

3.1. El conflicto de reglas (TEORIAS 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 recíprocamente contradictorios<sup>29</sup>. 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-

<sup>29</sup> 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 s.

hierarchy? for que não estão?   
 → Práximo? Puchta/Kelsen.

no caso determina

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 horas<sup>30</sup>. 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

una cuestión de peso

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 peso<sup>31</sup>.

Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal<sup>32</sup>. Aquí, a guisa de ejemplo, puede recurrirse a dos

<sup>30</sup> BVerfGE 1. 283 (292 ss.).   
 <sup>31</sup> Con respecto al concepto de la dimensión del peso, cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 26 s.

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

Tepe = Os "casos concretos" determinan o uso de un crit...

circunstancias políticas prácticas.

### 3.1. El conflicto de reglas (TEORÍA DO ORDENAMIENTO) Mucho 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 recíprocamente contradictorios<sup>29</sup>. 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-

<sup>29</sup> 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 s.

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 horas<sup>30</sup>. 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 peso<sup>31</sup>.

Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal<sup>32</sup>. Aquí, a guisa de ejemplo, puede recurrirse a dos

<sup>30</sup> BVerfGE 1, 283 (292 ss.).

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

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

circunstancias políticas prácticas.

hierarchy? for que nos citan?  
→ primaride? fuerhtal/keben.

→ no caso determina

→ una cuestión de peso

Teor. de los "casos concretos" determinan o uso de un...

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 infarto<sup>33</sup>. 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"<sup>34</sup>. 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*"<sup>35</sup>. 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.).

<sup>33</sup> BVerfGE 51, 324.

<sup>34</sup> BVerfGE 51, 324 (345).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

párrafo 2 frase 1 LF"<sup>36</sup>. 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, permitida<sup>37</sup>. 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

<sup>36</sup> BVerfGE 51, 324 (346).

<sup>37</sup> 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, es decir, considerados con independencia de sus relaciones con otros principios, 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 abarcará 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 sí 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 comprensión 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 recíprocamente 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 " $P$ "<sup>38</sup>. 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)  $P_1 P P_2$
- (2)  $P_2 P P_1$
- (3)  $(P_1 P P_2) C$
- (4)  $(P_2 P P_1) C$

(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"<sup>39</sup>. 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

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

<sup>39</sup> 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"<sup>40</sup>. 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 lesiona en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF"<sup>41</sup>. 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:

<sup>40</sup> BVerfGE 51, 324 (346).

<sup>41</sup> *Ibidem*.

(3)  $(P_1, P_2) C$ 

$C$  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  $C$ <sup>42</sup>. 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  $P_2$ ;  $(P_1, P_2) C$ , 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-

<sup>42</sup> 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 " $(P_1, P_2) C, R'$ ". 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<sup>43, 44</sup>.

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

Sobre la base del fallo Lebach<sup>45</sup>, 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

<sup>43</sup> Cfr. Capítulo 3. II. 1.

<sup>44</sup> 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)).

<sup>45</sup> 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"<sup>46</sup>. 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 inválido a 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"<sup>47</sup>. 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 caso<sup>48</sup>. Cabe

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 202 (219).

<sup>47</sup> BVerfGE 35, 202 (225).

<sup>48</sup> 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*, Götting 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 comprobado 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" ( $C_1$ )<sup>49</sup>, es decir, a  $(P_2 \text{ P } P_1) C_1$ . 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 prohibida<sup>50</sup>. Por lo tanto, vale el enunciado de precedencia  $(P_1 \text{ P } P_2) C_2$ .  $C_2$  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:

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

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 adscriptas<sup>51</sup>. 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 iusfunda-

<sup>49</sup> BVerfGE 35, 202 (231).

<sup>50</sup> BVerfGE 35, 202 (237).

<sup>51</sup> *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 Lebach<sup>52</sup>. 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 principios<sup>53</sup>.

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

<sup>53</sup> 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 decisión<sup>54</sup>. 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.

<sup>54</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 24, 26.

sobre la base de un principio. En contra de lo que piensa Dworkin<sup>55</sup>, las cláusulas de excepción introducidas en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables<sup>56</sup>. 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 derecho<sup>57</sup>. 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 reglas<sup>58</sup>. 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,

<sup>55</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pág. 25.

