⁴², considera que el Estado, al facilitar e imponer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones, posibles en este sistema, de los bienes iusfundamentales de un ciudadano por parte de otro ciudadano. Por ello, estas afectaciones, en tanto intervenciones estatales, aunque provocadas privadamente, pueden serle imputadas al Estado⁴³. Por ello, para la solución del problema del efecto en terceros habrían de bastar los derechos fundamentales en tanto derechos del status negativo frente al Estado⁴⁴. Ya más arriba se expuso⁴⁵ la insostenibilidad de la teoría de la imputación al Estado de afectaciones provocadas privadamente, que subyace a esta construcción. Aquí sólo tiene importancia señalar que esta deficiencia de la versión de Schwabe no derrumba la construcción de un efecto en terceros a través de derechos frente al Estado. Esta construcción no está obligada a trabajar sólo con derechos del status negativo sino que puede también hacer uso de derechos del status positivo que apuntan a una protección iusfundamentalmente debida en las relaciones entre iguales.

Es fácil reconocer que el alcance de las tres construcciones es diferente. Mientras que la del efecto mediato en terceros apunta al juez⁴⁶, la construcción de efectos en terceros a través de los derechos frente al Estado, abarca tanto al legislador⁴⁷ como al juez. También la

⁴⁰ Ibidem, pág. 26.

⁴¹ Ibidem, pág. 24.

⁴² Capítulo 9. II. 2.2.

⁴³ J. Schwabe, *Die sogenannte Drittirkung der Grundrechte*, págs. 16 ss., 149. 154 ss.; del mismo autor, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, págs. 213 ss.

⁴⁴ Del mismo autor, *Die sogenannte Drittirkung der Grundrechte*, págs. 141 ss.

⁴⁵ Capítulo 9. II. 2.2.

⁴⁶ Cfr. al respecto, H. H. Rupp, "Vom Wandel der Grundrechte", pág. 170.

⁴⁷ Cfr. al respecto, BVerfGE 14, 263 (278); 38, 132 (140).

construcción de los efectos inmediatos en terceros vale primariamente para la actividad judicial. En lo que sigue, se dará preferencia al aspecto referido a la actividad judicial.

En tanto construcciones referidas a la actividad judicial, las tres son equivalentes en sus resultados⁴⁸. Dos construcciones jurídicas son equivalentes en sus resultados cuando todo resultado que puede ser alcanzado dentro del marco de la una puede ser también alcanzado dentro del marco de la otra. El hecho de que el inventor de una construcción la haya creado para obtener otros resultados a los alcanzados con las construcciones ya existentes, el hecho de que los representantes de una construcción tiendan a otros resultados que los de otras construcciones o el hecho de que una construcción sugiera más unos resultados que otros, no afecta la equivalencia de resultados. Lo que importa es que en todos los casos se *puede* alcanzar el mismo resultado.

Ninguna de las tres teorías traspasa, a través de un simple cambio de destinatario, los derechos fundamentales, en tanto derechos frente al Estado, a la relación ciudadano/ciudadano⁴⁹. Las tres permiten tomar en cuenta el hecho de que en la relación ciudadano/ciudadano ambas partes son titulares de derechos fundamentales. Cada una de ellas admite gradaciones en su eficacia. Para todas ellas, la medida del efecto iusfundamental en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, una cuestión de ponderación⁵⁰. Por cierto, de acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, la ponderación debe realizarse dentro del marco de aplicación del derecho civil respectivamente válido; pero, bajo el presupuesto de un concepto de la aplicación del derecho que en casos especiales admite también decisiones en contra del texto de la ley (por ejemplo, reducción teleoló-

⁴⁸ Frecuentemente se ha comprobado la equivalencia de resultado de las diferentes construcciones de efectos en tercero.: cfr., por ejemplo, F. Gamillscheg, "Die Grundrechte im Arbeitsrecht", págs. 404, 419; F. Bydlinski, "Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht" en *ÖZöR* 12 (1962/63), pág. 441; F. Eckhold-Schmidt, *Legitimation durch Begründung*, págs. 71 ss. Según C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", pág. 243, "hay que ver en cada caso" si la construcción de Dürig conduce a otros resultados que la de Nipperdey.

⁴⁹ Cfr. H. C. Nipperdey, "Grundrechte und Privatrecht", pág. 23; G. Dürig, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", págs. 158 ss.; J. Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, págs. 75 ss.

⁵⁰ H. C. Nipperdey, "Grundrechte und Privatrecht", págs. 28, 32; L. Enneccerus H. C. Nipperdey, loc. cit., pág. 103; BVerfGE 7, 198 (210 ss.); J. Schwabe, op. cit., págs. 107 ss.

gica)^{51, 52}, de aquí no resulta ninguna exclusión definitiva de resultados posibles en las otras construcciones. También según las otras construcciones, el apartamiento del texto legal debe ser fundamentado. En las tres teorías, la ponderación puede conducir a reglas relativamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano. Así, por ejemplo, ninguna de las tres teorías excluye la posibilidad de que la libertad de testar no esté sujeta a la máxima de la igualdad. Si se considera el asunto desde el punto de vista del resultado, lo decisivo no es la construcción sino la *valoración* con la que se le da contenido. Las siguientes consideraciones habrán de reforzar y profundizar esto.

2.2. Un modelo de tres niveles del efecto en terceros

El hecho de que las tres construcciones sean equivalentes en sus resultados no significa que por ello desaparezca la cuestión acerca de su corrección. La cuestión acerca de cómo "tiene que ser pensado en cada caso"⁵³ el efecto de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales en el derecho civil exige una respuesta no sólo porque la jurisprudencia no puede conformarse con el hecho de que se llegue a resultados correctos o aceptables, cualquiera que sea la forma de la construcción, sino porque sin la construcción correcta no es posible obtener una imagen correcta del efecto de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales en el sistema jurídico.

Hasta ahora, la polémica acerca del efecto en tercero ha sido llevada a cabo como si una de las tres construcciones tuviera que ser la correcta. Esta suposición es falsa. Se sostiene que cada una de las tres construcciones subraya correctamente algunos aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos en tercero y que lo que las vuelve inadecuadas es que consideran que los aspectos por ellas abarcados constituyen la solución completa. Sólo un modelo que abarque todos los aspectos puede ofrecer una

⁵¹ Cfr. H. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, Gotinga 1983.

⁵² Cfr. el "cierre de las lagunas de protección de valores" de Dürig en Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 1 observación al margen 133.

⁵³ Tal la correcta formulación del Tribunal Constitucional Federal en BVerfGE 7, 198 (204).

solución completa y, en este sentido, adecuada. En lo que sigue habrán de esbozarse los rasgos fundamentales de un modelo tal.

El modelo se divide en tres niveles: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Entre estos tres niveles no existe una relación de gradas sino una relación de implicación recíproca.

La teoría del efecto mediato en terceros está situada en el nivel de los deberes del Estado. El hecho de que las normas iusfundamentales, en tanto principios objetivos (orden objetivo de los valores), valgan para todos los ámbitos del derecho implica que el Estado está obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislación civil⁵⁴ como en la jurisprudencia civil. Referido a la jurisprudencia civil, esto es formulado con las siguientes palabras en el fallo Lüth: "Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta"⁵⁵.

El segundo nivel es el de los derechos frente al Estado relevantes para su influencia en terceros. El hecho de que, en la interpretación y aplicación de las normas de derecho civil, el juez deba tener en cuenta el orden valorativo iusfundamental no dice todavía que, si viola este deber, lesionan derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos. Pero, una conexión tal tiene que existir para que sea coherente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el efecto de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales en el derecho privado. Si no existiera tal conexión, el Tribunal no hubiera podido constatar, de acuerdo con el tenor del fallo Lüth, que el fallo del tribunal civil viola el derecho fundamental del recurrente en virtud del artículo 5 párrafo 1 frase 1 LF⁵⁶. Tendría que haber rechazado por insuficiente el recurso de inconstitucionalidad que presupone que es posible la violación de derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos (artículo 93 párrafo 1 numeral 4 a LF, § 90 párrafo 1 BVerfGG)⁵⁷. Al Tribunal Constitucional Federal,

⁵⁴ Cfr. BVerfGE 14, 263 (278); 37, 132 (140).

⁵⁵ BVerfGE 7, 198 (206).

⁵⁶ BVerfGE 7, 198 (199).

⁵⁷ Esta consecuencia ha sido inferida por H. U. Erichsen, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit* I, 2a edición Munich 1976, págs. 65 ss. Le ha seguido D.

la conexión no le parece problemática. Así, en el fallo Lüth se dice: "Si (el juez civil, R. A.) no respeta estas pautas y su fallo se basa en no haber tenido en cuenta esta influencia jurídico-constitucional en las normas de derecho civil, viola no sólo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesionan con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional"⁵⁸. La cuestión reza: ¿en qué puede consistir un derecho fundamental que puede lesionar un tribunal civil a través del contenido⁵⁹ de su fallo? Esta cuestión apunta justamente a la relación entre el primero y el segundo nivel.

Un derecho puede ser lesionado sólo por aquél frente a quien existe. Si los tribunales civiles pueden lesionar con el contenido de sus fallos derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces en el caso de los derechos lesionados tiene que tratarse de derechos del ciudadano frente a la administración de justicia, es decir, frente al Estado. Podría pensarse que estos derechos no son más que derechos de defensa frente al Estado, es decir, derechos del status negativo. Esta concepción sostenida por Schwabe apunta a un punto correcto pero, padece insuficiencias que impiden aceptarla como una respuesta general.

El fallo Lüth⁶⁰ muestra que la construcción referida a los derechos de defensa acierta en un punto correcto. El Tribunal del Estado de Hamburgo había prohibido a Lüth realizar determinadas declaraciones. Esta prohibición jurídica concreta elimina una porción de la libertad jurídica de libertad de expresión de Lüth, que consiste justamente en que no le están prohibidas ni ordenadas manifestaciones de opinión. El hecho de que esta prohibición concretiza una norma general abstracta (§ 826 BGB) y el hecho de que esta norma sea una norma del derecho privado no modifican en nada el hecho de que la prohibi-

Merten, "Urteilsanmerkung" en *NJW* 1972, pág. 1799. En la 3a edición (Munich 1982), Erichsen modificó su opinión aduciendo que el "contenido jurídico-objetivo sirve para asegurar y reforzar el contenido jurídico-subjetivo" lo que significaría que "con una lesión del contenido jurídico-objetivo de la norma de derecho fundamental (puede) también ser afectado el contenido de regulación jurídico-subjetivo de la norma de derecho fundamental" (pág. 53). Pero, con esto, tiene que planteársele nuevamente a Erichsen la cuestión de saber cómo ha de construirse esta conexión.

⁵⁸ BVerfGE 7, 198 (206 s.).

⁵⁹ Cfr. BVerfGe 7, 198 (203).

⁶⁰ Cfr. al respecto J. Schwabe, "Bundesverfassungsgericht und 'Drittirkung' der Grundrechte" en *AÖR* 100 (1975), págs. 443 ss.

bición judicial, en tanto tal, sea un acto del poder público que interviene en la libertad de opinión⁶¹. Por lo tanto, la cuestión consiste en saber si la intervención cae bajo la cláusula restrictiva del artículo 5 párrafo 2 LF, es decir, por el § 826 BGB, en tanto ley general en el sentido de esta prescripción⁶². Esto muestra que casos como el de Lüth pueden ser abarcados por la construcción referida a los derechos de defensa. Sin embargo, esto no significa que la construcción no tenga deficiencias.

La primera deficiencia de esta construcción es que sólo es aplicable cuando se trata de mandatos y prohibiciones pero no cuando un titular de derecho fundamental se dirige en contra de *permisiones explícitas o implícitas* dirigidas a otros titulares de derechos fundamentales. El fallo *Blinkfuer*⁶³ lo pone claramente de manifiesto. La Editorial Springer había convocado a los comerciantes de diarios y revistas a un boyicot de la revista "Blinkfuer" y vinculado este llamado con la amenaza de sanciones comerciales en caso de no llevarse a cabo el boyicot. La Corte Federal de Justicia rechazó la demanda de indemnización de daños presentada por el editor de "Blinkfuer". A raíz del recurso de inconstitucionalidad presentado, el Tribunal Constitucional Federal revocó el fallo de la Corte de Justicia Federal por violación del derecho fundamental del editor de "Blinkfuer", que se infiere del artículo 5 párrafo 1 LF. El rechazo de la demanda de indemnización de daños por parte de la Corte de Justicia Federal implicaba que ella consideraba que el llamado a boyicot estaba *permido*. Como se ha expuesto más arriba, esto no significa —en contra de lo que sostiene Schwabe— que, debido a su permisión y no sanción, tenga que imputarse al Estado el llamado a boyicot como una intervención estatal en la libertad de prensa. Con su rechazo de la demanda, la Corte de Justicia Federal no intervino en el derecho fundamental de libertad de prensa. Lo que hizo es algo totalmente distinto: no otorgó al editor de "Blinkfuer" ninguna *protección estatal* frente a una acción *privada* dirigida en su contra. Por ello, la violación del derecho fundamental del artículo 5 párrafo 1 LF, que el Tribunal Constitucional Federal constata en la sentencia, no puede ser la violación de un derecho fundamental de *status negativo*. Es la violación

de un derecho de *status positivo* frente al Estado, a la protección ante afectaciones por parte de terceros⁶⁴. Esto pone de manifiesto que la construcción referida a derechos de defensa de Schwabe no basta para abarcar completamente los efectos iusfundamentales en el derecho privado a través de la mediación del Estado. Para ello, hay que completar la construcción referida a derechos de defensa con una construcción referida a derechos a *prestaciones*⁶⁵ o *protecciones jurídicas*.

Pero, también una vez realizada esta complementación, la mera conjunción de la construcción referida a derechos de defensa con la de la referida a derechos de protección jurídica sigue sin ofrecer una construcción unitaria. Esta deficiencia no significa que las construcciones presentadas sean falsas o carezcan de todo valor. Pero, sigue en pie el deseo de una construcción unitaria. Ella es posible si se acepta un derecho del ciudadano frente a la justicia civil en el sentido de que ésta tome debidamente en cuenta el principio iusfundamental que habla en favor de la posición que hace valer el ciudadano. Cuando este derecho es lesionado, se lesionan el derecho fundamental al cual pertenece el respectivamente relevante principio iusfundamental. Esta construcción está explícitamente *basada en la jurisprudencia*.

Una construcción tal tiene dos ventajas. La primera consiste en que el derecho en ella recogido es referido más claramente que en las otras construcciones a los problemas siempre relevantes en los casos de efectos en terceros. Estos resultan de dos cosas. Por una parte, el tribunal civil tiene que tomar en cuenta los principios iusfundamentales que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes; por otra, tiene que aplicar el derecho privado vigente en la medida en que ello no sea incompatible en cada interpretación con los principios iusfundamentales. Que en casos de efectos en terceros tienen que jugar un papel no sólo los principios iusfundamentales, sino también el derecho privado se aprecia ya en el hecho de que, en muchos casos, los principios iusfundamentales admiten como iusfundamentalmente posibles varias soluciones y en el hecho de que el juez no sólo está sujeto a principios iusfundamentales materiales sino también a otras múltiples vinculaciones, tales como las que resultan de los principios formales del respeto de decisiones del legislador democrática.

⁶¹ Cfr. BVerfGE 7, 198 (203).

⁶² BVerfGE 7, 198 (211).

⁶³ BVerfGE 25, 256.

⁶⁴ Cfr. Capítulo 9. II. 2.2.

⁶⁵ Cfr. al respecto correctamente E. Friesenbahn, *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, pág. G 27: "la violación residó en el hecho de que la Corte de Justicia Federal no había otorgado esta protección".

⁶⁶ Con respecto al sentido amplio que tiene este concepto en este contexto, cfr. supra, Capítulo 9. I. 4.

ticamente legitimado y de los precedentes. Esto lo satisface el aquí expuesto derecho frente al tribunal civil ya que exige que los principios iusfundamentales sean tenidos en cuenta en la "debida medida".

La segunda ventaja consiste en que la construcción referida a la jurisprudencia judicial no desplaza a segundo plano la construcción referida a los derechos de defensa y protección sino que la fundamenta. Cada vez que un tribunal civil lesiona un derecho del ciudadano basado en la jurisprudencia judicial, es decir, no toma en cuenta en la debida medida un principio iusfundamental que apoya la posición que ha hecho valer, lesiona —según la constelación del caso— también un derecho de defensa o un derecho de protección.

En contra de la construcción basada en la jurisprudencia judicial no puede aducirse que conduzca a una injustificable subjetivización de los deberes de la actividad judicial. Ella no confiere al individuo ni un derecho a que los resultados de la jurisprudencia sean iusfundamentalmente conformes en todos los respectos ni un derecho a que sean simplemente correctos, sino sólo un derecho a que se tomen en cuenta en la debida medida los principios iusfundamentales que apoyan su posición.

En el tercer nivel, de lo que se trata es de los efectos iusfundamentales en las relaciones jurídicas entre los sujetos privados. Con esto se plantea el problema de un efecto inmediato en terceros. Cabe preguntar, por lo pronto, qué ha de entenderse por efecto inmediato en terceros. De acuerdo con lo dicho más arriba acerca de la teoría del efecto inmediato en terceros, hay que excluir de antemano dos cosas. Primero, un efecto inmediato en terceros no puede consistir en que los derechos del ciudadano frente al Estado sean, al mismo tiempo, derechos del ciudadano frente a los ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos en terceros. Por definición, un derecho del ciudadano frente al Estado no es, en tanto tal, un derecho del ciudadano frente a otro ciudadano. Segundo, no puede llegarse a un efecto inmediato en terceros cambiando simplemente el destinatario de los derechos frente al Estado. Esto es, en parte, imposible por razones conceptuales —un ciudadano no puede tener, por ejemplo, frente a otro ciudadano ningún derecho a que éste dicte o no determinadas leyes— y, en parte, está excluido porque, como subrayan todos los representantes de la teoría del efecto inmediato en terceros, las normas iusfundamentales tienen en la relación ciudadano-ciudadano, debido a que ambos son titulares de derechos fundamen-

tales, una "fuerza de efecto" diferente a la que existe en la relación ciudadano/Estado⁶⁷.

Por efecto inmediato en terceros hay que entender una tercera cosa. Ella consiste en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediados en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge un efecto inmediato en terceros. Esto habrá de mostrarse recurriendo al fallo *Blinkfuer*.

El Tribunal Constitucional Federal comienza con la constatación de que el orden objetivo de valores que subyace a la sección de derechos fundamentales influye en la cuestión de saber qué es contrario a derecho en el sentido del § 823 párrafo 1 BGB⁶⁸. Esto responde a la teoría del efecto mediato en terceros. La Corte de Justicia Federal había llegado a la conclusión de que el llamado a boyicot de la Editorial Springer no era contrario a derecho. Esto significaba que el editor de "Blinkfuer" no tenía frente a la Editorial Springer ningún derecho a que ésta omitiera su llamado a boyicot. Como se ha mostrado más arriba, este no-derecho del editor de "Blinkfuer" a la omisión es equivalente a una permisión de la Editorial Springer a llevar a cabo el llamado a boyicot⁶⁹. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, los principios iusfundamentales exigen justamente el resultado opuesto. Esto significa que, sobre la base de los principios iusfundamentales, existe un derecho del editor de "Blinkfuer" frente a la Editorial Springer a que omita el llamado a boyicot. Este derecho es equivalente a la obligación de la Editorial frente al editor a omitir el llamado a boyicot⁷⁰. Por lo tanto, los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en terceros. La teoría del efecto mediato en terceros tiene, pues, como consecuencia necesariamente un efecto inmediato en terceros⁷¹.

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, H. C. Nipperdey, "Grundrechte und Privatrecht", pág. 27. ⁶⁸ BVerfGE 25, 256 (263).

⁶⁹ Cfr. supra, Capítulo 4. II. 1.2.1: $\neg Rab \neg G \leftrightarrow PbaG$.

⁷⁰ Cfr. supra, ibidem: $Rab \neg G \leftrightarrow Oba \neg G$

⁷¹ Cfr. H. H. Klein, "Öffentliche und private Freiheit" en *Der Staat* 10 (1971), pág. 149.

Lo mismo vale para la teoría del efecto en terceros a través de la mediación del Estado. Como ya se expuso, la Corte de Justicia Federal lesionó el derecho del editor de "Blinkfuer" a una protección en la relación entre iguales. Lesionó este derecho porque no tomó en cuenta en la debida medida el principio iusfundamental que apoyaba la posición que había hecho valer el editor. Pero, esto presupone la existencia de un derecho definitivo del editor frente a la Editorial a la omisión del llamado a boycott, exigido por el principio iusfundamental.

Por lo tanto, es correcta la frase de Leisner en el sentido de que "en última instancia, el efecto en terceros habrá de ser siempre inmediato"⁷². Desde luego, esta frase no debe ser entendida como si sólo existiera el nivel del efecto inmediato en terceros en el sentido expuesto. Existen los tres niveles. Cada uno de ellos se refiere a un aspecto de la misma cosa. Cuál de ellos será elegido en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica es una cuestión de funcionalidad. Pero, ninguno de ellos puede pretender primacía sobre los demás.

En contra de la forma expuesta del efecto inmediato en terceros, existe sólo un argumento fuerte: la negación de todo efecto en terceros. Todos los demás argumentos presentados en contra de un efecto inmediato en terceros no caben. Es fácil refutar la objeción de que todo efecto inmediato en terceros conduce a una eliminación o limitación indebida de la autonomía privada⁷³. La propia autonomía privada, no sólo su limitación, es objeto de garantías iusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros. Una deficiencia de la discusión de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, la cuestión de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su protección no era tratada como cuestión de igual rango. La forma como han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es una cuestión material y, en última instancia, un problema de ponderación. Con la constatación de un efecto inmediato en terceros en el sentido presentado no se prejuzga nada acerca de esta cuestión material. Más bien, se agudiza la mirada para los problemas iusfundamentales.

Más seriamente debe ser tomada la objeción según la cual un efecto inmediato en terceros, también del tipo presentado, es incompatible con el papel del derecho civil. En una versión más radical reza: un efecto inmediato en terceros vuelve superfluo el derecho civil. En

un efecto inmediato en terceros, el juez civil podría solucionar casos de derecho civil recurriendo directamente a normas de derecho fundamental. Sería inexplicable por qué habría de atenerse todavía a las normas de derecho civil⁷⁴.

Sin embargo, esta objeción no toma en cuenta que, en modo alguno, los principios iusfundamentales establecen en cada caso sólo una solución. Existe una enorme variedad de casos de derecho civil en los cuales son posibles más de una solución iusfundamental. En ellos, las normas de derecho civil adquieren una relevancia constitutiva. No toma en cuenta, además, que, a menudo, no se sabe con certeza qué es los que los principios iusfundamentales exigen en un caso de derecho civil. En esta situación es necesario que el juez civil, en aras de una praxis de decisión coherente, que sirva los postulados de la seguridad jurídica y de la igualdad de tratamiento, pueda apoyarse en un material de decisión dotado de autoridad, es decir, en normas legisladas, precedentes y proposiciones dogmáticas consensuadas⁷⁵. Una justicia civil que quisiera apoyar todos los casos sólo en el texto de la Ley Fundamental pero que, por lo demás, quisiera decidir sobre una *tabula rasa* normativa, no podría nunca satisfacer aquellos postulados. Por ello, el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil vigente, tal como se presenta bajo la forma de leyes, precedentes y dogmática consensuada. Si, sobre la base de principios iusfundamentales, quiere apartarse de esto tiene que asumir la carga de la prueba⁷⁶.

Se podría pensar que con la necesidad de normas de derecho civil como etapa intermedia desaparece la inmediatez de los efectos en terceros. Esto sería correcto si la inmediatez del efecto en terceros implicase el carácter superfluo de las normas del derecho civil. Naturalmente, es posible definir de esta manera el concepto del efecto inmediato en terceros y, con ello, o bien conducir *ad absurdum* todo efecto inmediato en terceros o bien limitarlo a ámbitos jurídicos de derecho civil totalmente nuevos, es decir, ni siquiera signados por el derecho judicial. Pero, un concepto tal del efecto inmediato en terceros no acertaría en un punto decisivo: los principios iusfundamentales, en virtud de su efecto en el sistema de normas de derecho civil, exigen o excluyen la existencia de determinados derechos y no-derechos,

⁷² Cfr. J. Schwabe, *Die sogenannte Drittewirkung der Grundrechte*, págs. 140 ss.

⁷³ Cfr. al respecto, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 305, 307 ss., 334 ss.

⁷⁴ Con respecto a la exigencia de una fundamentación especial, cfr. C. Starck, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", págs. 245.

⁷⁵ W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, pág. 378.

⁷⁶ Cfr. G. Dürig, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", págs. 158 ss.

libertades y no-libertades, como así también competencias y no-competencias en la relación ciudadano/ciudadano que, sin la vigencia de los principios iusfundamentales —es decir, sólo sobre la base de un sistema de derecho civil no influenciado iusfundamentalmente— no serían constitucionalmente necesarios o imposibles. En este sentido, existe un efecto inmediato en terceros.

Esto último conduce a la cuestión de saber si un particular que lesiona un derecho que otro particular tiene frente a él y que está exigido por razones iusfundamentales, lesiona un derecho fundamental del otro. Por ejemplo, ¿lesionó la Editorial Springer en el caso *Blinkfuer* el derecho fundamental de la libertad de prensa del editor de "Blinkfuer"? La respuesta depende de una decisión terminológica. Se puede decir que fue lesionado un derecho privado iusfundamentalmente necesario pero, se puede decir también que el derecho lesionado, por ser exigido iusfundamentalmente, pertenece al haz variado que constituye el derecho fundamental como un todo⁷⁷ y que, como siempre que una parte del haz es lesionada se lesionan también "el derecho fundamental". La primera formulación tiene la ventaja de que evita múltiples malos entendidos y simplificaciones que pueden estar vinculados con la concepción de la lesión de un derecho fundamental por un particular. La segunda tiene la ventaja de la coherencia dogmática. Sería recomendable disponer de ambas formulaciones y cuando puedan surgir malos entendidos, explicar la segunda con la ayuda de la primera.

III. SISTEMA JURIDICO Y ARGUMENTACION IUSFUNDAMENTAL

1. Los derechos fundamentales y el carácter del sistema jurídico

La irradiación de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del derecho —uno de cuyos aspectos más problemáticos se acaba de tratar al considerar el efecto en terceros u horizontal— tiene efectos de gran alcance para el carácter del sistema jurídico. Tres poseen especial importancia.

El primero consiste en la limitación de los contenidos posibles del derecho ordinario. Ciertamente, la Constitución, en tanto Constitución

⁷⁷ Cfr. al respecto supra, Capítulo 4. III.

mixta material-procedimental, no determina en modo alguno todo el contenido del derecho ordinario pero, excluye algunos contenidos como iusfundamentalmente imposibles y exige otros como iusfundamentalmente necesarios. Esto vale para todos los procedimientos de creación del derecho existentes en el sistema jurídico, es decir, también para la competencia —en tanto tal, a su vez, iusfundamentalmente necesaria— del particular para crear deberes jurídicos a través de contratos. Con esto, el sistema jurídico, debido a la vigencia de las normas iusfundamentales, tiene el carácter de un sistema jurídico *materialmente determinado* por la Constitución.

El segundo efecto resulta del tipo de la determinación material. La determinación material sería un asunto nada problemático si siempre estuviera ya determinado qué es lo debido en virtud de las normas iusfundamentales. Sin embargo, tal no es el caso. La razón es no sólo la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales sino también, esencialmente, el carácter de principios de las normas iusfundamentales. Ello implica la necesidad de ponderaciones. Tal como se ha expuesto⁷⁸, el procedimiento de ponderación es racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cuál sea la solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto. Pero, la apertura de la ponderación conduce a una apertura del sistema materialmente determinado por las normas iusfundamentales. De esta manera, el sistema jurídico tiene, en virtud de la vigencia de las normas iusfundamentales, el carácter de un sistema jurídico *abierto*, cualquiera que sea la dimensión de esta apertura.

El tercer efecto se refiere al tipo de la apertura. La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto *frente a la moral*. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica. Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno⁷⁹. La precisión de estos principios y la

⁷⁸ Cfr. supra Capítulo 2. III. 2.2.2.

⁷⁹ Cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 124; M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, pág. 124.

ponderación entre ellos conduce a los problemas de la justicia. Así lo ponen ejemplarmente de manifiesto los principios de la justicia formulados por John Rawls⁸⁰, que no son nada más que un intento de establecer una relación entre libertad e igualdad. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que el legislador constitucional se preocupó por "realizar en la Ley Fundamental la idea de la justicia"⁸¹, ello se refiere, sobre todo, a los principios iusfundamentales. Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo.

2. Acerca del problema de la competencia de control del Tribunal Constitucional

La determinación material a través de pautas abiertas frente a la moral conduce a una serie de cuestiones. En un sistema jurídico que, como el de la República Federal de Alemania, confiere una amplia jurisdicción al Tribunal Constitucional, juegan un papel especial problemas que resultan de la determinación material. En el centro del prolongado y arduo debate acerca de la jurisdicción del Tribunal Constitucional⁸² se encuentra la cuestión de cómo equilibrar las competencias del Tribunal Constitucional y las del legislador. Una solución perfecta consistiría en un sistema de reglas que para cada caso diera exactamente una respuesta a la cuestión acerca de si el Tribunal rebasa su competencia cuando, de alguna forma, interviene frente al

⁸⁰ J. Rawls, *A Theory of Justice*, págs. 302-5.

⁸¹ BVerfGE 3, 225 (233). Cfr., además, G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden 1980.

⁸² Cfr. al respecto, por una parte, las ponencias "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" de H. Triepel y H. Kelsen en el congreso de la Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 1928 (en *VVDStRL* 5 (1929), págs. 2 ss.; 30 ss.) y, por otra, las ponencias "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen" de K. Korinek, J. P. Müller y K. Schlaich en el congreso de la misma asociación en 1980 (en *VVDStRL* 39 (1981), págs. 5 ss., 53 ss., 99 ss.), como así también P. Häberle (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976, K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, Munich 1980, págs. 933 ss.; J. Mackert F. Schneider, *Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, tomos I, II, II, Tubinga 1971, 1976, 1982.

legislador. Sin embargo, una solución tal no sólo no está a la vista, sino que uno puede también preguntarse si, dado el enraizamiento del problema en cuestiones fundamentales, podrá lograrse alguna vez una tal solución. En todo caso, hay algo que parece hoy seguro: fórmulas generales tales como "*judicial self-restraint*" no sirven de mucha ayuda. Lo que se necesita es una solución diferenciada⁸³. El Tribunal Constitucional Federal expresa correctamente la dirección en la que hay que buscar una solución cuando, en el fallo sobre la cogestión, al referirse al control de los pronósticos del legislador distingue entre un "control de evidencia", un "control de admisibilidad" y un "control material intensificado"⁸⁴. Aquí no es posible tratar en profundidad los problemas de la jurisdicción del Tribunal Constitucional. Ello significaría introducir un nuevo tema. Interesa tan sólo ver qué es lo que resulta para estos problemas desde una perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales.

El punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de los deberes y de la competencia del legislador, interviene necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento *inconstitucional* de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución.

Por lo tanto, lo que está en discusión no es si el Tribunal Constitucional posee competencias de control en el ámbito de la legislación, sino tan sólo cuál es el alcance de las mismas. En este pun-

⁸³ Con respecto a intentos en esta dirección, cfr. J. Delbrück, "Quo vadis Bundesverfassungsgericht?", en J. Delbrück K. Ipsen/D. Rauschning (comps.), *Recht im Dienst des Friedens*, Festschr. f. E. Menzel, Berlin 1975, págs. 89 ss.; G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, págs. 1 ss.; H. P. Schneider, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung" en *NJW* 1980, págs. 2103 ss.

⁸⁴ BVerfGE 50, 290 (333).

to es indispensable distinguir tres niveles de la argumentación: el de la argumentación material, el de la argumentación funcional o de competencia y el de la argumentación metodológica y epistemológica.

Se trata del nivel *material* cuando en el mencionado fallo sobre la cogestión, el Tribunal Constitucional Federal hace depender la "prerrogativa de evaluación del legislador" y, con ello, la competencia de control del Tribunal, entre otras cosas, de la "importancia de los bienes jurídicos que están en juego"⁸⁵. Esto significa que un factor que juega un papel en la determinación de la medida de la competencia de control en casos concretos o en determinados grupos de casos, es el peso de los principios iusfundamentales respectivamente decisivos.

Se trata de argumentos del nivel *funcional* o de *competencia* cuando se exponen razones para la adscripción de competencias de decisión iusfundamentales que se apoyan en propiedades realmente existentes o supuestas de los sujetos de decisión, por ejemplo, la fuerza de la legitimación democrática del legislador parlamentario, su mayor capacidad para juzgar adecuadamente estados de cosas complejos, la más fácil corregibilidad y la mayor aceptación de sus decisiones o el mayor nivel de imparcialidad del Tribunal Constitucional Federal, su aptitud justamente para decidir cuestiones de derechos y su menor sometimiento a las presiones del momento.

Finalmente, se trata del nivel *metodológico* y *epistemológico*, cuando se exponen argumentos en favor o en contra de la fundamentabilidad racional de decisiones iusfundamentales. El espectro de las tesis se extiende desde un amplio escepticismo metodológico, según el cual las cuestiones dudosas pueden ser solucionadas sólo por la vía de la "decisión a través de la eliminación autoritaria de la duda"⁸⁶, hasta un amplio racionalismo metodológico según el cual para cada cuestión de derechos existe una sola respuesta correcta⁸⁷.

Sólo es posible una solución adecuada del problema de la competencia de control si se toman suficientemente en cuenta los argumentos de todos los tres niveles. Los nuevos intentos de lograr una

⁸⁵ BVerfGE 50, 290 (332 s.).

⁸⁶ C. Schmitt, "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung" en del mismo autor, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, pág. 81.

⁸⁷ D. Dworkin, "Hard Cases" en del mismo autor, *Taking Rights Seriously*, págs. 81 ss.

⁸⁸ Cfr. H. P. Schneider, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung", pág. 2104; cfr., además, G. F. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungs-*

solución con la ayuda de un "método teórico-funcional"⁸⁹ son unilaterales. Todos los tres niveles tienen que participar y, desde puntos de vista sistemáticos, no existe ningún primado del nivel funcional sino de los niveles material y metodológico; ello puede reconocerse en el hecho de que siempre que puede fundamentarse con suficiente seguridad que existe un derecho subjetivo del individuo frente al legislador, tienen que pasar a segundo plano las razones que hablan en contra de una competencia de control del Tribunal. La competencia de control del Tribunal depende, pues, siempre esencialmente de la *seguridad* con la que pueda fundamentarse la *existencia* de una posición iusfundamental. En lo que sigue, se considerará el problema de la seguridad de la fundamentación iusfundamental. El problema conduce a la relación entre argumentación y decisión.

3. Argumentación y decisión

La cuestión acerca de la seguridad de la *fundamentación iusfundamental* presenta sólo un aspecto del problema general acerca de si la ciencia del derecho dispone de criterios y *reglas* que permitan distinguir entre fundamentaciones jurídicas correctas y falsas. Dar una respuesta a esta cuestión es tarea de la teoría de la argumentación jurídica. Con respecto a ella, he tomado posición *detallada* en otros trabajos⁹⁰. Aquí se tratarán especialmente los *problemas de la argumentación iusfundamental*. A tal fin, bastan algunas *referencias* a la teoría general de la argumentación jurídica.

3.1. Acerca de la teoría general de la argumentación jurídica

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. Por ello, el discurso jurídico es un caso especial del discurso

interpretation, págs. 38 ss.; G. Zimmer, *Funktion - Kompetenz - Legitimation*, Berlin 1979, págs. 68 ss.

⁸⁹ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978; del mismo autor, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", págs. 177 ss.; A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, "Grundlagen der juristischen Argumentation", págs. 9 ss.

práctico general⁹⁰. En tanto tal, está caracterizado por el hecho de que la argumentación jurídica se lleva a cabo bajo una serie de condiciones restrictivas que brevemente puede ser llamada la sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática. Sin embargo, estas sujeciones, que pueden ser aprehendidas por un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica⁹¹, no conducen en todos los casos exactamente a un solo resultado. En todos los casos más o menos problemáticos, se requieren valoraciones que no pueden ser tomadas sin más del material dado y dotado de autoridad. La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables.

La cuestión acerca de la racionalidad de la fundamentación jurídica conduce así a la cuestión acerca de la fundamentabilidad racional de los juicios prácticos generales o de los juicios morales. La discusión de esta cuestión ha estado afectada durante largo tiempo por una contraposición infructuosa entre dos posiciones básicas presentadas siempre bajo nuevas variaciones: las posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas, por una parte, y las objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionales, por otra. Sin embargo, no existe ningún motivo para este tipo de actitud de todo-o-nada. La discusión ética actual, influenciada metodológicamente sobre todo por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y por lo que respecta a su contenido, orientada fuertemente por las ideas de Kant⁹², ha mostrado que ciertamente no son posibles teorías morales *materiales* que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada cuestión moral pero, que sí son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional⁹³. Una versión especialmente promisoria de una teoría moral procedural es la del discurso práctico racional⁹⁴.

⁹⁰ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 32 ss., 263 ss., 349 ss.; cfr., además, M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, págs. 33 s.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pág. 272.

⁹¹ R. Alexy, op. cit., págs. 273 ss., 364 ss.

⁹² Cfr. ibídem, págs. 53 ss.

⁹³ Cfr., R. Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", págs. 178 ss.; del mismo autor, "Juristische Argumentation und praktische Vernunft", págs. 29 s.

⁹⁴ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 221 ss.; J. Habermas, *Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm*, págs. 53 ss.

La ventaja de la teoría del discurso consiste en que es mucho más fácil fundamentar sus reglas, en tanto reglas de la argumentación práctica racional, que las reglas morales materiales. Para ello hay que pagar el precio de que el procedimiento discursivo, en tanto tal, es conciliable con resultados muy diversos. Existe ciertamente resultados discursivamente imposibles y discursivamente necesarios pero, siempre queda un amplio campo de lo discursivamente sólo posible. Esta deficiencia no puede ser superada en el nivel de la teoría moral.

- Para lograrlo, hay que vincular la teoría de la moral con la teoría del derecho. Una tal vinculación es posible dentro del marco de un modelo procedimental de cuatro gradas⁹⁵. Las cuatro gradas del modelo son: (1) el discurso práctico general, (2) el procedimiento legislativo, (3) el discurso jurídico y (4) el procedimiento judicial.