<sup>56</sup> R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", págs. 68 ss.

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

<sup>58</sup> 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"<sup>59</sup>. 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-

<sup>59</sup> B. Schlink, *Abwägung 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)<sup>60</sup>. Raz ha sostenido la opinión según la cual las normas serían razones para acciones<sup>61</sup>. 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, mediatamente, 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 inconvencible 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

<sup>60</sup> Con respecto a estas distinciones, cfr. supra Capítulo 2, nota 11.

<sup>61</sup> 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 promunciar, 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"<sup>62</sup> 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"<sup>63</sup>.

## 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

<sup>62</sup> J. Esser, *Grundsatz und Norm*, pág. 51.

<sup>63</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 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-

principios 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"<sup>64</sup>.

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"<sup>65</sup>. Con la fórmula utilizada en este fallo de "tratamiento despectivo"<sup>66</sup>, 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"<sup>67</sup>. 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

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> BVerfGE 30, 1 (25).

<sup>66</sup> BVerfGE 30, 1 (26).

<sup>67</sup> 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"<sup>68</sup>. 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 relevante<sup>69</sup>. El principio de la dignidad de la persona puede ser

realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles 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 información<sup>70</sup>. 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 penal<sup>71</sup>, 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 pública<sup>72</sup>, el abaste-

<sup>68</sup> BVerfGE 45, 187 (242).

<sup>69</sup> 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 envilecimientos apocalípticos" (M. Kloepfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechts-

schränken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde" en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, editado por C. Starck, tomo 2, Tubinga 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.

<sup>70</sup> BVerfGE 35, 202 (219). Cfr., además, BVerfGE 30, 173 (195).

<sup>71</sup> BVerfGE 51, 324 (345).

<sup>72</sup> BVerfGE 7, 377 (414 s.).

cimiento energético<sup>73</sup> y el aseguramiento alimenticio<sup>74</sup>, pasando por la lucha contra la desocupación<sup>75</sup> hasta el afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas<sup>76</sup>, la seguridad de la República Federal de Alemania<sup>77</sup> y la protección del orden democrático en libertad<sup>78</sup>. 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 individuales<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> BVerfGE 30, 292 (317).

<sup>74</sup> BVerfGE 39, 210 (227).

<sup>75</sup> BVerfGE 21, 245 (251).

<sup>76</sup> BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>77</sup> BVerfGE 28, 175 (186).

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

<sup>79</sup> 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 recíprocamente 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"<sup>80</sup>. 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"<sup>81</sup> 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 parciales<sup>82</sup> 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.

<sup>80</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 82, 90.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pag. 23.

<sup>82</sup> 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 *AöR* 104 (1979), págs. 415 ss.; E. Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" en *AöR* (1973), págs. 571 ss.; M. Gentz, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen" en *NJW* 1968, págs. 1601 ss.; P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia, Berlin, Munich/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"<sup>83</sup>. En lo que sigue, habrá de mostrarse que esto vale en un sentido estricto cuando las normas iusfundamentales tienen carácter de principio<sup>84</sup>.

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 colisión<sup>85</sup>. 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.

<sup>83</sup> BVerfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44).

<sup>84</sup> 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*, Tubinga 1983, pág. 11, quien habla de un "enunciado jurídico subsumible".

<sup>85</sup> 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 límites<sup>86</sup>. 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*<sub>1</sub> o *F* es idéntico a *P*<sub>1</sub>. Existen, por lo menos, dos medios, *M*<sub>1</sub> y *M*<sub>2</sub>, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M*<sub>2</sub> afecta menos intensamente que *M*<sub>1</sub>, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P*<sub>2</sub>. Bajo estos presupuestos, para *P*<sub>1</sub> es igual que se elija *M*<sub>1</sub> o *M*<sub>2</sub>. *P*<sub>1</sub> no