En la primera grada se encuentra el *discurso práctico general*. Su sistema de reglas formula algo así como un código general de la razón práctica⁹⁶ pero, no conduce en modo alguno en cada caso a un solo resultado. Pero, la solución de los conflictos sociales exige la determinación de un único resultado. Esto hace necesario, en la segunda grada, un procedimiento institucionalizado de la creación del derecho en el que no sólo se argumenta sino que también se decide⁹⁷. Un ejemplo modélico de un procedimiento tal es el *procedimiento legislativo* del Estado democrático constitucional, definido por un sistema de reglas que, comparado con las alternativas fácticamente posibles, garantiza una medida considerable de racionalidad práctica y, en este sentido, es justificable dentro del marco del primer procedimiento.

Pero, como lo muestran tanto la experiencia histórica como las reflexiones conceptuales, los procedimientos legislativos no pueden nunca establecer de antemano para cada caso exactamente una solu-

⁹⁵ R. Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", págs. 185 ss.

⁹⁶ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 234; cfr. al respecto M. Henket, "Towards a Code of Practical Reason?", conferencia pronunciada en el 11 Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, Helsinki 1983.

⁹⁷ A este argumento que apunta a los límites del conocimiento práctico, se suma para la institucionalización de un orden jurídico el argumento de la coacción. Se apoya en el hecho de que ni siquiera el acuerdo que prestan a una regla todos los participantes en el discurso tiene como consecuencia su cumplimiento por parte de todos. Una vinculación del argumento del conocimiento con el de la coacción dentro del marco de una fundamentación de la necesidad de un orden jurídico institucionalizado se encuentra en I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 312.

ción. Esto fundamenta la necesidad de un tercer procedimiento, el del *discurso jurídico*. Al igual que el primero, este procedimiento no está institucionalizado en sentido estricto pero, a diferencia de aquél, se encuentra sujeto a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática. Esta sujeción tiene como consecuencia una reducción considerable de la inseguridad de resultado del discurso práctico general. Pero, debido a la necesidad de una argumentación práctica general dentro del marco de la argumentación jurídica, no se elimina totalmente la inseguridad del resultado. Esto conduce a la necesidad de un cuarto procedimiento, nuevamente institucionalizado en sentido estricto, es decir, el del *procedimiento judicial* en el que, al igual que en el procedimiento legislativo, no sólo se argumenta sino que también se decide. Los resultados de este procedimiento son razonables si sus reglas y su realización satisfacen las exigencias de los tres primeros procedimientos. El hecho de que en el procedimiento judicial las cuestiones valorativas que han quedado abiertas por el material autoritativo dado no sean objeto sólo de la argumentación sino también de la decisión no significa despedirse de la razón. Por una parte, estas cuestiones valorativas son decididas dentro del marco de sujeciones que, como muestra el modelo, son, en tanto tales, racionales; por otra, estas cuestiones valorativas pueden ser decididas sobre la base de la argumentación práctica racional, lo que confiere un carácter racional a la decisión también cuando, de acuerdo con las reglas de la argumentación práctica racional, es posible más de una decisión.

3.2. Las bases de la argumentación iusfundamental

Para aprehender la argumentación iusfundamental, hay que complementar este modelo. El discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene prioridad sobre éste. Esto significa que para él desaparece el factor de sujeción más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es relativamente concreta. En su lugar aparecen las disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas. La cuestión es saber qué significa esto para la controlabilidad racional de la decisión iusfundamental. Para dar una respuesta a esta cuestión, es aconsejable distinguir entre la *base* y el *proceso* de la argumentación iusfundamental. Echemos, por lo pronto, una mirada a la base.

La base de la argumentación iusfundamental puede —dejando de lado algunas diferencias importantes— ser caracterizada, como la de la argumentación jurídica general, con los términos “ley”, “precedente” y “dogmática”. Con respecto a estos términos se dirá aquí tan sólo lo indispensable para exponer que la argumentación iusfundamental es posible como argumentación racional.

3.2.1. Texto y voluntad

Por sujeción de la argumentación iusfundamental “a la ley” se entenderá aquí la sujeción al *texto* de las disposiciones iusfundamentales y a la *voluntad* del legislador constitucional. Expresión de esta sujeción son, sobre todo, las reglas y formas de la interpretación semántica y de la interpretación genética⁹⁸. En la interpretación genética hay que incluir también la interpretación subjetivo-teleológico que apunta a los fines que el legislador constitucional vinculó con las disposiciones iusfundamentales⁹⁹. Las reglas y formas de las interpretaciones sistemática, histórica y comparativa pueden jugar un papel complementario en la averiguación del texto y la voluntad. No serán tratadas aquí. La interpretación objetivo-teleológica no pertenece al contexto de la sujeción a la ley ya que en ella se trata de fines que el intérprete adscribe a la ley¹⁰⁰.

Con razón se ha señalado muchas veces que la medida y fuerza de la sujeción de la argumentación iusfundamental a los argumentos semánticos y genéticos son limitadas¹⁰¹. La relativamente reducida medida de la sujeción resulta tanto de la apertura de las disposiciones iusfundamentales como del hecho de que en muchos casos nada, o nada unívoco, puede obtenerse de la génesis. La fuerza de la sujeción es relativizada por el hecho de que los argumentos semánticos y genéticos, cuando son relevantes, no siempre obligan el resultado por ellos exigido. Pueden ser superados por otros argumentos. Esto pone claramente de manifiesto que la interpretación semántica y la genética, tomadas en sí mismas, son totalmente insuficientes para la suje-

⁹⁸ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 289 ss.

⁹⁹ Ibídem, págs. 251 s.

¹⁰⁰ Cfr. R. Alexy “Teleologische Auslegung und Gesetzbindung”, págs. 143 ss.

¹⁰¹ Cfr., por ejemplo, H. Huber, “Über die Konkretisierung der Grundrechte”, págs. 192 ss.; E. W. Bockenforde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, págs. 2090 s.

ción de la argumentación iusfundamental. Sin embargo, sería falaz inferir de aquí que no contribuyen en nada a la sujeción¹⁰².

Con el texto¹⁰³ de las disposiciones iusfundamentales es conciliable mucho, pero no todo. El hecho de que el texto exija o excluya una determinada interpretación es un argumento muy fuerte en favor o en contra de esta interpretación. Un ejemplo de una decisión en la que juega un papel decisivo un argumento semántico es el fallo sobre la competencia de registro y allanamiento del oficial de justicia para la cual, sobre todo en virtud del texto del artículo 13 párrafo 2 LF ("Los registros y allanamientos no podrán ser ordenados sino por el juez ...") el Tribunal Constitucional Federal exige una orden judicial¹⁰⁴. El hecho de que el argumento semántico sea muy fuerte no significa que se imponga siempre. Esto lo pone claramente de manifiesto el fallo de las farmacias en el que, en contra del texto del artículo 12 párrafo 1 frase 1 LF, la libertad de elección de la profesión es sometida a la reserva de regulación del artículo 12 párrafo 1 frase 2 LF¹⁰⁵. Sin embargo, justamente este fallo muestra la fuerza del argumento semántico. Para desplazarlo, no basta exponer que la solución contraria al texto es mejor que la conforme al texto; las razones en favor de la solución contraria al texto tienen que tener un peso tal que, desde el punto de vista de la Constitución, justifiquen un apartamiento de su texto¹⁰⁶. En el fallo de las farmacias, el Tribunal pudo presentar tales razones. Por lo tanto, el texto de las disposiciones iusfundamentales vincula la argumentación iusfundamental porque existe a su favor la carga de la argumentación.

¹⁰² H. Huber, op. cit., pág. 195, considera que aquí "no cabe la interpretación jurídica habitual y fracasa". Si con esto se quiere decir que la interpretación semántica y la genética, en tanto cánones clásicos, no juegan ningún papel en la argumentación iusfundamental, la tesis es falsa. Sin embargo, Huber limita de inmediato la radicalidad de su tesis: "Cuando más, puede preparar en algo la comprensión propiamente dicha de los derechos fundamentales". Pero, de esta manera, se concede un cierto papel a los cánones clásicos. Algo similar vale para Böckendorf quien ciertamente subraya la "insuficiencia de las reglas clásicas de la interpretación" pero, conserva su derecho ya que desea introducir la teoría constitucional que considera decisiva "en la aplicación de las reglas de interpretación clásico-hermenéuticas" (del mismo autor, op. cit., pág. 2091).

¹⁰³ Con respecto a las posibilidades y límites de la interpretación semántica, cfr. H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, págs. 126 ss.

¹⁰⁴ BVerfGE 51, 97 (106 s.).

¹⁰⁵ BVerfGE 7, 377 (400 ss.).

¹⁰⁶ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 305; M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, págs. 79 ss.

Lo mismo vale para la génesis. El Tribunal Constitucional Federal ha formulado reiteradamente la tesis de que "la génesis no puede tener una importancia decisiva para la interpretación de las diferentes disposiciones de la Ley Fundamental"¹⁰⁷. El hecho de que los argumentos genéticos no tengan importancia decisiva no significa que carezcan de toda importancia. Por cierto, a menudo, no es posible obtener de la génesis nada definitivamente claro. Apoyarse en ella significaría, entonces, ingresar en un terreno movedizo¹⁰⁸. Pero, si resulta algo realmente claro en favor o en contra de una determinada interpretación, hay que presentarlo como argumento y, para no seguirlo, hay que presentar razones justificantes.

La medida y la fuerza de la sujeción de la argumentación iusfundamental "a la ley" son, pues, limitadas, pero existen. Esto no contradice la teoría de los principios. Como se expusiera más arriba, las normas iusfundamentales tienen un doble carácter como reglas y como principios¹⁰⁹. En la medida en que, con la normación de las normas iusfundamentales, el legislador ha tomado disposiciones bajo la forma de reglas, éstas son vinculantes, a menos que puedan aducirse razones jurídico-constitucionales suficientes en contra de su obligatoriedad.

3.2.2. Los precedentes

Los precedentes judiciales constituyen la segunda pieza de la argumentación iusfundamental. La frase de Smend: "En la práctica, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal"¹¹⁰ expresa esta importancia. Ella responde a la autoapreciación del Tribunal como "intérprete decisivo y protector de la Constitución"¹¹¹. Sin embargo, en los casos particulares —tal como lo muestra la discusión acerca de la fuerza jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, su efecto vinculante para los órganos estatales de acuerdo con el § 31 párrafo 1 BVerfGG y su fuerza legal

¹⁰⁷ BVerfGE 51, 97 (110); 6, 389 (431); 41, 291 (309).

¹⁰⁸ Cfr. G. Dürig, "Anmerkung zum Elfes-Urteil", pág. 169.

¹⁰⁹ Cfr. supra, Capítulo 3. II. 3.3.

¹¹⁰ R. Smend, Conferencia con motivo del décimo aniversario de la existencia del Tribunal Constitucional Federal, el 26 de enero de 1962, en *Das Bundesverfassungsgericht*, 2a edición, Karlsruhe 1971, pág. 16.

¹¹¹ BVerfGE 40, 88 (93).

establecida en una serie de casos por el § 31 párrafo 2 BVerfGG—quedan todavía muchas cuestiones abiertas¹¹². Aquí se considerará sólo la fuerza general como precedentes de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal para la argumentación iusfundamental. Puede dejarse de lado la cuestión de saber cuál es la relación entre la fuerza general como precedentes de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal —que le corresponde como a todas las decisiones judiciales— y su fuerza jurídica, su efecto vinculante y su fuerza de ley de acuerdo con el § 31 párrafos 1 y 2 BVerfGG. La fuerza jurídica se manifiesta de todas maneras sólo cuando se trata de objetos litigiosos idénticos¹¹³; las vinculaciones del § 31 párrafo 1 BVerfGG no se refieren a él mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal¹¹⁴, y, con ello, tampoco a la argumentación iusfundamental utilizada en sus decisiones; y la fuerza de ley de acuerdo con el § 31 párrafo 2 BVerfGG cuando vincula al Tribunal Constitucional Federal¹¹⁵ no puede fundamentar objetivamente ninguna sujeción que vaya más allá del efecto de la fuerza jurídica¹¹⁶. Así pues, si se parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la fuerza general de los precedentes juega, junto con la vinculación creada por los mencionados institutos, un papel considerable; si se hace que la fuerza general de los precedentes sea una parte de la vinculación ordenada por estos institutos, sobre todo por el § 31 párrafo 1 BVer-

¹¹² Cfr., por ejemplo, M. Sachs, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, Munich 1977; N. Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlin 1979; R. Zuck, "Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts" en *NJW* 1975, págs. 907 ss.; H. Maassen, "Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts" en *NJW* 1975, págs. 1343 ss.; K. Vogel, "Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts" en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, tomo 1, Tübingen 1976, págs. 568 ss.; K. Lange, "Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts" en *JuS* 1978, págs. 1 ss.

¹¹³ BVerfGE 4, 31 (39); 20, 56 (86 s.). Además, como lo muestran sus decisiones sobre nuevas presentaciones de acuerdo con el artículo 100 párrafo 1 frase 1 LF, el Tribunal Constitucional Federal mantiene su vinculación elástica también cuando ya ha decidido sobre esta misma norma; cfr. BVerfGE 33, 199 (203 s.); 39, 169 (181 s.).

¹¹⁴ BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (87).

¹¹⁵ En contra de esta posición, H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I, pág. 127; a favor y con más referencias, K. Lange, "Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft", pág. 7.

¹¹⁶ Cfr. BVerfGE 33, 199 (203 s.), como así también K. Lange, op. cit., pág. 8.

fGG¹¹⁷, resulta, por cierto, una fundamentación jurídico-positiva adicional de aquella fuerza pero, objetivamente nada nuevo.

Las dos reglas principales del uso de los precedentes rezan:

(1) Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.

(2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación¹¹⁸.

Aquí no habrá de reiterarse la fundamentación de estas reglas, presentada ya en otro lugar. Baste mencionar que los argumentos más importantes apuntan a la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la confianza, la descarga y la estabilidad como base del progreso¹¹⁹. En el presente contexto, habrá de interesar sólo lo que estas reglas significan para la controlabilidad racional de la argumentación iusfundamental.

En virtud del principio de universabilidad¹²⁰, de cada decisión del Tribunal Constitucional Federal puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido. Un ejemplo modélico de una tal regla de decisión es la ya varias veces mencionada regla del fallo Lebach: "En todo caso, la repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información, no está permitida si pone en peligro la resocialización del autor del delito"¹²¹. Cuando los casos son suficientemente iguales, tales reglas de decisión son siempre aplicadas. Así, en una de las numerosas decisiones sobre demora postal se dice: "El Tribunal Constitucional Federal ha decidido reiteradamente que dentro del marco de las disposiciones jurídico-procedimentales sobre la reubicación en la situación anterior, las demoras en el transporte y entrega de la correspondencia por parte de los Correos Federales no pueden ser inculpadas a los ciudadanos (BVerfGE 45, 360 (362); 46, 404 (406) con más refe-

¹¹⁷ Cfr., por ejemplo, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 299 ss.; M. Sachs, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, pág. 139.

¹¹⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 339.

¹¹⁹ M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 258 ss.; del mismo autor, *Recht und praktische Vernunft*, págs. 96 ss.; R. Alexy, op. cit., págs. 335 ss.

¹²⁰ Cfr. R. Alexy, op. cit., págs. 274, 335 ss.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, págs. 73 ss.

¹²¹ BVerfGE 35, 202 (237).

rencias)¹²². La fuerza como precedentes de las reglas de decisión se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el Tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada, sino también justamente en los casos en los que la extiende a casos con nuevas características como así también en los casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no lleva a cabo esta extensión. Un ejemplo de una extensión lo ofrece la decisión sobre prórroga de la prisión preventiva debido a exceso de trabajo del Tribunal Provincial. El Tribunal Constitucional Federal hace referencia, por lo pronto, a una serie de decisiones anteriores en las cuales había decidido que una violación del plazo del § 121 párrafo 1 StPO no está permitida cuando se ha producido "porque las autoridades y tribunales penales no han tomado todas las medidas exigibles para concluir las averiguaciones lo más pronto posible y dar lugar a una decisión judicial sobre los hechos que se le reprochan al acusado". Luego se dice: "Pero, lo mismo tiene también que valer en la medida en que la razón de una tal violación reside en el hecho de que, después de la apertura del proceso principal, el comienzo de la audiencia principal en una causa ya lista para la audiencia, se retrasa considerablemente como consecuencias de fallas o demoras evitables en la organización judicial"¹²³. Un ejemplo de una no extensión lo ofrece la decisión sobre el límite de edad para la pensión de huérfanos¹²⁴. En una decisión anterior, el Tribunal había declarado que no estaba permitida la limitación a huérfanos solteros del derecho a percibir pensiones¹²⁵; ahora la cuestión era saber si estaba permitido el límite de edad de 25 años. Para la fuerza como precedente es instructivo el hecho de que el Tribunal recurra a la decisión anterior y exponga una razón por la cual el límite de edad tiene que ser juzgado de una manera diferente a la limitación a los solteros. Esto ilustra cómo la praxis continuada de decisión del Tribunal Constitucional Federal conduce a puntos fijos en la argumentación iusfundamental.

Si se resumen todas las reglas de decisión del Tribunal Constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas. Cada nueva decisión contribuye a aumentar su densidad. Por ello, podría pensarse que la fuerza vinculante de los precedentes en

este sistema de normas es más bien demasiado grande. La objeción de encostramiento parecería entonces plausible. Sin embargo, es posible refutar esta objeción. Por lo pronto, hay que hacer referencia a las posibilidades del *distinguishing* y del *overruling*¹²⁶. Por más densa que sea la red de las reglas de decisión, los nuevos casos presentan siempre nuevas características que pueden ser utilizadas como razones para una diferenciación. Además, como precedentes, las reglas de decisión poseen sólo una fuerza vinculante *prima facie*. Se puede renunciar a una regla de decisión si se aducen razones suficientes para ello¹²⁷. Segundo, hay que subrayar que, detrás del sistema de las reglas de decisión, los principios conservan su validez. En los casos simples, es decir, en aquéllos en que los principios no exigen una solución diferente a la de las reglas de decisión, una red densa y eficaz de reglas de decisión vuelve, por cierto, superflua una amplia ponderación de los principios; ello explica por qué, a medida que aumenta la antigüedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, se vuelve menos frecuente el recurso al orden valorativo¹²⁸. Pero, esto no significa que los principios pierdan su validez. Tan pronto como surgen dudas, vuelven a entrar en juego y puedan entonces desplegar su fuerza de modificación o rechazo de las reglas.

Ya esto pone claramente de manifiesto que el fortalecimiento racionalmente justificable de la argumentación iusfundamental no significa ningún encostramiento de la fuerza como precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Naturalmente, esto implica, al mismo tiempo, que el grado de seguridad obtenible a través de los precedentes es limitado. Además, el grado de seguridad queda reducido a través de numerosas fórmulas del Tribunal Constitucional Federal que poseen un carácter extremadamente abierto. Con respecto a muchos de ellos, puede hablarse de un no reforzamiento reforzado a través de los precedentes. Ejemplos modélicos son el principio de proporcionalidad, la prohibición de arbitrariedad y la fórmula de la imagen de la persona. Ellos muestran que la argumentación iusfundamental, por lo que respecta a su fuerza vinculante como precedente,

¹²² Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 275 ss.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, págs. 219 ss.

¹²³ Por ello, la fuerza como precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal no significa ninguna "canonización de frases del Tribunal Constitucional Federal"; cfr. al respecto, K. Schlaich, "Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen", páq. 138.

¹²⁴ Cfr. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 299.

¹²⁵ BVerfGE 53, 25 (28).

¹²⁶ BVerfGE 36, 264 (273).

¹²⁷ BVerfGE 40, 121.

¹²⁸ BVerfGE 28, 324 (347).

no sólo es abierta de una manera negativa, a causa de los límites de la fuerza vinculante de todo precedente, sino que también es mantenida abierta de una manera positiva.

La continuada exclusión de posibilidades llevada a cabo desde las primeras decisiones del Tribunal Constitucional en el año 1951 tiene, por lo tanto, un carácter doble. Por una parte, se ha decidido mucho que podría haber sido decidido de otra manera pero, también se ha decidido que el sistema de normas iusfundamentales es un sistema abierto frente a exigencias básicas. De esta manera, los precedentes contribuyen indispensablemente a la seguridad de la argumentación iusfundamental pero, la argumentación de los precedentes no basta, por sí sola, para el control racional de la fundamentación iusfundamental.

3.2.3. Las teorías materiales de los derechos fundamentales

Más arriba, la tercera pieza de la base de la argumentación iusfundamental fue llamada "dogmática". En el Capítulo 1, se mostró que es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: una analítica, una empírica y una normativa¹²⁹. La cuestión acerca de la base de la argumentación iusfundamental apunta a la dimensión normativa, es decir, a las teorías normativas de la dogmática iusfundamental.

Las teorías dogmáticas pueden presentar un muy diferente grado de abstracción:¹³⁰. Aquí interesarán sólo teorías normativas generales de los derechos fundamentales, es decir, sólo teorías de un relativamente alto grado de abstracción. Este tipo de teorías serán llamadas "teorías materiales de los derechos fundamentales". Por ello, no son teorías materiales de los derechos fundamentales, por una parte, las puramente analíticas y las puramente empíricas y, por otra, las teorías normativas que sólo valen para disposiciones iusfundamentales particulares o sólo para determinados problemas iusfundamentales y, por lo tanto, no son teorías generales.

Uno puede preguntarse si está justificado considerar a las teorías materiales de los derechos fundamentales como base de la argumentación iusfundamental. Las teorías materiales de los derechos fun-

damentales tienen, por cierto, que ser fundamentadas haciendo referencia al texto de la Constitución, a la voluntad del legislador constitucional y a los precedentes del Tribunal Constitucional Federal pero, como son algo más que una mera repetición del texto constitucional, de la voluntad y de los precedentes empíricamente averiguables, no pueden apoyarse directamente ni en la autoridad de la Constitución ni en la de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. Cuando encuentran una amplia aprobación, adquieren el peso de una opinión dominante¹³¹ pero, ésta puede, en todo momento, ser afectada por argumentos. La ley, el precedente y la dogmática constituyen una línea de fuerza dotada de autoridad claramente decreciente. Por ello, las teorías materiales de los derechos fundamentales son una base de la argumentación iusfundamental apoyada no autoritativa sino argumentativamente. El concepto de una base de la argumentación apoyada argumentativamente está expuesto a la objeción de la circularidad. Sin embargo, esta objeción puede ser eliminada con la ayuda de la distinción entre base y procedimiento. No tiene nada de circular la concepción según la cual, a través de un procedimiento de argumentación, se formula una teoría que, si bien es cierto es refutable, mientras no sea refutada constituye una base para una ulterior argumentación. Por ello, la cuestión es saber cómo puede estar constituida una teoría material de los derechos fundamentales y qué es lo que puede proporcionar para el control racional de la argumentación iusfundamental.

En tanto teoría general normativa de los derechos fundamentales, una teoría material de los derechos fundamentales es sólo posible bajo la forma de una teoría de los principios. Más arriba se ha expuesto que principios y valores son lo mismo, una vez bajo el manto deontológico y, otra, bajo el manto axiológico¹³². Además, si se presupone un concepto de finalidad suficientemente amplio, es posible pasar a la tercera categoría de los conceptos prácticos, es decir, la de los conceptos antropológicos¹³³ y, en lugar del principio de la libertad o de la libertad como valor, hablar de la libertad como objetivo. Por lo tanto, las teorías materiales de los derechos fundamentales pueden ser formuladas en vez de como teorías de los principios, como teorías de los valores o como teorías generales de los fines de los derechos fundamentales.

¹²⁹ Cfr. supra, Capítulo 1, I, 2.

¹³⁰ Cfr. R. Dreier, "Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz" en del mismo autor,

Recht - Moral - Ideología, pág. 73.

Según Böckenförde, una teoría de derechos fundamentales es "una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales".¹³⁴ Tal como se expusiera más arriba,¹³⁵ Böckenförde distingue cinco teorías de este tipo: "la teoría de los derechos fundamentales liberal o burguesa del Estado de derecho, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la democrático-funcional y la del Estado social".¹³⁶ Esta clasificación coloca en un mismo nivel cosas categorialmente muy diferentes. Por ello, no tiene tanto un carácter sistemático sino, más bien, el de una presentación de las concepciones de tipo general sostenidas en la nueva dogmática de los derechos fundamentales.

Las tres teorías presentadas, la liberal, la democrática y la del Estado social, pueden fácilmente ser identificadas como teorías teleológicas generales o como teorías de los principios de los derechos fundamentales. Una teoría *liberal* muy fuerte es sostenida por quien ve en la libertad individual de acción o de decisión, en el sentido de la ausencia de intervenciones estatales, el único fin o el "único bien protegido"¹³⁷ de los derechos fundamentales, es decir, hace valer sólo el principio de la libertad negativa frente al Estado como principio

¹³⁴ E. W. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" en *NJW* 1974, pág. 1529.

¹³⁵ Capítulo I, II.

¹³⁶ Ibidem, pág. 1530. Una clasificación similar se encuentra en K. Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, págs. 15 ss. Son posibles y han sido sostenidas otras clasificaciones. Así, Scheuner, distingue dos "concepciones básicas", una que sigue la "tradición liberal" y otra que "junto con el punto de vista del aseguramiento de libertades, procura hacer valer también otros principios de la garantía de los derechos fundamentales concebidos con una mayor objetividad" (U. Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", pág. 507). Una triple clasificación se encuentra en Grabitz quien sostiene que existen "tres modelos básicos de interpretación" de los derechos fundamentales, el de la teoría del Estado de derecho liberal, el del Estado de derecho material y el del Estado de derecho social (E. Grabitz, "Freiheit als Verfassungsprinzip" en *Rechtstheorie* 8 (1977), págs. 4 ss.). Finalmente, una cuatripartición puede apoyarse en las "cuatro dimensiones del concepto de libertad jurídico-constitucional" de Klein, la de la "libertad frente al Estado", la de la "autodeterminación política", la de la "participación social" y la del "derecho a la protección estatal frente al poder social" (H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 48).

¹³⁷ Cfr. H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pág. 64. Cfr., además, E. Forsthoff, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", pág. 195; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, pág. 164.

iusfundamental¹³⁸. Versiones más débiles de una teoría liberal resultan cuando en este principio no se ve el único principio iusfundamental, sino sólo un principio iusfundamental que tiene frente a otros una prioridad *prima facie*. Krüger sostiene una de las variantes más fuertes de una teoría *democrática* según la cual los derechos fundamentales, en la medida en que no se refieren a la esfera privada o íntima, "representan, sobre todo, posiciones de una libre participación en la comunidad"¹³⁹. Esto significa que los principios democráticos son incluidos entre los principios de iusfundamentales y, por lo menos, son dotados de una prioridad *prima facie*¹⁴⁰. Típicas de una teoría de *Estado social* son tesis como la que sostiene que "la libertad a la que se refieren los derechos fundamentales [...] (es) querida como oportunidad real de vida y libertad"¹⁴¹ o que la función de los derechos fundamentales debe ser vista en "la conservación o creación de estructuras sociales que garanticen la mayor oportunidad posible del desarrollo de la personalidad"¹⁴². Con esto se afirma que, frente al principio de la libertad jurídica, el de la libertad fáctica es, por lo menos, un principio iusfundamental de igual rango.

De este tipo de teorías, que realizan adscripciones materiales de fines y ponderaciones, se distinguen básicamente las otras dos presentadas por Böckenförde: la axiológica y la institucional. Que una teoría es una *teoría axiológica* dice sólo que es una teoría sobre algunos valores pero, no dice todavía nada acerca de qué valores se trata. Una teoría axiológica liberada de suposiciones insostenibles y superflusas puede ser formulada como teoría de principios¹⁴³. Además, si se supone un concepto amplio de fin, es posible —aun cuando ello puede conducir fácilmente a malos entendidos— expresarla en la terminología de los fines. Las consideraciones presentadas más arriba han

¹³⁸ En este contexto no será considerado el principio de la igualdad jurídica.

¹³⁹ H. Krüger, "Der Wesensgehalt der Grundrechte", pág. 45. Cfr., además, W. Abendroth, *Das Grundgesetz*, 7a edición, Pfullingen 1978, pág. 76; H. Ridder, "Meinungsfreiheit" en Fr. L. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 2, Berlín 1954, págs. 249 ss., 266.

¹⁴⁰ Smend puede ser considerado como el autor más importante de las teorías democráticas, como así también de otras no, o no exclusivamente, liberales; cfr., por ejemplo, R. Smend, "Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht" en del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2a edición, Berlín 1968, págs. 318 ss.

¹⁴¹ W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pág. 78.

¹⁴² E. Grabitz, "Freiheit als Verfassungsprinzip", pág. 10. Cfr., además, P. Häberle, "Grundrechte im Leistungstaat", págs. 99, 109.

¹⁴³ Cfr. supra, Capítulo 3. III. 1.

mostrado que es indispensable una teoría de los principios y, con ello, una correspondiente teoría axiológica de los derechos fundamentales. Esta teoría general teórico-estructural implica que —sin que importe cuál sea la teoría material que se sostenga con respecto a los derechos fundamentales— hay que presuponer una teoría axiológica. Así, por ejemplo, la teoría liberal de los derechos fundamentales no es una teoría competitiva de la teoría axiológica sino la manifestación de una teoría axiológica con un determinado contenido. Por ello, no puede entrar en competencia con teorías axiológicas, de los principios o teleológicas, en tanto tales, sino sólo con este tipo de teorías con otro contenido. Lo mismo vale para las teorías democrática y del Estado liberal. Toda teoría normativa de los derechos fundamentales presupone alguna teoría axiológica, de los principios o teleológicas.

Las cosas no son tan fáciles en la teoría institucional de los derechos fundamentales, que es expresión de una teoría general institucional del derecho, tal como fuera desarrollada, sobre todo, por Hariou y Romano.¹⁴⁴ Su aplicación más amplia a los derechos fundamentales se encuentra en Häberle.¹⁴⁵ La teoría institucional de los derechos fundamentales consiste en un haz, nada fácil de desenredar, de tesis sobre el fin, la estructura y el contenido de las normas iusfundamentales, como así también de tesis que deben apoyar estas tesis. Su tesis normativa básica es que los derechos fundamentales deben ser institutos.¹⁴⁶ Lo que esto significa depende del ambiguo concepto de lo institucional.¹⁴⁷ Del rico catálogo de condiciones que, según Häberle, tienen que ser satisfechas a fin de que los derechos fundamentales sean lo que deben ser, es decir, institutos, cabe destacar dos. Para ser institutos, los derechos fundamentales tienen (1) que ser efectiva y permanentemente invocados por el mayor número posible y (2) tener un efecto estabili-

¹⁴⁴ Cfr. al respecto las ediciones alemanas, con amplias bibliografías: M. Hariou, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, edición de R. Schnur, Berlín 1965; S. Romano, *Die Rechtsordnung*, edición de R. Schnur, Berlín 1975, como así también la antología de R. Schnur (comp.), *Institution und Recht*, Darmstadt 1968. En general sobre la teoría de la institución, cfr. H. Schelsky (comp.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf 1970.

¹⁴⁵ P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, págs. 70 ss.

¹⁴⁶ Ibídem, pág. 122.

¹⁴⁷ Para su análisis, cfr., por ejemplo, B. Rüthers, "Institutionelles Rechtsdenken" im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg/Berlín/Zúrich 1970, págs. 34 ss., quien distingue entre un concepto fáctico, uno metafísico y otro normativo de institución.

zador lo más alto posible con respecto al "todo de la Constitución y del orden social"¹⁴⁸. Ambas cosas pueden ser interpretadas como fines, con miras a cuya realización han de ser interpretados los derechos fundamentales. Desde luego, estos fines son de naturaleza bien formal. El que haya de crearse una situación estable general no dice todavía nada acerca de en qué consiste una tal situación y qué hay que hacer para su creación y aseguramiento. Pero, dice que hay que otorgar a los fines supraindividuales o, como lo expresa Häberle, a la "totalidad supraindividual"¹⁴⁹ un peso importante en la interpretación de las disposiciones iusfundamentales; ello expresa una tesis axiológica básica sobre la relación entre bienes individuales y colectivos. También la primera condición puede, sin mayor problema, ser interpretada desde el punto de vista axiológico. El hecho de que los derechos fundamentales deban ser invocados efectivamente por el mayor número posible hace referencia a rasgos del Estado social¹⁵⁰ y democrático¹⁵¹ de la teoría, una dirección que después Häberle ha continuado.¹⁵² La tesis según la cual el contenido normativo de la teoría institucional de los derechos fundamentales debe ser interpretada axiológicamente encuentra otras numerosas confirmaciones. En lugar de "ideas iusfundamentales"¹⁵³ e "imágenes rectoras"¹⁵⁴, que el legislador tiene que realizar, puede hablarse también de valores o principios. En este sentido, Häberle se refiere muy a menudo a valores y decisiones valorativas.¹⁵⁵ Finalmente, hay que señalar que la característica epistemológica más segura de una teoría abierta o encubiertamente axiológica o de los principios, es decir, la ponderación, juega un papel central en la "teoría institucional" de Häberle.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Ibídem, pág. 123. En ambos puntos se muestra claramente la herencia de Smend según quien los derechos fundamentales "persiguen el efecto total constituyente del derecho constitucional" que ha de consistir en la "permanente renovación y desarrollo de la asociación voluntiva estatal en tanto unidad real de vida" (R. Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung" en del mismo autor, *Staatliche Abhandlungen*, págs. 90 s.).

¹⁴⁹ Ibídem, pág. 164.

¹⁵⁰ Ibídem, págs. 15 ss.

¹⁵¹ Ibídem, págs. 17 ss.

¹⁵² P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", págs. 43 ss.

¹⁵³ Del mismo autor, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, págs. 115, 116.

¹⁵⁴ Ibídem, págs. 182, 184.

¹⁵⁵ Ibídem, págs. 7, 12 ss., 184, 221.

¹⁵⁶ Ibídem, págs. 31 ss.

Por ello, puede decirse que el contenido normativo de la teoría institucional de los derechos fundamentales consiste en una teoría de los principios o de los valores. Típico del contenido de esta teoría de los principios es que en ella juegan un papel todos los principios en cuestión pero, mientras que al principio liberal se le confiere un peso relativamente pequeño, se otorga un peso relativamente grande a los principios vinculados con bienes colectivos.

Esta breve visión de las cinco teorías de los derechos fundamentales confirma la corrección de la tesis según la cual, en el caso de las teorías materiales de los derechos fundamentales, se trata de teorías de principios. Por ello, la cuestión es saber cuál teoría de principios es la correcta. Interesan aquí tres tipos de teorías de principios: aquéllas que esencialmente apuntan a *un principio iusfundamental*, aquéllas que parten de un haz de principios iusfundamentales de igual jerarquía y aquéllas que parten de un haz de principios iusfundamentales, pero intentan crear un cierto orden entre ellos.

Una teoría que apunta a un principio iusfundamental es la propuesta de Böckenförde de una teoría liberal de los derechos fundamentales modificada por la tarea del Estado social, es decir, por un principio no-iusfundamental¹⁵⁷. La cuestión es saber si puede fundamentarse que justamente esta teoría es la correcta¹⁵⁸. Según Böckenförde, una teoría constitucional y, con ello, una teoría de los derechos fundamentales “es sólo posible como teoría de la Constitución contenida expresa o implícitamente en la Constitución, e inferible con medios racionales de conocimiento del texto constitucional y de la génesis de la Constitución”¹⁵⁹. Antes de preguntar si una teoría liberal es obtenible sobre esta base con los medios racionales de conocimiento, como contenida en la Constitución, hay que aclarar de qué es lo que se trata en esta cuestión. No se trata de saber si a la Constitución subyacen o no como principios iusfundamentales liberales el principio de la libertad jurídica¹⁶⁰ y —como habría que agregar— el principio de la igualdad jurídica¹⁶¹. La cuestión es más bien saber si estos

¹⁵⁷ Cfr. E. W. Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, pág. 1538.

¹⁵⁸ Para una crítica general sobre teorías unipuntuales, cfr. supra, Capítulo 1. II.

¹⁵⁹ E. W. Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, pág. 2098.

¹⁶⁰ Cfr. al respecto supra, Capítulo 7. II. 1.2.

¹⁶¹ Cfr. al respecto supra, Capítulo 8. VI. 2.

principios son los *únicos* principios iusfundamentales que han encontrado expresión en la Constitución.

No puede haber ninguna duda de que los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica subyacen a la Constitución pero, cabe dudar que “con medios racionales de conocimiento del texto constitucional y de la génesis de la Constitución” pueda inferirse que ellos sean los únicos principios iusfundamentales. Es justamente la apertura del texto y de la génesis lo que parece exigir una teoría material de los derechos fundamentales. Pero, si esto es así, no puede entonces esperarse que solamente del texto y de la génesis pueda obtenerse una teoría que supere su apertura. Más bien, para su fundamentación se requieren premisas que no pueden ser tomadas concluyentemente del texto y su génesis. Sobre el carácter de estas premisas informa la caracterización que ofrece Böckenförde de las teorías de derechos fundamentales como “expresión de determinadas concepciones del Estado y de concepciones básicas sobre la relación del individuo con la comunidad estatal”¹⁶². Esto permite reconocer que toda teoría de derechos fundamentales, en la medida en que no es concluyentemente fundamentable a partir del material dotado de autoridad que hay que presuponer, tiene que apoyarse en una teoría del Estado y la sociedad, que es lo que fundamenta la objeción de circularidad formulada en contra de los intentos de fundamentación exclusivamente orientados por el texto constitucional¹⁶³: el teórico extrae del texto la teoría que, según su propia teoría, hay que extraer. Böckenförde responde esta objeción afirmando que su teoría es una hipótesis de interpretación, que “está sometida a la estricta corroboración de los enunciados (normativos), de los presupuestos, del contexto genético, etc. de la Constitución concreta” y sobre la cual tiene que ser crearse un “consenso argumentativo”¹⁶⁴. Esta respuesta puede ser aceptada en tanto tal; sin embargo, después de lo dicho sobre la apertura del texto y la génesis, cabe dudar que el material de corroboración al que recurre Böckenförde, cuando todavía no ha sido interpretado a la luz de la teoría que hay que corroborar —lo que conduciría nuevamente a un círculo— corrobora sólo una teoría puramente liberal, es decir, sólo no contradiría a ésta.

¹⁶² E. W. Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, pág. 1537.

¹⁶³ Cfr. R. Dreier, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation” en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 126.

¹⁶⁴ E. W. Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, pág. 2098.

Si frente a esta situación uno no desea ingresar directamente en el terreno movedizo de la filosofía política y social, queda sólo la posibilidad de buscar otro material dotado de autoridad. En vista de su fuerza como precedente, un material tal se encuentra en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Según Böckenförde, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es estéril para la formulación de una teoría material de los derechos fundamentales. Böckenförde fundamenta esta apreciación aduciendo que el Tribunal se apoyaría en "cambiantes y diferentes teorías de derechos fundamentales"¹⁶⁵. En esta tesis es correcto que, si se parte de la división de Böckenförde, el Tribunal prefiere unas veces una teoría y otras, otra. Sin embargo, de aquí no puede inferirse que a la jurisprudencia del Tribunal no suyazca ninguna teoría de los derechos fundamentales. El concepto de la teoría de los derechos fundamentales no está limitado a teorías que aceptan sólo un principio sino que más bien, tal como se señalara más arriba, en una teoría de los derechos fundamentales, existe también la posibilidad de partir de un haz de principios. Si uno se orienta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, obtiene una teoría compleja que contiene más principios iusfundamentales que sólo el principio liberal (libertad jurídica/igualdad jurídica)¹⁶⁶.