<sup>86</sup> 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*<sub>1</sub> y *M*<sub>2</sub> son dos medios igualmente adecuados para el fin *F* cuya consecución es exigida por el principio *P*<sub>1</sub> o es idéntico a *P*<sub>1</sub>. *M*<sub>2</sub> afecta la realización de *P*<sub>2</sub> menos que *M*<sub>1</sub>, pero *M*<sub>1</sub> afecta la realización de *P*<sub>3</sub> menos que *M*<sub>2</sub>. En este caso, la máxima de necesidad no permite ninguna decisión entre las tres posibilidades que entonces surgen: (1) se elige *M*<sub>1</sub> y, con esto, se prefiere *P*<sub>1</sub> frente a *P*<sub>2</sub> y se realiza *P*<sub>1</sub>; (2) se elige *M*<sub>2</sub> y, con esto, se prefiere *P*<sub>2</sub> frente a *P*<sub>3</sub> y se realiza *P*<sub>2</sub>; (3) no se elige ni *M*<sub>1</sub> ni *M*<sub>2</sub> y, por lo tanto, se prefiere *P*<sub>2</sub> y *P*<sub>3</sub> conjuntamente frente a *P*<sub>1</sub>. 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*<sub>2</sub> a través de *M*<sub>2</sub> conjuntamente con la realización de *P*<sub>1</sub> al afectar *P*<sub>3</sub> a través de *M*<sub>1</sub>. Pero, de lo que se trata aquí es justamente de la justificación de una relación de preferencia condicionada entre *P*<sub>2</sub> por un lado, y *P*<sub>1</sub> y *P*<sub>3</sub>, por el otro. Totalmente similares son los problemas que pueden surgir cuando están en juego varias personas. Sean nuevamente *M*<sub>1</sub> y *M*<sub>2</sub> dos medios igualmente adecuados para el principio *P*<sub>1</sub> perseguido por el Estado. *M*<sub>1</sub> afecta menos que *M*<sub>2</sub> el derecho *prima facie* de *a* otorgado por *P*<sub>2</sub>. *M*<sub>2</sub> afecta menos que *M*<sub>1</sub> el derecho *prima facie* de *b* conferido por *P*<sub>3</sub> o por algún otro principio *P*<sub>4</sub>. 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"<sup>87</sup> 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

<sup>87</sup> BVerfGE 38, 281 (302).

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 fundamental<sup>88</sup>.

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 derecho<sup>89</sup>, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia<sup>90</sup>, no quedan por ello excluidas<sup>91</sup>. 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

<sup>88</sup> 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".

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

<sup>90</sup> Cfr. al respecto H. Schneider, "Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen" en C. Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, tomo 2, Tübinga 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".

<sup>91</sup> 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.

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 poderaciones. 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"<sup>92</sup>. "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"<sup>93</sup>. Sería una "ilusión"<sup>94</sup> 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"<sup>95</sup>. La aplicación de esta fórmula presupondría una "ponderación de los respectivos intereses"<sup>96</sup>. Para la "ponderación de intereses" tendrían gran relevancia las "circunstancias del caso particular"<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, págs. 15 s.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág. 18.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>95</sup> *Ibidem*, págs. 25 s., 30.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pág. 32.

<sup>97</sup> *Ibidem*, 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 variadas<sup>98</sup>. 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"<sup>99</sup>. Puede objetarse que el modelo puro de principios, al no tomar en serio estas regulaciones, viola el texto de la Constitución<sup>100</sup>. 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"<sup>101</sup>.

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

<sup>98</sup> El art. 21, párrafos 3 y 4 del Proyecto de Herrenchiessee (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).

<sup>99</sup> BVerfGE 32, 54 (75).

<sup>100</sup> Cfr. Th. Wulfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlín 1981, pág. 21.

<sup>101</sup> 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"<sup>102</sup>, 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"<sup>103</sup> — 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.

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

<sup>103</sup> 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 restricciones<sup>104</sup> que a menudo son llamadas "inmanentes"<sup>105</sup>. 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 1970<sup>106</sup> y que desde entonces, con diferentes formulaciones, subyace a sus fallos sobre la restricción de derechos fundamentales otorgados sin reserva<sup>107</sup>. 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

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

<sup>105</sup> Cfr. al respecto infra Capítulo 6, I, 2.

<sup>106</sup> BVerfGE 28, 243.

<sup>107</sup> 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<sup>108</sup>. Cabe preguntar si son posibles alternativas aceptables y libres 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 Maunz<sup>109</sup>, de la tríada de restricciones del artículo 2 párrafo 1 LF<sup>110</sup>, interpretado no sólo como derecho de defensa sino también, como regla de interpretación para todos los derechos fundamentales— no habrá de interesar aquí<sup>111</sup>. Lo único que importa es si las restricciones así construidas de las “tres restricciones de no perturbación primitivas”<sup>112</sup>, es decir, la restricción “lógico-jurídicamente inmanente” adscripta a los “derechos de terceros”, la “restricción socialmente inmanente”<sup>113</sup> 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-

<sup>108</sup> BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>109</sup> Th. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, pág. 123.

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

<sup>111</sup> Cfr. para una posición divergente BVerfGE 30, 173 (192 s.).

<sup>112</sup> G. Dürig, loc. cit., observación al margen 70.

<sup>113</sup> *Ibidem*, observación al margen 73 ss.

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

Más complicadas son las cosas en las “restricciones socialmente inmanentes”. Entre ellas, incluye Dürig una “restricción iusfundamental de las normas de prohibición jurídico-penales”<sup>115</sup>. 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”<sup>116</sup>. 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 fundamentales<sup>117</sup>. 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

<sup>114</sup> *Ibidem*, observación al margen 13, nota 1.

<sup>115</sup> *Ibidem*, observación al margen 75 s.

<sup>116</sup> *Ibidem*, observación al margen 76.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 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 *prima facie*. La cuestión decisiva sólo puede ser entonces si la norma de prohibición, es decir, la correspondiente razón, desde el punto de vista del derecho constitucional, tiene más peso que la 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 iusfundamentales"<sup>116</sup>. 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 llegarse 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

<sup>116</sup> *Ibidem*, observación al margen 76.

más adelante<sup>119</sup>, 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"<sup>120</sup>. Lo decisivo sería que quede "abierta [...] una posibilidad específica [...] equivalente, intercambiable"<sup>121</sup>. 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 tráfico<sup>122</sup> 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

<sup>119</sup> Cfr. infra, Capítulo 6. II. 2.1.1.

<sup>120</sup> Fr. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, pág. 64.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pág. 101.

<sup>122</sup> 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 físico<sup>123</sup>, 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 esencial<sup>124</sup>. 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 desproporcionada<sup>125</sup>, 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"<sup>126</sup>. Pero, con ello, la restricción de la competencia del legislador para imponer restricciones se convierte esencialmente en una cuestión de ponderación<sup>127</sup>. Si se sostiene alguna de las llamadas teorías absolutas<sup>128</sup> 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

<sup>123</sup> BVerfGE 35, 185 (190).

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

<sup>125</sup> K. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, observación al margen 332 ss.

<sup>126</sup> *Ibidem*, observación al margen 318.

<sup>127</sup> 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 Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, págs. 58 ss.; E. v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, pág. 47.

<sup>128</sup> 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 estricto<sup>129</sup>— 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

<sup>129</sup> 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"<sup>130</sup>.

El caso del negocio de limpieza rápida<sup>131</sup> —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

<sup>130</sup> BVerfGE 32, 54 (72).

<sup>131</sup> BVerfGE 32, 54.

deja que el texto del artículo 13 párrafo 1 LF "sea decisivo"<sup>132</sup>. 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"<sup>133</sup>. 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"<sup>134</sup>.

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 fundamental<sup>135</sup>. 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"<sup>136</sup>. 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 adscrito 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

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 privada<sup>137</sup>. 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 talleres<sup>138</sup>. Estas condiciones pueden ser formuladas como una regla que, de acuerdo con la ley de colisión<sup>139</sup>, 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 adscrita 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

<sup>132</sup> BVerfGE 32, 54 (72).

<sup>133</sup> BVerfGE 32, 54 (76): "derechos de ingreso e inspección que ya no pueden ser calificados como 'intervenciones y restricciones'"

<sup>134</sup> BVerfGE 32, 54 (76).