En contra de estas teorías de haces se aduce la objeción de la inutilidad. Así, Böckenförde considera que no serían más que catálogos de *topoi*, de los cuales uno podría servirse a voluntad¹⁶⁷. Sin embargo, frente a esto pueden esgrimirse tres argumentos: (1) En virtud de su estructura lógica, los principios son algo más que meros *topoi*. (2) A través de relaciones de prioridad *prima facie*, es posible crear un cierto orden de los principios; por lo tanto, una teoría de haces puede ser una teoría de principios del tercer tipo mencionado más arriba. (3) No hay que esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales.

(1) La ley de la ponderación muestra que los principios son algo más que meros *topoi*¹⁶⁸. No es posible recurrir o no arbitrariamente a

¹⁶⁵ Ibídem, pág. 1536.

¹⁶⁶ Cfr. al respecto supra, Capítulo 9, I, 2. Con respecto a la tesis según la cual a las distintas disposiciones iusfundamentales se pueden adscribir haces de fines, cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, págs. 335 ss.

¹⁶⁷ E. W. Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation", pag. 1537.

¹⁶⁸ Capítulo 3, III, 2.2.2.3.

los principios. Si son relevantes, deben ser tomados en cuenta. En caso de colisión, se requiere una ponderación en la que hay que preguntar si la importancia del cumplimiento de uno de los principios justifica la medida inevitable de incumplimiento del otro. Por cierto, con esto no se determina el resultado. Pero, la fundamentación se obtiene, en una cierta medida, en una estructura racional.

(2) Más arriba se ha mostrado que no es posible un orden de los principios o un orden de valores que, de una manera inter-subjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado: un orden tal podría ser llamado "orden duro"¹⁶⁹. Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades *prima facie*. El núcleo correcto de la teoría material de los derechos fundamentales propuesta por Böckenförde es que, como se expusiera más arriba¹⁷⁰, puede presentarse una prioridad *prima facie* de los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir, una carga argumentativa en favor de estos principios. La prioridad *prima facie* del principio de la libertad jurídica coincide ampliamente con la "suposición básica de libertad" del Tribunal Constitucional Federal¹⁷¹ y con la máxima "*in dubio pro libertate*"¹⁷². En contra de estos principios se han aducido numerosas objeciones. Sin embargo, ellas son refutables. Así lo muestra una breve visión de las seis más importantes. Una primera objeción aduce que aquellos principios serían inadmisiblemente generalizantes¹⁷³, lo que impediría las necesarias diferenciaciones¹⁷⁴. Con esto no se afecta una prioridad *prima facie* del principio de la libertad jurídica. Esta admite toda diferenciación, siempre que se cumpla con la carga de la argumentación. Según una segunda objeción, los principios serían demasiado bastos porque apuntarían a "la libertad" y, por ello, no tomarían en cuenta el hecho de que pueden entrar en colisión las libertades de diferentes titulares de derechos fundamentales, lo que podría conducir a una injustificada preferencia de la

¹⁶⁹ Capítulo 3, III, 2.2.1.

¹⁷⁰ Capítulo 8, VI, Capítulo 8, IV, 3.

¹⁷¹ BVerfGE 6, 32 (42); 13, 97 (105); 17, 306 (313 s.); 32, 54 (72).

¹⁷² Cfr., sobre todo, P. Schneider, "In dubio pro libertate" en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Fsch. zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, tomo 2, Karlsruhe 1960, págs. 279 ss.; del mismo autor, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation" en *VVDSuRL* 20 (1963), págs. 31 ss., como así también E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín 1971, pág. 130.

¹⁷³ P. Lerche, "Stil, Methode, Ansicht" en *DVBl* 1961, pág. 698.

¹⁷⁴ R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrenzschutz*, Berlín 1971, pág. 130.

libertad del uno a costa de la libertad del otro¹⁷⁵. Al respecto, cabe decir que las prioridades *prima facie* sólo existen frente a otros principios que no son los de la libertad jurídica y la igualdad jurídica. Si se enfrentan la libertad jurídica y la libertad jurídica o la libertad jurídica y la igualdad jurídica de diferentes titulares de derechos fundamentales, no vale entonces la relación de prioridad *prima facie*. Una tercera objeción sostiene que, en caso de duda, no valdría "ni la regulación más libre ni la menos libre, sino sólo la correcta"¹⁷⁶. Esta objeción no toma en cuenta que la prioridad *prima facie* es justamente un medio para encontrar la solución correcta de acuerdo con la Constitución. Cuando, en un caso de colisión, pueden presentarse razones igualmente buenas en favor de una u otra solución, sin una regla de prioridad no es posible fundamentar cuál es la correcta. En estos casos la prioridad *prima facie* dice que la solución que responde al principio de la libertad jurídica es la constitucionalmente correcta. Una cuarta objeción aduce que una prioridad *prima facie* no es conciliable con la tarea de optimización formulada por la idea de la unidad de la Constitución¹⁷⁷. Sin embargo, en modo alguno las prioridades *prima facie* excluyen las optimizaciones necesarias ya en virtud de la estructura de los principios¹⁷⁸. Ellas contienen tan sólo una regla de solución para un caso de empate argumentativo, que puede presentarse en un intento de optimización. Una quinta objeción dice que la prioridad *prima facie* conduce a una interpretación demasiado extensa de los derechos de libertad (derechos del status negativo)¹⁷⁹ y que sería expresión de un individualismo anarquista y de un exagerado liberalismo económico¹⁸⁰. Con esto se sobrevalora el contenido material de la prioridad *prima facie*. Esta no excluye un desplazamiento del principio de la libertad jurídica por parte de principios opuestos. Simplemente exige que para la solución requerida por los principios opuestos se aduzcan razones más fuertes que para

¹⁷⁵ Conde C. Pestalozza, "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", pág. 446.

¹⁷⁶ A. Keller, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts*. Winterthur 1960, pág. 279; H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", pág. 87.

¹⁷⁷ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, observación al margen 72; W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pág. 52.

¹⁷⁸ Cfr. supra, Capítulo 3. I. 2.

¹⁷⁹ H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", pág. 87.

¹⁸⁰ A. Keller, op. cit. pág. 279.

la solución requerida por el principio de la libertad jurídica. Esto conduce a la única objeción importante, es decir, la sexta. La prioridad *prima facie* tendría un carácter formal. Introduciría en la teoría de los principios una dirección hacia la libertad jurídica y la igualdad jurídica, pero no contendría ninguna pauta¹⁸¹ que indique hasta dónde se puede ir o no ir en esta dirección. Esto dependería de criterios materiales cuya utilización estructura pero, no determina la prioridad *prima facie*. Esto limita, por cierto, el valor práctico de la prioridad *prima facie*, pero no lo vuelve inútil. El hecho de no poseer una determinación material no es una razón para renunciar también a una estructuración.

(3) Lo que se acaba de decir conduce al tercer punto: no puede esperarse demasiado de una teoría material de los derechos humanos. La forma más ambiciosa de una teoría material de los derechos humanos sería una teoría que contuviese para cada caso una sola solución correcta. En el último tiempo, sobre todo Dworkin se ha preocupado por formular una teoría tal. Considera que es posible una "soundest theory of law"¹⁸² que contiene aquellos principios y sus pesos relativos que ofrecen la mejor justificada para los precedentes y las normas establecidas¹⁸³, y sobre cuya base en cada caso hay una sola solución correcta¹⁸⁴. Para comprender que un programa de una teoría material de los derechos humanos de este tipo está condenado al fracaso hay que preguntarse cuáles deberían ser las características de una teoría de los principios que estableciera para cada caso sólo una respuesta. Ya más arriba¹⁸⁵, se descartó una primera posibilidad, es decir, la del orden cardinal u ordinal de los principios. Como se acaba de exponer, las prioridades *prima facie* conducen sólo a una estructuración de la argumentación apoyada en los principios, pero no a un orden duro que establezca para cada caso concluyentemente un único resultado. Queda sólo la posibilidad de un orden a través de relaciones concretas de prioridad, que expresen el peso relativo de los principios en determina-

¹⁸¹ Conde C. Pestalozza, loc. cit. pág. 446.

¹⁸² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pág. 66.

¹⁸³ Ibídem, pág. 116 s.

¹⁸⁴ Ibídem, pág. 81; del mismo autor, "No Right Answer?" en P. M. S. Hacker/J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, págs. 76 ss. Cfr. al respecto con mayor información bibliográfica, R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", págs. 61 s., 82 ss.; A. Peczenik, "Is There Always a Right Answer to a Legal Question?" en *Essays in Legal Theory in Honour of K. Makkonen*, Oikeustiede Jurisprudentia 16 (1983), págs. 241 ss.

¹⁸⁵ Capítulo 3. III. 2.2.1.

dos casos o grupos de casos. Un ejemplo de una tal relación concreta de prioridad es el del fallo *Lebach*, según el cual bajo la condición de que se trate de la repetición de una emisión televisiva sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información, que ponga en peligro la resocialización del autor del delito, el principio de protección de la personalidad del autor precede a la libertad de información radial¹⁸⁶. Como se ha mostrado más arriba, esta relación de prioridad implica —de acuerdo con la ley de colisión— una *regla* que, si se dan las condiciones indicadas, prohíbe la irradiación de la emisión. Pero, con esto, se ve claramente el dilema frente al que se encuentra todo intento de crear la dureza de una teoría de los principios a través de relaciones concretas de prioridad. Para lograr el máximo de dureza, es decir, la determinación de la decisión de cada caso, la teoría tendría que contener una relación concreta de prioridad para todo caso de derecho fundamental concebible; esto significa una regla de decisión para cada caso concebible de derecho fundamental. Pero, esto significaría que la teoría se convertiría en una amplia lista de reglas de decisión para cada caso concebible de derecho fundamental. Ya los límites de la fantasía humana excluyen la posibilidad de confeccionar una lista completa de este tipo. A esto se agrega el hecho de que las reglas de decisión contenidas en una lista tal no podrían contar con la aprobación general, ya que ésta presupondría que para cada caso de derecho fundamental existe una solución que todos aprobarían. Pero, lo más importante es que las soluciones contenidas en esta lista necesitan una fundamentación. La cuestión de su fundamentación remite al problema de una teoría material de los derechos fundamentales, para cuya solución la lista debía ser un medio.

Después de todo esto, puede decirse que no es posible una teoría material de los derechos fundamentales que establezca con carácter obligatorio la solución de cada caso de derecho fundamental. Por ello, no hay que esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales. Lo único que puede exigirse de ella es que estuture la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible. Estas exigencias las satisface una teoría de los principios que contenga un haz de principios iusfundamentales y los coloque en un orden blando, a través de prioridades *prima facie*, en aras de los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica.

¹⁸⁶ BVerfGE 35, 202 (237).

3.3. *El proceso de la argumentación iusfundamental*

Las reflexiones sobre la base de la argumentación iusfundamental estaban dedicadas a la cuestión de la controlabilidad racional de la argumentación iusfundamental. El resultado es que, en virtud de su base, la argumentación iusfundamental está, por cierto, algo más determinada y estructurada racionalmente, pero que la medida y la fuerza de control que con esto se logra son limitadas. Queda todavía una considerable laguna de racionalidad. Esta laguna de racionalidad llena el procedimiento de la argumentación iusfundamental: del discurso iusfundamental.

El discurso iusfundamental es un procedimiento argumentativo en el que lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada¹⁸⁷. Como la argumentación iusfundamental está determinada sólo de manera incompleta por su base, la argumentación práctica general es un elemento necesario del discurso iusfundamental. Esto significa que el discurso iusfundamental, al igual que el discurso jurídico en general, comparte la inseguridad de resultado del discurso práctico general. Por lo tanto, es inevitable la apertura del sistema jurídico provocada por los derechos fundamentales. Pero es una apertura de tipo calificado. No se trata aquí de una apertura en el sentido de la arbitrariedad o de la mera decisión. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y, a través de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica, la argumentación iusfundamental que se lleva a cabo sobre esta base es estructurada racionalmente¹⁸⁸.

La inseguridad de resultado del discurso iusfundamental conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental dotada de autoridad. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, lo que significaría ser juez en causa propia¹⁸⁹, queda sólo la posibilidad de un Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma. No tiene nada de irrazonable el hecho de que un Tribunal Constitucional no sólo argumente sino que también decida. En general, vale la tesis según la cual sólo

¹⁸⁷ Con respecto al hecho de que el discurso iusfundamental no es sólo una cuestión de la justicia constitucional y de la ciencia del derecho constitucional, cfr. P. Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpret" en *JZ* 1975, págs. 279 ss.

¹⁸⁸ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 345 ss.

¹⁸⁹ Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 142 s.

dentro del marco de un sistema jurídico, la razón práctica, que vincula la argumentación y la decisión de manera racional, puede lograr su realización¹⁹⁰. A la luz de esta intelección, es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional.

Bibliografía

Aarnio, A., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki 1983.

Aarnio, A./Alexy, R./Peczenik, A., "Grundlagen der juristischen Argumentation", en W. Krawietz/R. Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983, págs. 9-87.

Abendroth, W., *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme*, 7a ed. Pfullingen 1978.

Achterberg, N., "Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen", en *Der Staat*, 8 (1969), págs. 159-180.

Adomeit, K., *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtsstaat*, Berlin 1969.

—, "Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik - mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte", en *Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie*, 2 (1972), págs. 503 - 522.

—, *Rechtstheorie für Studenten, Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie*, 2.a ed. Heidelberg/Hamburgo 1981.

Aicher, J., *Das Eigentum als subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts*, Berlin 1975.

¹⁹⁰ Cfr. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, pág. 40.

Albert, H., "Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechts-theorie*, 2 (1972), págs. 80-96.

Alchourrón, C. E./Bulygin, E., *Normative Systems*, Viena/Nueva York 1971. [Versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.]

Aldag, H., *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin 1925.

Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978 (reimpresión Francfort del Meno 1983). [Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.]

—, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 59-87.

—, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft NF 14 (1980), págs. 181-212.

—, "Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung", en *Loccumer Protokolle* 31 (1980), págs. 141-151.

—, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 177-188. [Traducción castellana de C. de Santiago, revisada por E. Garzón Valdés, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" en E. Garzón Valdés (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Caracas, Alfa, 1985, págs. 43-57.]

—, "Juristische Argumentation und praktische Vernunft", en *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1982, págs. 29-32.

—, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Conferencia en el 11. Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Dere-

cho y Filosofía Social, Helsinki 1983 (incluida en los documentos del Congreso).

—, "Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz", en *DÖV* 1984, págs. 953-963.

Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gemeinschaft*, Francfort del Meno 1972.

Anderson, A. R., "Logic, Norms and Roles", en *Ratio*, 4 (1962), págs. 36-49.

Anschütz, G., *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 14.a ed., Berlin 1933 (reimpresión Darmstadt 1965).

Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, traducida y comentada por F. Dirlmeier, 5a ed. Darmstadt 1969. [Traducción castellana de Julio Pallí Bonet con introducción de Emilio Lledo Iñigo, *Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 1985.]

—, *Politik*, traduc. por E. Rolfes, 3a ed. Leipzig 1922.

Arrow, K. J., *Social Choice and Individual Values*, 2a ed. Nueva York/Londres/Sydney 1963. [Traducción castellana de E. Aparicio Auñón, *Elección social y valores individuales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.]

Austin, J., *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, tomo 1, 4a ed. Londres 1873.

Austin, J. L., *How to do Things with Words*, Londres/Oxford/Nueva York 1962. [Traducción castellana de Genaro R. Carrión y Eduardo A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós Iber., 1982.]

—, "Performative Utterances", en *Philosophical Papers*, J. O. Urmson/G. J. Warnock (comps.), 2a ed. Londres/Oxford/Nueva York 1970, págs. 55-75.

- Bachof, O., "Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", en O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein/E. Walz (comps.), *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, Munich 1955, págs. 287-307.
- , "Freiheit des Berufs", en K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (comps.) *Die Grundrechte*, tomo 3, 1. medio tomo, Berlin 1958, págs. 155-265.
- , Diskussionsbeitrag, en *VVDStRL* 39 (1981), pág. 175.
- Badura, P., "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", en *Der Staat* 14 (1975), págs. 17-48.
- Baier, K., *The Moral Point of View*, Ithaka/Londres 1958.
- Barry, B., *Political Argument*, Londres/Henley 1965.
- Bayles, M. D., *Courts vs. Legislatures as Protectors of Human Rights*, Conferencia en el 11. Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki 1983 (incluida en los documentos del Congreso).
- Becker, E., "Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung", en *VVDStRL* 14 (1956), págs. 96-131.
- Becker, O., *Untersuchungen über den Modalkalkül*, Meisenheim/Glan 1952.
- Beinhardt, G., "Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung", en *DVBl* 1961, págs. 608-613.
- Bentham, J., *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (compilador), edición facsimilar de la de 1835-1843, tomo 3, Nueva York 1962.
- , *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns/H. L. A. Hart (comps.), Londres 1970.

- , *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (comp.), Londres 1970.
- Benda, E., "Die Menschenwürde", en E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (comps.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin/Nueva York 1983, págs. 107-128.
- Berg, W., *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*, Berlin 1968.
- Berlin, I., "Two Concepts of Liberty", en del mismo autor, *Four Essays on Liberty*, Londres/Oxford/Nueva York 1969, págs. 118-172. [Traducción castellana de Julio Bayón, *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, Revista de Occidente, 1974.]
- Bethge, H., *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Munich 1877.
- , "Rechtsschutzprobleme eines rundfunkspezifischen Pluralismus", en *Ufita*, 81 (1978), págs. 75-96.
- , "Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren", en *NJW* 1982, págs. 1-7.
- Bettermann, K. A., *Grenzen des Grundrechts*, Berlin 1968.
- Bierling, E. R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1.a parte, Gotha 1877, 2a parte, Gotha 1883.
- Blaesing, H., *Grundrechtskollisionen*, tesis doctoral, Bochum 1974.
- Bleckmann, A., *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colonia/Berlín 1979.
- Böckenförde, E.-W., "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", en *NJW* 1974, págs. 1529-1538.
- , "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik", en *NJW* 1976, págs. 2089-2099.
- , *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francfort del Meno 1976.

—. "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", en E.-W. Böckenförde/J. Jekewitz/Th. Ramm (comps.). *Soziale Grundrechte*, Heidelberg/Karlsruhe 1981. págs. 7-16.

Böckenförde, W., *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Ein Beitrag zur Frage der Justizierbarkeit von Art. 3 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes*, Berlin 1957.

Brandenburg, H., *Die teleologische Reduktion*. Gotinga 1983.

Breuer, R., "Grundrechte als Anspruchsnormen", en O. Bachof/L. Heigl/K. Redeker (comps.). *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, Munich 1978. págs. 89-119.

Brinkmann, R., *Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949*. Bonn 1967.

Brinz, A., *Lehrbuch der Pandekten*, tomo 1. 2a ed. Erlangen 1873.

Brunner, G., *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübinga 1971.

Böhler, O., *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*. Berlin/Stuttgart/Leipzig 1914.

Bucher, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübinga 1965.

Bydlinski, Fr., "Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht", en *ÖZöR* 12 (1962/63), págs. 421-460.