<sup>135</sup> BVerfGE 32, 54 (70).

<sup>136</sup> BVerfGE 32, 54 (71).

<sup>137</sup> BVerfGE 32, 54 (75 s.).

<sup>138</sup> BVerfGE 32, 54 (77).

<sup>139</sup> 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<sup>141</sup>. 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

<sup>141</sup> 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<sup>142</sup>. Otros, como el principio del Estado social<sup>143</sup> y el de democracia<sup>144</sup>, 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 Fundamental<sup>145</sup> 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"<sup>146</sup>. Principios como éste, que se refieren a los llamados intereses comunitarios relativos<sup>146</sup>, deben su relevancia iusfundamental, en

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

<sup>142</sup> 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).

<sup>143</sup> 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).

<sup>144</sup> BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>145</sup> BVerfGE 13, 97 (110).

<sup>146</sup> 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* adscritos a disposiciones iusfundamentales. Esto no significa que en tales principios lo único que interesa sea la adscripción formal. Sigue siendo, además, indispensable la cuestión acerca de su relevancia *material* que hay que demostrar en la argumentación de derecho fundamental<sup>147</sup>. 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 adscritos 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-*

<sup>147</sup> 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 ideal<sup>148</sup>. 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 antinomias<sup>149</sup>. 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 exigen-

<sup>148</sup> 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.

<sup>149</sup> Cfr., por ejemplo, B. N. Achterberg, "Antinomica 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.

Quando, 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 inmovible 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”<sup>150</sup>— 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 iusfundamental<sup>151</sup>.

### 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

<sup>150</sup> BVerfGE 7, 377 (401).

<sup>151</sup> 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"<sup>152</sup>. Esto significa, entre otras cosas<sup>153</sup>, 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<sup>154</sup>, 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<sup>155</sup>.

La cláusula introducida exige, primero, que los principios opuestos, que pueden ser designados con " $P_2, \dots, P_n$ ", tengan *rango consti-*

<sup>152</sup> BVerfGE 30, 173 (191).

<sup>153</sup> Aquí no tiene que interesar qué otra cosa significa.

<sup>154</sup> BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>155</sup> 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.

tucional; segundo, que la intervención sea *necesaria* para el cumplimiento de  $P_2, \dots, P_n$ , lo que incluye la *adecuación*; y, tercero, que  $P_2, \dots, P_n$  bajo las circunstancias del caso (C), *tengan precedencia* frente al principio de la libertad del arte, designado con " $P_1$ ", es decir, que valga ( $P_2, \dots, P_n \text{ P } P_1$ ) 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)  $T$  y no  $S \rightarrow R$ .

En dos aspectos, 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<sup>156</sup>. 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.

<sup>156</sup> 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 precisarse<sup>157</sup>. 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. Veamos ahora esta objeción.

### III. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y LA TEORÍA 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-

<sup>157</sup> Cfr., por ejemplo, el intento de precisión de R. Rubel, *Planungsermessen*, 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"<sup>158</sup>, 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 Fundamental<sup>159</sup>, y en la resolución sobre la duración de la prisión preventiva, del año 1973, podría haber hablado, en vez de un conflicto entre principios<sup>160</sup>, 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 antropológicos<sup>161</sup>. 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 deóntico 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

<sup>158</sup> BVerfGE 20, 162 (176).

<sup>159</sup> 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.)).

<sup>160</sup> BVerfGE 36, 264 (270).

<sup>161</sup> 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 acción<sup>162</sup>. 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 bueno<sup>163</sup>, 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

<sup>162</sup> 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 desee 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, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francfort del Meno 1972, como así también M. Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Colonia/Berlin/Bonn/Munich 1972.

<sup>163</sup> 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, Berna/Munich 1966, págs. 173 ss.; N. Hartmann, *Ethik*, Berlin/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. *Acercas 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 particulares<sup>164</sup>. Aquí puede renunciarse a la descripción de los diferentes usos o de los numerosos intentos de clasificación y teorías de los valores<sup>165</sup>. 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 valor<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> 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.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> 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.