Caemmerer, E. v., *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Friburgo 1956.

Canaris, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2a ed. Berlin 1983.

Carnap, R., *Meaning and Necessity*, 2a ed. Chicago/Londres 1956.

Chlosta, J., *Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung*, Berlin 1975.

Christie, G. C., "The Model of Principles" en *Duke Law Journal*, 1968, págs. 649-669.

Coing, H., *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959.

—, "Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'", en del mismo autor, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Francfort del Meno 1962, págs. 29-55.

Corbin, A. L., "Legal Analysis and Terminology" en *Yale Law Journal*, 29 (1919), págs. 163-173.

Däubler, W., "Recht auf Arbeit verfassungswidrig?", en U. Achten et al. (comps.), *Recht auf Arbeit - eine politische Herausforderung*, Neuwied/Darmstadt 1978, págs. 159-180.

Davidson, D., "The Logical Form of Action Sentences" en N. Rescher (comp.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh 1967, págs. 81-95.

Degenhart, C., *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, Munich 1976.

Degenkolbe, G., "Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln", en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 17 (1965), págs. 327-338.

Delbrück, J., "Quo vadis Bundesverfassungsgericht?", en J. Delbrück/K. Ipsen/D. Rauschning (comps.), *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für E. Menzel*, Berlin 1975, págs. 83-105.

Denninger, E., *Rechtsperson und Solidarität*, Francfort del Meno/Berlín 1967.

—, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, Francfort del Meno/Berlín 1968.

- , *Staatsrecht*, tomo 1, Reinbek 1973, tomo 2, Reinbek 1979.
- Deutsch, E., *Hafungsrecht*, tomo 1: Allgemeine Lehren, Colonia/Berlín/Bonn/Munich 1976.
- Dreier, R., *Zum Begriff der 'Natur der Sache'*, Berlin 1965.
- , "Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie", en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 89-105.
- , *Recht - Moral - Ideologie*, Francfort del Meno 1981.
- , "Das Menschenbild im Recht", en W. Böhme (comp.), *Was halten wir für Recht?*, Herrenalber Texte 29 (1981), págs. 87-94.
- , "Recht und Gerechtigkeit", en Deutsches Institut für Fernstudien an der Univ. Tübingen, *Funkkolleg Recht*, Studienbegleitbrief 2, Weinheim/Basilea 1982, págs. 11-37.
- Dürig, G., "Das Eigentum als Menschenrecht", en *ZGesStW* 109 (1953), págs. 326-350.
- , "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", en *AöR* 81 (1956), págs. 117-157.
- , "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en Th. Maunz (comp.), *Festschrift für Hans Nawiasky*, Munich 1956, págs. 157-190.
- , "Anmerkung zum Elfes-Urteil", en *JZ* 1957, págs. 169-173.
- , "Zum 'Lüth-Urteil' des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958", en *DOV* 1958, págs. 194-197.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 2a ed. Londres 1978. [Traducción castellana de M. Guastavino, con un estudio preliminar de A. Calsamiglia, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.]
- , "No Right Answer?", en P. M. S. Hacker/J. Raz (comps.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, págs. 58-84.

- , "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", en *Philosophy & Public Affairs* 10 (1981), págs. 185-246.
- Eckhoff, T., "Guiding Standards in Legal Reasoning", en *Current Legal Problems* 29 (1976), págs. 205-219.
- Eckhold-Schmidt, Fr., *Legitimation durch Begründung. Eine erkenntniskritische Analyse der Drittewirkungs-Kontroverse*, Berlin 1974.
- Edwards, P., *The Logic of Moral Discourse*, Nueva York/Londres 1955.
- Ehmke, H., *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961.
- , "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", en *VVDStRL* 20 (1963), págs. 53-102.
- Ehrenfels, C. v., *System der Werttheorie*, tomo 1, Leipzig 1897, tomo 2, Leipzig 1898.
- Ehrlich, E., *Die juristische Logik*, Tubinga 1918.
- , "Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft", en del mismo autor, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin 1967, págs. 170-202.
- Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass./Londres 1980.
- Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a ed. Heidelberg 1963.
- Enneccerus, L./Nipperdey, H. C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2 medio tomos, 15.a ed. Tubinga 1959/1960.
- Erichsen, H.-U., *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I*, 2a ed. Munich 1976 (3a ed. Munich 1982).

- Esser, J., "Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht", en *AcP* 172 (1972), págs. 97-130.
- , "Dogmatik zwischen Theorie und Praxis", en F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steinhoff (comps.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser*, Tübingen 1974, págs. 517-539.
- , *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3a ed. Tübingen 1974.
- Esser, J./Schmidt, E., *Schuldrecht*, tomo 1, 2º medio tomo, 5.a ed. Heidelberg/Karlsruhe 1976.
- Evers, H.-U., "Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, insbesondere zur Persönlichkeitstheorie", en *AöR* 90 (1965), págs. 88-98.
- Eyermann, E., "Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?", en *Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BayVGH*, Munich 1972, págs. 45-53.
- Fechner, E., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tübingen 1954.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980.
- Fitch, Fr. B., "A Revision of Hohfeld's Theory of Legal Concepts", en *Logique et Analyse* 10 (1967), págs. 269-276.
- Fohmann, L. H., *Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht*, Berlin 1978.
- Føllesdal, D./Hilpinen, R., "Deontic Logic: An Introduction" en R. Hilpinen (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1971, págs. 1-35.
- Forsthoff, E., *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster 1954.
- , "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", en H. Barion/E.

- Forsthoff/W. Weber (comps.), *Festschrift für C. Schmitt*, Berlin 1959, págs. 35-62.
- , *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961.
- , "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", en H. Barion/E.-W. Böckenförde/E. Forsthoff/W. Weber (comps.), *Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin 1968, págs. 185-211.
- , *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2a ed. Munich 1971.
- Frankena, W. K., "Value and Valuation", en P. Edwards (comp.), *The Encyclopedia of Philosophy*, tomo 7, Nueva York/Londres 1967, págs. 229-232.
- , *Ethics*, Englewood Cliffs, New Jersey 1963.
- Frege, G., "Der Gedanke. Eine logische Untersuchung", en del mismo autor, *Logische Untersuchungen*, G. Patzig (comp.), Göttinga 1966, págs. 30-73. [Traducción castellana de L. M. Villanueva, *Investigaciones lógicas*, Madrid, Tecnos, 1984.]
- , *Begriffsschrift*, Halle 1879 (reimpresión Hildesheim 1964). [Traducción castellana de Ulises Moulines, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Orbis, 1984.]
- Freytag Löringhoff, B. v. "Die logische Struktur des Begriffs Freiheit", en J. Simon (comp.), *Freiheit. Theoretische und praktische Aspekte des Problems*, Friburgo/Múnich 1977, págs. 37-53.
- Friauf, K.-H., "Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat", en *DVBl* 1971, págs. 674-682.
- Friedrich, M., "Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre", en *Politische Vierteljahresschrift* 13 (1972), págs. 582-598.
- Friesenhahn, E., "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses", en *Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages*, Hamburg 1974, tomo II, Munich 1974, págs. G 1-37.

- Gäfgen, G., *Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung*, 3a ed. Tübingen 1974.
- Gallwas, H.-U., *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlin 1970.
- Geiger, Th., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2a ed. Neuwied Berlin 1964.
- Geiger, W., "Das Menschenbild des Grundgesetzes", en W. Böhme (comp.), *Was halten wir für Recht?*, Herrenalber Texte 29 (1981), págs. 9-23.
- Gentz, M., "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", en *NJW* 1968, págs. 1600-1607.
- Gerber, C. Fr. v., *System des Deutschen Privatrechts*, 2a ed. Jena 1850.
- Gerber, H., *Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates*, Stuttgart 1930.
- Gewirth, A., "Are there any Absolute Rights?", en *The Philosophical Quarterly* 31 (1981), págs. 1-16.
- , "There are Absolute Rights", en *The Philosophical Quarterly* 32 (1982), págs. 348-353.
- Gierke, O. v., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.
- , *Deutsches Privatrecht*, tomo 2, Leipzig 1905.
- Giese, B., *Das Würde-Konzept. Eine norm-funktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG*, Berlin 1975.
- Goble, G. W., "Affirmative and Negative Legal Relations", en *Illinois Law Quarterly* 4 (1922), págs. 94-106.
- , "Negative Legal Relations Re-examined", en *Illinois Law Quarterly* 5 (1922), págs. 36 ss.

- Göldner, D. C., *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem*, Berlin 1969.
- Goerlich, H., *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973.
- , *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden 1981.
- Götz, V., *Recht der Wirtschaftssubventionen*, Munich/Berlin 1966.
- Grabitz, E., "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *AÖR* 98 (1973), págs. 568-616.
- , *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen 1976.
- , "Freiheit als Verfassungsprinzip", en *Rechtstheorie* 8 (1977), págs. 1-18.
- Grimmer, K., *Demokratie und Grundrechte*, Berlin 1980.
- Gross, H., "Standards as Law", en *Annual Survey of American Law* 1968/69, págs. 575-580.
- Haag, K., *Rationale Strafzumessung*, Colonia/Berlin 1970.
- Haas, D., "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *DOV* 1954, págs. 70-72.
- Habermas, J., "Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm", en del mismo autor, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Francfort del Meno 1983, págs. 53-125. [Traducción castellana de R. G. Cotarelo, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.]
- Häberle, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3a ed. Heidelberg 1983.

- , "Grundrechte im Leistungsstaat", en *VVDSiRL* 30 (1972), págs. 43-131.
- , "Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972", en *DÖV* 1972, págs. 729-740.
- , "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpret", en *JZ* 1975, págs. 297-305.
- comp.). *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976.

Hamel, W., *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Berlín 1957.

Hare, R. M., *The Language of Morals*, Londres/Oxford/Nueva York 1952. [Traducción castellana de Genaro R. Carrió y Eduardo E. Rabossi. *El lenguaje de la moral*, Universidad Autónoma de México, 1975.]

- , "Universality", en *Proceedings of the Aristotelian Society* 55 (1954/55), págs. 295-312.
- , *Freedom and Reason*, Oxford 1963.
- , "Principles", en *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972/73), págs. 1-18.
- , *Moral Thinking*, Oxford 1981.

Harnischfeger, H., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten*, Hamburgo 1966.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford 1961. [Traducción castellana de Genaro R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.]

- , "Bentham's 'Of Law in General'", en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 55-66.

- , "Bentham on Legal Rights", en A. W. B. Simpson (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford 1973, págs. 171-201.
- Hartmann, N., *Ethik*, Berlín/Leipzig 1926.
- Hatschek, J., *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, 2 tomos, 2a ed. Berlín 1930.
- Hauriou, M., *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, editado por R. Schnur, Berlín 1965.
- Haverkate, G., *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, Tübinga 1983.
- Heck, Ph., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2a ed. Tübinga 1932.
- , *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübinga 1932.
- Hegel, G. W. F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Theorie-Werkausgabe, tomo 12, Francfort del Meno 1970.
- Heller, H., *Die Krisis der Staatslehre* (1926), en del mismo autor, *Gesammelte Schriften*, tomo 2, Leiden 1971, págs. 3-30.
- Henke, W., *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübinga 1968.
- Henket, M., *Towards a Code of Practical Reason?*, Conferencia pronunciada en el 11 Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki 1983 (incluido en los documentos del Congreso).
- Hensel, A., *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübinga 1931.
- Herberger, M./Simon, D., *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Francfort del Meno 1980.
- Hernekamp, K. (comp.), *Soziale Grundrechte*, Berlín/Nueva York 1979.

Hesse, E., *Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Verwirklichung einer 'verfassungsmässigen Ordnung'*, Berlin 1968.

Hesse, K., "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht", en *AöR* 77 (1951 52), págs. 167-224.

—, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", en *EuGRZ* 1978, págs. 427-438.

—, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14a ed. Heidelberg 1984.

—, "Grundrechte: Bestand und Bedeutung", en E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (comps.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin/Nueva York 1983, págs. 79-106.

Heymann, K.-D./Stein, E., "Das Recht auf Bildung", en *AöR* 97 (1972), págs. 185-232.

Hilpinen, R., "An Analysis of Relativised Modalities", en J. W. Davis/D. J. Hockney/W. K. Wilson (comps.), *Philosophical Logic*, Dordrecht 1969, págs. 181-193.

— (comp.). *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1971.

Hintikka, J., "Some Main Problems of Deontic Logic", en R. Hilpinen (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1971, págs. 59-104.

Hippel, E. v., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin 1965.

Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Gotinga 1981.

Hislop, D. J., "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53 (1967), págs. 53-89.

Hobbes, Th., *Leviathan*, ed. por M. Oakeshott, Oxford 1960. [Traducción castellana de C. Moya y A. Escohotado, *Leviatán*, Madrid, Ed. Nacional, 2a edición, 1983.]

Hohfeld, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en del mismo autor, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven 1923, págs. 23-64. [Traducción castellana y nota preliminar de Genaro R. Carrión, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.]

Holstein, G., "Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft", en *AöR* 50 (1926), págs. 1-40.

Honoré, A. M., "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting", en *Tulane Law Review* 34 (1960), págs. 453-468.

Huber, E. R., "Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht", en *DÖV* 1956, págs. 97-102, 135-143, 172-175, 200-207.

Huber, H., "Soziale Verfassungsrechte", en E. Forsthoff (comp.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, págs. 1-15.

—, "Über die Konkretisierung der Grundrechte", en P. Saladin/L. Wildhaber (comps.), *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden*, Basilea/Stuttgart 1972, págs. 191-209.

Hughes, G., "Rules, Policy and Decision Making", en *The Yale Law Journal* 77 (1968), págs. 411-439.

Husserl, E., *Logische Untersuchungen*, tomo 1, 2a ed. Halle 1913.

Huxley, A., *Eyeless in Gaza*, Londres 1955.

Isensee, J., *Das legalisierte Widerstandsrecht*, Bad Homburg/Berlín/Zúrich 1969.

—, *Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grunrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, Heidelberg/Karlsruhe 1980.

- , "Verfassung ohne soziale Grundrechte", en *Der Staat* 19 (1980), págs. 367-384.
- , *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlín/Nueva York 1983.
- Ipsen, H. P., "Gleichheit", en Fr. L. Neumann H. C. Nipperdey U. Scheuner (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 2. Berlín 1954, págs. 111-198.
- Ipsen, J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980.
- Jäckel, H., *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlín 1967.
- Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a ed. Tübinga 1905.
- , *Allgemeine Staatslehre*. 7a reimpresión de la 3a ed. (1914), Bad Homburg 1960.
- Jellinek, W., "Grundrechte und Gesetzesvorbehalt", en *Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1946, págs. 4-6.
- Jhering, R. v., "Unsere Aufgabe", en *Jahrbücher für die Dogmatik* 1 (1857), págs. 1-52.
- , *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, parte 3, 5a ed. Leipzig 1906.
- Kalinowski, G., "Théorie des propositions normatives", en *Studia logica* 1 (1953), págs. 147-182.
- , *Einführung in die Normenlogik*, Francfort del Meno 1973.
- Kanger, S., "New Foundations for Ethical Theory", en R. Hilpinen (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht 1971, págs. 36-58.

- Kanger, S./Kanger, H., "Rights and Par.", (1966), págs. 85-115.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en *Kant's gesammelte Schriften*, editado por la Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, tomo IV, Berlín 1903/11, págs. 385-464. [Traducción castellana de Manuel García Morente, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 5a. edición, 1977.]
- , *Metaphysik der Sitten*, en *Kant's gesammelte Schriften*, editado por la Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, tomo VI, Berlín 1907/14, págs. 203-494. [Traducción castellana de Adela Cortina y J. Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.]
- Kasper, Fr., *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlruhe 1967.
- Kaufmann, E., *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübinga 1921.
- , "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", en *VVDStRL* 3 (1927), págs. 2-24.
- Keller, A., *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts*, Winterthur 1960.
- Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübinga 1911. [Traducción castellana de Wenceslao Roces con notas y revisión de Ulises Schmill, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Porrúa, 1987.]
- , "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *VVDStRL* 5 (1929), págs. 30-88.
- , *Reine Rechtslehre*, 2a ed. Viena 1960. [Traducción castellana de Roberto Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979.]

—, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena 1979.

Kirsch, W., *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, tomo 1-3, 2a ed. Wiesbaden 1977.

Klami, H. T., *Legal Heuristics*, Vammala 1982.

Klein, Franz, "Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *DÖV* 1964, págs. 471-476.

Klein, H. H., "Öffentliche und private Freiheit", en *Der Staat* 10 (1971), págs. 145-172.

—, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 2a ed. Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia 1974.

—, "Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?", en H. Schneider V. Götz (comps.), *Festschrift für W. Weber*, Berlín 1974, págs. 643-661.

Kloepfer, M., *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandschutz*, Munich 1970.

—, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübinga 1976, págs. 405-420.

—, *Datenschutz als Grundrecht. Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz*, Königstein/Taunus 1980.

—, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlín 1980.

Knies, W., *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, Munich 1967.

Koch, H.-J., "Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht", en del mismo autor (comp.), *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Francfort del Meno 1977, págs. 13-157.

Koch, H.-J./Rüssmann, H., *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982.

Kocourek, A., *Jural Relations*, 2a ed. Indianapolis 1928.

—, "Non-legal-content Relations", en *Illinois Quarterly* 4 (1922), págs. 233-239.

Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), a cargo de H. J. Abraham et al., 9 tomos. Hamburgo 1950 ss.

Kommers, D. P., "Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland" en C. Link (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1982, págs. 31-50.

Korinek, K., "Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte", en *Die sozialen Grundrechte*, editado por Kath. Sozialakademie Österreichs, Viena 1971, págs. 9-23.

—, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen" en *VVDStRL* 39 (1981), págs. 7-52.

Kraft, V., *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, 2a ed. Viena 1951.

Krauss, R. v., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Hamburgo 1955.

Krawietz, W., Artículo: "Begriffsjurisprudenz" en J. Ritter (comp.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 1, Basilea 1971, columnas 809-813.

—, "Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?", en *ÖZöR* 23 (1972), págs. 47-80.

— (comp.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt 1976.

Krebs, W., *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlín 1975.

- Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975.
- , *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a ed. Berlín 1976.
- , "Das Grundgesetz im Parteienkampf", en del mismo autor, *Legitimationsprobleme der Bundesrepublik*, Munich 1977, págs. 131-145.
- , *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga 1979.
- , *Befreiung und politische Aufklärung*, Friburgo/Basilea/Viena 1980.
- Kröger, K., *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden 1978.
- Krüger, H., "Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG", en *DÖV* 1955, págs. 597-602.
- , "Der Wesensgehalt der Grundrechte", en J. Seifert/H. Krüger, *Die Einschränkung der Grundrechte, Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* 13, Hannover 1976, págs. 35-60.
- Kutschera, Fr. v., *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Friburgo/Munich 1973.
- Laband, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2a ed. tomo 1. Friburgo 1888.
- Lange, K., "Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", en *JuS* 1978, págs. 1-8.
- Larenz, K., "Rechtsperson und subjektives Recht", en G. Dahm et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín 1935, págs. 225-260.
- , *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1a ed. Munich 1967.

- , *Richtiges Recht*, Munich 1979.
- , *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4a ed. Berlín/Heidelberg/Nueva York 1979, 5a ed. Berlín/Heidelberg/Nueva York/Tokio 1983. [Traducción castellana de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona-Caracas-México, Ariel. 1980.]
- Laszlo, E./Wilbur, J. B. (comps.), *Value Theory in Philosophy and Social Science*, Nueva York/Londres/Paris 1973.
- Lautmann, R., *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, 2a ed. Opladen 1971.
- Lazzer, D. de, "Rechtsdogmatik als Kompromissformular", en R. v. Dubischar et al. (comps.), *Dogmatik und Methode. Festschrift für J. Esser*, Kronberg Taunus 1975, págs. 85-112.
- Lehmann, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 13a ed. Berlín 1962.
- Leibholz, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2a ed. Munich/Berlín 1959.
- , *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a ed. Berlin 1966.
- , *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3a ed. Karlsruhe 1967 (reimpresión Francfort del Meno 1974).
- Leibniz, G. W., *Elementa juris naturalis*, 1671, manuscrito borrador B (Hannover), manuscrito definitivo C (Hannover), publicado en del mismo autor, *Sämtliche Schriften und Briefe*, editado por la Preussische Akademie der Wissenschaften, 6a serie, tomo 1, Darmstadt 1930, págs. 465-480, 480-485.
- Leisner, W., *Grundrechte und Privatrecht*, Munich 1960.
- , *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Tübinga 1964.

—, "Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung", en *DÖV* 1975, págs. 73-79.

Lenk, H. (comp.), *Normenlogik. Grundprobleme der deontischen Logik*, Pullach 1974.

Lepa, M., "Grundrechtskonflikte" en *DVBl* 1972, págs. 161-167.

Lerche, P., *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia/Berlín/Munich/Bonn 1961.

—, "Stil, Methode, Ansicht", en *DVBl* 1961, págs. 690-701.

—, "Rezension: Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz", en *DÖV* 1965, págs. 212-214.

Levinson, J., "Gewirth on Absolute Rights", en *The Philosophical Quarterly* 32 (1982), págs. 73-75.

Lindahl, L., *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht 1977.

Link, C., *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Viena/Colonia/Graz 1979.

- (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1982.

Löw, K., "Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?", en *DÖV* 1958, págs. 516-520.

Lorenz, D., "Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz", en *AöR* 105 (1980), págs. 623-649.

—, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", en *JBl* 103 (1981), págs. 16-26.

Luce, R. D. Raiffa, H., *Games and Decisions. Introduction and Critical Survey*, Nueva York/Londres/Sydney 1957 (reimpresión 1967).

Lücke, J., "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", en *AöR* 107 (1982), págs. 15-60.

Luhmann, N., "Zur Funktion der 'subjektiven Rechte'", en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtsoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), págs. 321-330.

—, *Rechtsoziologie*, 2 tomos, Reinbek 1972.

—, *Grundrechte als Institution*, 2a ed. Berlín 1974.

Lyons, D., "Rights, Claimants and Beneficiaries", en *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), págs. 173-185.

Maassen, H., "Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts", en *NJW* 1975, págs. 1343-1348.

MacCallum, G. C., "Negative and Positive Freedom", en *Philosophical Review* 76 (1967), págs. 312-334.

MacCormick, N., "Law as Institutional Fact", en *The Law Quarterly Review* 90 (1974), págs. 102-129.

—, "'Principles' of Law", en *Juridical Review* 19 (1974), págs. 217-226.

—, "Rights in Legislation", en P. M. S. Hacker/J. Raz (comps.), *Law, Morality, and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, págs. 189-209.

—, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.

—, "Coherence in Legal Justification", en W. Krawietz/H. Schelsky/G. Winkler/A. Schramm (comps.), *Theorie der Normen, Festgabe für O. Weinberger*, Berlín 1984, págs. 37-53.

Mackert, J./Schneider, Fr., *Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, tomo I, II, III, Tübinga 1971, 1976, 1982.

Macpherson, C. B., "Berlins Teilung der Freiheit", en del mismo autor, *Demokratietheorie*, Munich 1977, págs. 159-194.

Mally, E., *Grundgesetze des Sollens. Elemente der Logik des Willens*, Graz 1926, nuevamente publicado en E. Mally, *Logische Schriften*, editado por K. Wolf/P. Weingartner, Dordrecht 1971, págs. 227-324.

Mangoldt, H. v., "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes", en *AöR* 75 (1949), págs. 273-290.

Mangoldt, H. v./Klein, Fr., *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, 2a ed. Berlin/Francfort del Meno 1957.

Martens, W., "Grundrechte im Leistungsstaat", en *VVDStRL* 30 (1972), págs. 7-38.

Marx, K., "Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848", en K. Marx/Fr. Engels, *Werke*, tomo 7, Berlin 1960, págs. 494-506.

Marx, M., *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, Colonia/Berlin/Bonn/Munich 1972.

Maunz, Th., *Deutsches Staatsrecht*, 23a ed. Munich 1980.

Maunz, Th./Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 24a ed. Munich 1982.

Maunz, Th./Dürig, G. et al., *Grundgesetz. Kommentar*, 5a ed. Munich 1983.

Merten, D., "Urteilsanmerkung", en *NJW* 1972, pág. 1799.

—, "Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *JuS* 1976, págs. 345-351.

—, "Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien - zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte -", en *VerwArch* 73 (1982), págs. 103-121.

Meyer-Cording, U., *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, Tübinga 1973.

Moritz, M., *Über Höffels System der juridischen Grundbegriffe*, Lund/Kopenhagen 1960.

Müller, Fr., *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966.

—, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1968.

—, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin 1969.

—, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin 1969.

—, "Thesen zur Struktur von Rechtsnormen", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61 (1970), págs. 493-509.

—, *Juristische Methodik*, 2a ed. Berlin 1976.

—, *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie* II, Berlin 1976.

—, "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie", en *Rechtstheorie* 8 (1977), págs. 73-92.

—, *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie* III, Berlin 1979.

—, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1984.

Müller, Fr./Pieroth, B./Fohmann, L., *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlin 1982.

Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a ed. Basilea/Francfort del Meno 1981.

—, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen", en *VVDStRL* 39 (1981), págs. 53-98.

—, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berna 1982.

Müller, J., *Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Rechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG und zu dessen Schranken*, Hamburgo 1972.

Münch, I. v. (comp.), *Grundgesetz-Kommentar*, tomo 1, 2a ed. Munich 1981.

Mutius, A. v., "Grundrechte als 'Teilhaberechte' - zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des 'numerus clausus'", en *VerwArch* 64 (1973), págs. 183-195.

Nagel, S. S., "Issues Regarding Tensions between Goals of Equality and Freedom", en G. Dorsey (comp.), *Equality and Freedom*, tomo 2, Nueva York/Leiden 1977, págs. 603-610.

Nawiasky, H., *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2a ed. Einsiedeln/Zürich/Colonia 1948.

Nieuwland, H. van, *Darstellung und Kritik der Theorien der immamenten Grundrechtsschranken*, tesis doctoral, Gotinga 1981.

Nipperdey, H. C., "Grundrechte und Privatrechte", en H. C. Nipperdey (comp.), *Festschrift für E. Molitor*, Munich/Berlín 1962, págs. 17-33.

—, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 4, 2o medio tomo, Berlín 1962, págs. 741-909.

Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York 1974.

Opp, K.-D., *Soziologie im Recht*. Reinbek 1973.

Ossenbühl, Fr., "Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *NJW* 1976, págs. 2100-2107.

—, "Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseent-

scheidungen durch das Bundesverfassungsgericht", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 1, Tübinga 1976, págs. 458-518.

—, "Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts", en *DÖV* 1981, págs. 1-11.

Otte, G., "Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 301-320.

Patzig, G., Artículo: "Relation", en H. Krings/H. M. Baumgartner/C. Wild (comps.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, tomo 4, Munich 1973, págs. 1220-1231.

Paulson, S., "Zum Problem der Normenkonflikte", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 66 (1980), págs. 487-506.

Peczenik, A., "Principles of Law. The Search for Legal Theory", en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 17-35.

—, "On the Nature and Function of the Grundnorm", en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 279-296.

—, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York 1983.

—, "Is There Always a Right Answer to a Legal Question?", en *Essays in Legal Theory in Honor of K. Makkonen, Oikeustiede Jurisprudentia* 16 (1983), págs. 241-258.

Perelman, C., "Eine Studie über die Gerechtigkeit", en del mismo autor, *Über die Gerechtigkeit*, Munich 1967, págs. 9-84 (Original: *De la Justice*, Bruselas 1945.).

Perry, R. B., *General Theory of Value*, Nueva York 1926.

—, *Realms of Value*, Cambridge, Mass. 1954.

Pestalozza, C. Graf v., "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", en *Der Staat* 2 (1963), págs. 425-449.

Peters, H., "Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel", en D. S. Constantopoulos/H. Wehberg (comps.), *Festschrift für R. Laun*, Hamburgo 1953, págs. 669-678.

—, "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule", en K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 4, 1er. medio tomo, Berlin 1960, págs. 369-445.

—, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Colonia/Opladen 1963.

Philippi, K. J., *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich 1971.

Platon, *Gesetze*, traducción de O. Apelt, Leipzig 1916. [Edición bilingüe griego-castellana de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, *Las leyes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.]

Podlech, A., "Wertungen und Werte im Recht", en *AoR* 95 (1970), págs. 185-223.

—, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín 1971.

—, "Recht und Moral", en *Rechtstheorie* 3 (1972). págs. 129-148.

Popper, K. R., *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, tomo 1. *Der Zauber Platons*, 2a ed. Berlín/Munich 1970. [Traducción castellana de E. Coedel, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Orbis, 1985.]

Preuss, U. K., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Francfort del Meno 1979.

Quine, W. V. O., *Grundzüge der Logik*, Francfort del Meno 1969.

[Traducción castellana de N. Guasch, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986.]

Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 8a ed. Stuttgart 1973. [Traducción castellana, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Edersa, 1959.]

Raiser, L., "Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht", en *JZ* 1961, págs. 465-473.

—, "Wozu Rechtsdogmatik?", en *DRiZ* 1968, pág. 98.

Ramsauer, U., *Die faktische Beeinträchtigung des Eigentums*, Berlín 1980.

—, "Die Bestimmungen des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck", en *VerwArch* 72 (1981), págs. 89-106.

Raphael, D. D., "Tensions between the Goals of Equality and Freedom", en G. Dorsey (comp.), *Equality and Freedom*, tomo 2. Nueva York/Leiden 1977, págs. 543-558.

Rauschning, D., "Staatsaufgabe Umweltschutz", en *VVDSiRL* 38 (1980), págs. 167-210.

Rawls, J., "Justice as Fairness", en *Philosophical Review* 64 (1958), págs. 164-194.

—, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971. [Traducción castellana de María D. González, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.]

Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford 1970. [Traducción castellana de Rolando Tamayo y Salmerón, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986.]

—, "Legal Principles and the Limits of Law", en *The Yale Law Journal* 81 (1972), págs. 823-854.

—, *Practical Reasons and Norms*, Londres 1975. [Traducción castellana de Juan Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.]

Rehbinder, M., *Rechissoziologie*, Berlin/Nueva York 1977.

Rescher, N., *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973.

—, *Cognitive Systematization*, Oxford 1979.

Reuter, L.-R., "Soziales Grundrecht auf Bildung? Ansätze eines Verfassungswandels im Leistungsstaat", en *DVBl* 1974, págs. 7-19.

Ridder, H., "Meinungsfreiheit", en Fr. L. Neumann/H. C. Nipperdey U. Scheuner (comps.), *Die Grundrechte*, tomo 2, Berlin 1954, págs. 243-290.

—, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen 1975.

Robbers, G., *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 1980.

Römer, P. (comp.), *Der Kampf um das Grundgesetz*, Francfort del Meno 1977.

Rohlf, D., *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*, Berlin 1980.

Rokeach, M., *The Nature of Human Values*, Nueva York 1973.

Romano, S., *Die Rechtsordnung*, editado por R. Schnur, Berlin 1975.

Ross, A., *Directives and Norms*, Londres 1968.

Ross, W. D., *The Right and the Good*, Oxford 1930.

Rottleuthner, H., *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort del Meno 1973.

—, *Rechtstheorie und Rechissoziologie*, Friburgo Munich 1981.

Rubel, R., *Planungsermessen*, Francfort del Meno 1982.

Rüfner, W., "Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte", en *Der Staat* 7 (1968), págs. 41-64.

—, "Grundrechtskonflikte", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 2, Tübingen 1976, págs. 453-479.

Rupp, H. H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsverhältnis*, Tübingen 1965.

—, "Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG?", en *NJW* 1966, págs. 2037-2040.

—, "Grundrechtlicher Freiheitsstatus und ungesetzlicher Zwang", en *DÖV* 1974, págs. 193-195.

—, "Vom Wandel der Grundrechte", en *AoR* 101 (1976), págs. 161-201.

—, "Urteilsanmerkung", en *JZ* 1979, págs. 28-29.

Rüthers, B., *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970.

Ryffel, H., "Rezension von: M. Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1967, und Fr. Müller. *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966", en *DVBl* 1971, págs. 83-85.

Ryffel, H./Schwartländer, J. (comps.), *Das Recht des Menschen auf Arbeit*, Kehl/Estrasburgo/Arlington 1983.

Sachs, M., *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, Munich 1977.

—, "Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte", en *DÖV* 1984, págs. 411-419.

Saladin, P., "Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung", en *ZSR* N. F. 87 (1968), págs. 531-560.

- , *Grundrechte im Wandel*, 2a ed. Berna 1975.
- Sattler, A., "Die Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Vorschriften über die Organisation der Hochschulen", en H. Schneider/V. Götz (comps.), *Festschrift für W. Weber*, Berlin 1974, págs. 325-344.
- Savigny, E. v./Neumann, U./Rahlf, J., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich 1976.
- Schäfzel, W., "Der internationale Schutz der Menschenrechte", en *Festschrift für Fr. Giese*, Francfort del Meno 1953, págs. 215-230.
- Schambeck, H., *Grundrechte und Sozialordnung*, Berlin 1969.
- Schapp, J., *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlin 1977.
- Scharpf, Fr., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970.
- Scheler, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5a ed. Berna/Munich 1966.
- Schelsky, H. (comp.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf 1970.
- Scheuner, U., "Pressefreiheit", en *VVDStRL* 22 (1965), págs. 1-100.
- , "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit", en *DÖV* 1971, págs. 505-513.
- Schlaich, K., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen", en *VVDStRL* 39 (1981), págs. 99-146.
- Schlink, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976.
- Schmidt, J., *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechtes*, Colonia/Berlin/Bonn Munich 1969.
- Schmidt, W., "Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes", en *AöR* 91 (1966), págs. 42-85.
- , "Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland", en *Der Staat*, Beiheft 5 (1981), págs. 9-28.
- , "Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte", en *Jura* 1983, págs. 169-180.
- Schmidt-Assmann, E., "Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht", en *AöR* 106 (1981), págs. 205-217.
- Schmidt-Jortzig, E., *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Gotinga 1979.
- Schmidt-Rimpler, W./Gieseke, P./Friesenhahn, E./Knur, A., "Die Lohngleichheit von Männern und Frauen. Zur Frage der unmittelbaren Einwirkung des Art. 3 Abs. 2 und 3 des Grundgesetzes auf Arbeits- und Tarifverträge", en *AöR* 76 (1959/51), págs. 165-186.
- Schmitt, C., *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig 1926.
- , *Verfassungslehre*, Munich/Leipzig 1928 (5a ed. Berlin 1970) [Traducción castellana de Francisco Ayala, *Teoría de la Constitución*, reimpresa con epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid, Alianza, 1982.]
- , *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.
- , *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2a ed. Berlin 1973.
- , "Die Tyrannie der Werte", en *Säkularisierung und Utopie. Festschrift für E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia 1967, págs. 37-62.

- Schmitt Glaeser, W., *Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf*, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968.
- , "Die Freiheit der Forschung", en *Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung* 7 (1974), págs. 107-134, 177-192.
- Schnapp, Fr. E., "Grenzen der Grundrechte", en *JuS* 1978, págs. 729-735.
- , "Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs", en *JuS* (1983), págs. 850-855.
- Schneider, Hans, "Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 2, Tübingen 1976, págs. 390-404.
- Schneider, H.-P., "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung", en *NJW* 1980, págs. 2103-2111.
- Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden 1979.
- Schneider, L., *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlin 1983.
- Schneider, P., "In dubio pro libertate", en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, tomo 2, Karlsruhe 1960, págs. 263-290.
- , "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", en *VVDStRL* 20 (1963), págs. 1-52.
- Schnur, R. (comp.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964.
- (comp.), *Institution und Recht*, Darmstadt 1968.

- Scholler, H., *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Berlin 1969.
- Scholz, R., *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Munich 1971.
- , *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrenzschutz*, Berlin 1971.
- , "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *AöR* 100 (1975), págs. 80-130, 264-290.
- , "Nichtraucher contra Raucher - OVG Berlin, NJW 1975, 2261, und VG Schleswig, JR 1975, 130", en *JuS* 1976, págs. 232-237.
- , "Das Recht auf Arbeit. Verfassungsrechtliche Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen der Kodifikation", en E.-W. Böckenforde J. Jekewitz/Th. Ramm (comps.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg/Karlsruhe 1981, págs. 75-89.
- Schreckenberger, W., *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*, Friburgo/Munich 1978. [Traducción castellana de Ernesto Grazón Valdés. *Semiotica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, México, UNAM, 1987.]
- Schulz-Schaeffer, H., *Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlin 1971.
- Schuppert, G. F., *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts. 1980.
- Schwabe, J., *Die sogenannte Drittewirkung von Grundrechten*, Munich 1971.
- , "Missdeutungen um das 'Elfes-Urteil' des BVerfG und ihre Folgen", en *DOV* 1973, págs. 623-630.

—. "Bundesverfassungsgericht und 'Drittirkung' der Grundrechte", en *AÖR* 100 (1975), págs. 442-470.

—. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977.

—. "Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagegenehmigungen?", en *NVwZ* 1983, págs. 523-527.

Schwacke, P., *Grundrechtliche Spannungslagen*, Stuttgart/Berlin/Cölna/Maguncia 1975.

Schwäble, U., *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*, Berlin 1975.

Schwan, E., "Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte", en *VerwArch* 66 (1975), págs. 120-150.

Schwarz, E., *Der Begriff der 'Allgemeinen Gesetze' in Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes*, Berlin 1970.

Schweiger, K., "Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots", en *Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BayVGH*, Munich 1972, págs. 55-71.

Scitovsky, T., *Welfare and Competition. The Economics of a Fully Employed Economy*, Londres 1952 (reimpresión 1964).

Searle, J. R., *Speech Acts*, Cambridge 1969.

—. "Prima Facie Obligations", en J. Raz (comp.), *Practical Reasoning*, Oxford 1978, págs. 80-90.

Seetzen, U., "Der Prognosespielraum des Gesetzgebers", en *NJW* 1975, págs. 429-434.

Selmer, P., "Generelle Norm und individueller Grundrechtsschutz. Gedanken zum Thema Recht und Individualität", en *DÖV* 1972, págs. 551-560.

Shuman, S. I., "Justification of Judicial Decisions", en *Essays in Honour of Hans Kelsen. The California Law Review* 59 (1971), págs. 715-732.

Siebert, W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburgo 1934.

—. "Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs. Über die konkrete Gestaltung der Rechte", en G. Dahm et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, págs. 189-226.

Simitis, S., "Die Bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs", en *AcP* 72 (1972), págs. 131-154.

Simonius, A., "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts", en *ZSR N. F.* 71 (1952), págs. 237-273.

Singer, M. G., *Generalization in Ethics*, Nueva York 1961.

Smend, R., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2a ed. Berlin 1968.

—. "Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962", en *Das Bundesverfassungsgericht*, 2a ed. Karlsruhe 1971, págs. 15-29.

Sontheimer, K., "Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), págs. 39-71.

Spinoza, B. de, "Ethica", en del mismo autor, *Opera*, editado por K. Blumenstock, tomo 2, Darmstadt 1967, págs. 84-557.

Starck, C., *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff*, Baden-Baden 1970.

—. "Empirie in der Rechtsdogmatik", en *JZ* 1972, págs. 609-614.

- . "Das 'Sittengesetz' als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit", en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für W. Geiger*. Tübingen 1974. págs. 259-276.
 - . "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 2. Tübingen 1976. págs. 480-526.
 - . "Teilhabeansprüche auf Rundfunkkontrolle und ihre gerichtliche Durchsetzung", en *Presserecht und Pressefreiheit. Festschrift für M. Löffler*, Munich 1980, págs. 375-389.
 - . "Die Grundrechte des Grundgesetzes", en *JuS* 1981, págs. 237-246.
 - . "Noch einmal: Die Grundrechte des Grundgesetzes", en *JuS* 1981, págs. 644.
 - . "Die Anwendung des Gleichheitssatzes", en C. Link (comp.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1981. págs. 51-73.
 - . "Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat", en *JZ* 1981, págs. 457-464.
- Steiger, H., "Institutionalisierung der Freiheit? Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Grundrechte", en H. Schelsky (comp.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf 1970, págs. 91-118.
- . *Mensch und Umwelt. Zur Frage eines Umweltgrundrechts*, Berlin 1975.

Stein, Ekkehart, *Staatsrecht*, 8a ed. Tübingen 1982.

Stein, Erwin, "Wie wird Wertewandel in der Gesetzesanwendung des öffentlichen Rechts?", en J. Esser/E. Stein, *Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung*, Frankfurt del Meno 1966. págs. 40-74.

- Stein, L. v., *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 tomos, edición Salomon, Munich 1921 (reimpresión Darmstadt 1959).
- Steinberger, H., *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, Berlin/Heidelberg/Nueva York 1974.
- Steiner, J. M., "Judicial Discretion and the Concept of Law", en *Cambridge Law Journal* 35 (1976), págs. 135-157.
- Stenius, E., *Wittgensteins Traktat. Eine kritische Darlegung seiner Hauptgedanken*, Frankfurt del Meno 1969.
- Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I. Munich 1977, tomo II. Munich 1980.
- . "Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte", en N. Achterberg/W. Krawietz/D. Wyduckel (comps.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für H. U. Scupin*, Berlin 1983. págs. 627-642.
- Stevenson, Ch. L., "Persuasive Definitions", en *Mind* 47 (1938), págs. 331-350.
- . *Ethics and Language*, New Haven/Londres 1944. [Traducción castellana de Eduardo E. Rabossi. *Ética y lenguaje*. Madrid, Paidos, 1984.]
- Stoll, H., *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübinga 1968.
- Stone, J., *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Londres 1964.
- Strawson, P. F., "Ethical Intuitionism", en *Philosophy* 24 (1949), págs. 23-33.
- Struck, G., "Dogmatische Diskussionen über Dogmatik", en *JZ* 1975, págs. 84-88.
- Stuhlmann-Laeisz, R., *Das Sein-Sollen-Problem. Eine modallogische Studie*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1983.

Suhr, D., *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, Berlin 1976.

Tarski, A., *Einführung in die mathematische Logik*, 2a ed. Göttinga 1966. [Traducción castellana. *Introducción a la lógica y a las ciencias deductivas*. Madrid. Espasa-Calpe, 1985.]

Taylor, Ch., "What's Wrong with Negative Liberty", en A. Ryan (comp.), *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford/Nueva York/Toronto/Melbourne 1979, págs. 175-193.

Thoma, R., "Grundrechte und Polizeigewalt", en H. Triepel (comp.), *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen OVG*, Berlin 1925, págs. 183-223.

—, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", en H. C. Nipperdey (comp.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, tomo 1, Berlin 1929, págs. 1-53.

—, "Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz", en *DVB* 1951, págs. 457-459.

Thon, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878.

Thul, E. J., "Die Denkform der Rechtsdogmatik", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), págs. 241-260.

Tomandl, Th., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübinga 1967.

Topitsch, E., "Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik", en *JZ* 1963, págs. 1-7.

Tribe, L. H., "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", en *The Yale Law Journal* 89 (1980), págs. 1063-1080.

Triepel, H., *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin/Leipzig 1924.

—, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *VVDStRL* 5 (1929), págs. 2-29.

Urmson, J. O., "Einstufen", en G. Grewendorf/G. Meggle (comps.), *Seminar: Sprache und Ethik*, Frankfurt del Meno 1974, págs. 140-174.

Viehweg, Th., "Zwei Rechtsdogmatiken", en U. Klug (comp.), *Philosophie und Recht. Festschrift für C. A. Emge*, Wiesbaden 1960, págs. 106-115.

Vogel, K., "Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", en C. Starck (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 1, Tübinga 1976, págs. 568-627.

Volkmar, D., *Allgemeiner Rechssatz und Einzelakt*, Berlin 1962.

Wälde, Th. W., *Juristische Folgenorientierung*, Kronstein 1979.

Walter, R., "Das Spannungsverhältnis der sozialen Ziele Freiheit und Gleichheit", en G. Dorsey (comp.), *Equality and Freedom*, tomo 2, Nueva York/Leiden 1977, págs. 583-602.

Wasserstrom, R. A., *The Judicial Decision*, Stanford Londres 1961.

Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5a ed. Tübinga 1980.

Weber, W., "Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen", en *Der Staat* 4 (1965), págs. 409-439.

Wehrhahn, H., "Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes", en *AöR* 82 (1957), págs. 250-274.

Weinberger, O., "Ovahy o logice normativních vět", en *Filosoficky časopis CSAV* 4 (1956), págs. 918-926.

—, "Gleichheit und Freiheit: Komplementäre oder widerstreitende Ideale", en G. Dorsey (comp.), *Equality and Freedom*, tomo 2, Nueva York/Leiden 1977, págs. 641-652.

- , *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlin 1979.
- , "Das Recht als institutionalisierte Tatsache", en *Rechtstheorie* 11 (1980), págs. 427-442.
- Weinberger, C. Weinberger, O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Munich 1979.
- Wendt, R., "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", en *AoR* 104 (1979), págs. 414-474.
- Wertenbruch, W., "Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG", en *DVBl* 1958, págs. 481-486.
- Wieacker, Fr., *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübinga 1956.
- , *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a ed. Gotinga 1967.
- , "Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik", en R. Bubner/K. Cramer/R. Wiehl (comps.), *Hermeneutik und Dialektik, Festschrift für H. G. Gadamer*, tomo 2, Tübinga 1970, págs. 311-336.
- Wiegand, D., "Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte", en *DVBl* 1974, págs. 657-663.
- Wildhaber, L., "Soziale Grundrechte", en P. Saladin/L. Wildhaber (comps.), *Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für M. Imboden*, Basilea 1972, págs. 371-391.
- Wilhelm, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt del Meno 1958.
- Williams, G., "The Concept of Legal Liberty", en R. S. Summers (comp.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1968, págs. 121-145.
- Willke, H., *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin 1975.

- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9a ed. edición de Th. Kipp, tomo 1, Frankfurt del Meno 1906.
- Winters, G., "Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung", en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 171-192.
- Wintrich, J. M., *Zur Problematik der Grundrechte*, Colonia/Opladen 1957.
- Wischermann, N., *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlin 1979.
- Wittgenstein, L., "Philosophische Untersuchungen", en *Schriften*, tomo 1, Frankfurt del Meno 1969, págs. 279-544. [Traducción castellana de A. García Suárez y U. Moulines. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Editorial Crítica, 1988.]
- Wittig, P., "Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz", en *NJW* 1967, págs. 2185-2188.
- , "Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes", en *DOV* 1968, págs. 817-825.
- Wolf, J. G., *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Gotinga 1962.
- Wolff, H. J., "Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen", en O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein E. Walz (comps.), *Festschrift für W. Jellinek*, Munich 1955, págs. 33-52.
- Wolff, H. J./Bachof, O., *Verwaltungsrecht I*, 9a ed. Munich 1974; *Verwaltungsrecht II*, 4a ed. Munich 1976; *Verwaltungsrecht III*, 4a ed. Munich 1978.
- Wolff, M., "Reichsverfassung und Eigentum", en *Festgabe für W. Kahl*, Tübinga 1923, Beitrag IV, págs. 1-30.
- Wright, G. H. v., "Deontic Logic", en *Mind* 60 (1951), págs. 1-15.

- , *Logical Studies*. Londres 1957.
- , *Norm and Action*. Londres 1963. [Traducción castellana de Pedro García Ferrero. *Norma y acción*. Madrid. Tecnos. 1970.]
- , *The Logic of Preference*, Edimburgo 1963. [Traducción castellana de Roberto J. Vernengo, *La lógica de la preferencia*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1967.]
- , *The Varieties of Goodness*. Londres/Nueva York 1963.
- , *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. Amsterdam 1968. [Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM. 1976.]

Wróblewski, J., "The Problem of the Meaning of the Legal Norm", en del mismo autor, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki 1979, págs. 1-26.

- , "Three Concepts of Validity of Law", en *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1982, págs. 406-419.

Wronkowska, S., Zieliński, M., Ziembinski, Z., "Rechtsprinzipien. Grundlegende Probleme", en de los mismos autores, *Zasady prawa*, Warschau 1974, págs. 225-229.

Wülfing, Th., *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlin 1981.

Yoshino, H., "Zur Anwendbarkeit der Regeln der Logik auf Rechtsnormen", en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, tomo 7, Viena 1982, págs. 142-164.

Zacher, H. F., "Soziale Gleichheit", en *AöR* 93 (1968), págs. 341-383.

- , *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, Munich/Viena 1968.

- Zeidler, W., "Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG", en *DÖV* 1952, págs. 4-7.
- Zimmer, G., *Funktion - Kompetenz - Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlín 1979.
- Zippelius, R., *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Munich 1962.
- Zuck, R., "Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts", en *NJW* 1975, págs. 907-911.
- Zuleeg, M., "Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?", en *DVBl* 1976, págs. 509-521.

Indice temático

- Ambito protegido 292 ss.
 - concepto 293 ss.
 - en sentido estricto 296
 - en sentido amplio 296
 - y supuesto de hecho 293 ss.
- Argumentación
 - base de 532
 - jurídica general 529 s.
 - práctica general 530 s.
 - proceso de 553
 - racional 529 ss.
 - racionalidad 532 ss., 311 ss., 39 s.
 - y decisión 529 ss.
- Bienes colectivos 505 ss., 109 ss., 450 ss.
- Bien protegido 294
- Cláusula restrictiva 136 ss., 276 ss., 304 ss., 338 ss., 416 s
- Competencia (s) 227 ss.
 - del ciudadano 236 ss.
 - del Estado 239 ss.
 - normas de 230 ss.
- Conceptos, antropológicos, axiológicos, deontológicos 139 ss.
- Constitución 509 ss.
 - modelo material 510
 - modelo material-procedimental 510
 - modelo procedural 509
- Derecho(s)
 - absolutos 292
 - a acciones negativas 186 ss.
 - a acciones positivas 194 ss.
 - a algo 186 ss.
 - a protección 436 ss.
 - competencias 227 ss.
 - como relaciones jurídicas 201 ss.
 - concepto 170 ss., 186 ss.
 - definitivos 101 ss., 268 ss.
 - individuales 105 s., 109 s., 480 s.
 - modelo de tres gradas 178
 - prima facie 103, 119 s.
 - subjetivos 174 ss.
 - tabla de 196, 208
- Derechos a prestaciones
 - concepto 435
 - en sentido amplio 195, 419 ss., 426

- en sentido estricto 195, 426, 482 ss.
- Derechos fundamentales
 - como derechos individuales 440, 473 ss., 479 ss.
 - concepto 189 ss., 240 ss., 432 ss.
 - configuración 321 ss.
 - contenido esencial 286 ss.
 - *prima facie* 103, 131
 - restricciones 267 ss.
 - sistema de 361 ss.
 - tácitos 69
 - y democracia 433 s., 481 ss.
 - y *status* 247 ss.
- Derechos de libertad
 - concepción formal-material 343 ss.
 - e individuo aislado 365 ss.
 - especiales 363 s.
 - generalidades 331 ss.
 - problema de la circularidad 373 ss.
 - supuesto de hecho 336 ss.
 - tácitos 353 ss.
 - teoría de las esferas 349 ss.
 - tesis de la falta de substancia 338 ss.
 - y otras normas constitucionales 369 ss.
 - y sistema de derechos fundamentales 361 ss.
- Derechos a protección
 - concepto 435 ss.
 - estructura 446 ss.
 - justiciabilidad 440 ss.
 - y derechos de defensa 441 ss.
 - y la tradición liberal 440 s.
 - y procedimiento 474 ss.
- Derechos fundamentales sociales 482 ss.
 - adscriptos interpretativamente 482 ss.
 - eficacia financiera 490 ss.
 - establecidos expresamente 482 ss.
 - justiciabilidad 489
 - lado objetivo 498
 - modelo de 494 ss.
 - y procedimiento 500
 - Dogmática 29 ss.
 - como disciplina práctica 33 ss.
 - dimensión analítica 30, 39 ss.
 - dimensión empírica 30 ss.
 - dimensión normativa 32 ss.
 - Enunciado deóntico 53, 197
 - Formalismo 44 ss., 262 ss.
 - Justicia 525 ss.
 - Justiciabilidad 446 ss., 489 ss., 496 ss.
 - Igualdad 384 ss.
 - carga de la argumentación 396
 - en la aplicación del derecho 381 ss.
 - en la formulación del derecho 381 ss.
 - enunciado de 388 ss.
 - esencial 387, 389 s., 402 s.
 - estructura como derecho subjetivo 415 ss.
 - fáctica 390 ss., 403 ss.
 - formal 390 ss.
 - fórmulas 389 ss.
 - jurídica 403
 - material 390
 - parcial 390
 - principios de 398
 - principio de igualdad fáctica 405 ss.

- principio de igualdad jurídica 405 ss.
- relevante 402 ss.
- restricciones 416 s.
- universal 387
- valorativa 387, 389 s., 393
- y mandato de tratamiento desigual 396 ss.
- y valoración 398 ss.
- y prohibición de arbitrariedad 388 s.
- y libertad 404, 409
- Leyes de intervención 399 s.
- Libertad(es) 210 ss.
 - como relación triádica 212 ss.
 - de hecho 217
 - económica 215
 - e igualdad 404, 410
 - jurídica 214 s.
 - negativa 214
 - no protegida 219 ss.
 - positiva 213
 - protegidas 224 s.
 - y valor 170 s.
- Lógica 194
 - del derecho a algo 197
 - deóntica 194
- Mínimo vital 362, 414, 421 s., 494 ss.
- Modalidades deónticas 51 ss., 197 ss.
- Norma (s) 48 ss.
 - concepto 49 ss., 82 ss., 140
 - especial 83
 - general 83
 - individual 83
 - universal 83
- Prestación
 - fáctica 195, 434
 - normativa 195, 434
- Principio(s) 81 ss.
 - absolutos 105 ss.
- Normas de derecho fundamental 44 ss., 62 s., 63 ss.
 - adscriptas 62 ss., 95 ss.
 - carácter doble 135 ss.
 - carácter vinculante 488, 500
 - como norma de permisión 223 s.
 - como normas negativas de competencia 239
 - como principios 90 ss. 115 ss.
 - como reglas 97, 133 ss.
 - concepto 62 ss.
 - contenido ético 22, 431
 - establecidas directamente 62 ss.
 - fundamentalidad formal 503 ss.
 - fundamentalidad material 505
- Orden valorativo 152 ss., 507 s.
 - cardinal 153
 - cerrado 152 ss.
 - completo 152 s..
 - débil 150 s.
 - duro 156
 - objetivo 149, 515
 - ordinal 153 ss.
- Permición 198 ss.
 - explícita 222
 - implícita 222
 - negativa 197
 - norma de 222 ss.
 - positiva 197
- Posición(es) 177 ss., 505
 - concepto 177 s.
 - formal 282, 370 s.
 - material 282, 370 s.

- carácter prima facie 58 s.
- colisión de 87 s.
- como mandato de optimización 86 ss.
- concepto 86 ss.
- de la dignidad de la persona 344
- de la igualdad de hecho 406 ss.
- de la igualdad de jure 402 ss.
- de jerarquía constitucional 131 ss.
- de la libertad de hecho 494 ss.
- de la libertad jurídica (negativa) 341 ss.
- formal (procedimental) 100, 132, 286
- grada suprema de abstracción 508 s.
- materiales 132
- objetiva 507 ss.
- referidos a los derechos individuales 105 s., 109 s., 451 s.
- referidos a bienes colectivos 105 s., 109 s., 451 s.
- validez 105
- y máxima de proporcionalidad 111 ss.
- y ponderación 90 ss.
- y valor 138 ss.

Principio de proporcionalidad 111 ss., 126, 137, 339, 352

- deducción 111 ss.
- en sentido estricto 111 s.

Procedimiento

- concepto e idea 456 ss.
- finalidad 466 ss.
- y corrección 472 s.

Protección

- deberes de 437 ss.
- deberes objetivos de 437 ss.
- subjetivización 438 ss.

- Regla(s)** 81 ss.
- carácter definitivo 99 ss.
- como determinaciones 87
- concepto 87
- conflictos de 87 ss.
- reglas de decisión 537 s.
- reglas de evaluación 144 s.
- y subsunción 137

Relación jurídica 178, 186 ss., 201 ss.

- Restricción(es)** 267 ss., 272 ss.
- clasificaciones 276 ss.
- concepto de 272 ss.
- constitutiva vs. declaratoria 284 ss.
- inmanente 119 ss., 269, 278, 284
- posibilidad lógica 267 ss.
- tácita 281
- teoría externa 268 ss.
- teoría interna 268 ss.

Sistema jurídico 503 ss.

- apertura frente a la moral 525, 553
- como sistema de normas 506
- como sistema de posiciones y relaciones 506
- contenidos necesarios, posibles e imposibles 505, 524 s.
- materialmente determinado 524 s.
- y derechos fundamentales 508 ss., 524 ss.

Status 247 ss.

- activo 260 s.
- iusfundamental 262 s.
- negativo 251 ss.
- pasivo 249 s.
- positivo 256 ss.

Subjetivización 439 s., 459 ss., 469 ss., 475 ss., 480

- Supuesto de hecho** 292 ss.
- concepto 293 ss.
- e intervención 294 ss.
- teorías del 298 ss.
- y ámbito protegido 292 ss.
- y bien protegido 294 s.
- y restricción 298 ss.

Teoría(s) de derechos fundamentales 27 ss., 35 ss., 540 ss.

- analíticas 39 ss., 46
- como teoría axiológica 36, 147 ss., 543 s.
- como teorías de los principios 541 ss.
- como teorías estructurales 39 ss.
- como teorías procedimentales 37, 454 ss.
- de la Ley Fundamental 28
- democráticas 36, 543
- generales 34 s.
- ideales 35 s.
- institucionales 36, 544 ss.
- integrativas 35 s., 38 s.
- jurídicas 29 ss., 34

Teoría de las esferas 349 ss.

Tribunal Constitucional 399 ss., 410 ss., 430 s., 450 ss., 489 s., 496 s., 501, 525 ss.

Validez, teoría de la

- ética 58 s.
- jurídica 58 s.
- sociológica 58 s.

Valor(es) 138 ss., 143 s.

- juicio de 142 s.
- objetivo 149 ss.
- y principios 144 ss.

Valoraciones 32 s., 165 ss., 365, 388, 398 ss., 427, 515, 530, 532

Vinculación

- a la Constitución 117, 134
- jurídica 484, 500