

SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA PROTECCIÓN*

por Robert Alexy

I. La expansión de los derechos constitucionales

La historia de los derechos constitucionales en Alemania en la segunda mitad del siglo veinte es la historia de su expansión caracterizada por tres aspectos íntimamente ligados. En primer lugar, los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el Estado. Han adquirido un 'efecto de irradiación'¹ sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que ha derivado en la ubicuidad de los derechos constitucionales. En segundo lugar, los derechos constitucionales han estado intrínsecamente vinculados al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio presupone que los derechos constitucionales pueden categorizarse como principios o mandatos de optimización.² Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. En tercer lugar, el objeto de los derechos constitucionales ha superado con creces el de los derechos liberales clásicos. El objeto de los derechos liberales clásicos consiste únicamente en la acción u omisión negativa del Estado. A ello se han sumado los derechos a la acción positiva del Estado. De esta forma, los derechos de defensa tradicionales (*Abwehrrechte*) se han visto complementados por derechos de prestación (*Leistungsrechte*). Esta tríada formada por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación define la esencia de los derechos constitucionales de Alemania en la actualidad. La evolución en muchos otros países ha sido muy similar. Un vistazo a la 'Carta de Derechos Fundamentales de la Unión' muestra que dicha expansión ha sido plasmada por escrito como un proyecto europeo, al menos por lo que respecta a los derechos a la acción positiva del Estado.

La expansión de los derechos constitucionales ha venido siempre acompañada de objeciones, y las críticas suscitadas en la actualidad son más duras que nunca. Todas las objeciones tienen en común el reproche por el exceso de constitucionalización. Ernst-Wolfgang Böckenförde ha expuesto este reproche de una forma especialmente convincente. Según Böckenförde, la expansión de los derechos constitucionales altera el carácter de la constitución de una forma esencial y drástica. La constitución deja de ser un mero marco (*Rahmenordnung*) para el proceso democrático de formación de voluntades. Se convierte en el fundamento (*Grundordnung*) de la comunidad.³ Una constitución como fundamento de la comunidad ya contiene todo el ordenamiento jurídico,⁴ al menos *in nuce*.⁵ El cometido del proceso

¹ BVerfGE 7, 198, (207).

² Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford 2002), 66-9.

³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Grundrechte als Grundsatznormen', en id., *Staat, Verfassung, Demokratie* (Frankfurt, 1991), 198.

⁴ *ibid.* 189.

⁵ *ibid.* 198.

político democrático se ve reducido a la mera puesta en práctica de lo que ya ha sido decidido por la constitución. El cumplimiento de este cometido es supervisado por el tribunal constitucional, que adquiere, de esta forma, todo el poder efectivo. Sería difícil resistirse a 'pasar del Estado legislativo parlamentario a un Estado constitucional de adjudicación'.⁶ La única forma de evitarlo es regresando a la 'noción de derechos constitucionales como derechos subjetivos de libertad, dirigidos, a modo de defensa, contra el Estado'.⁷

¿Es sólida esta objeción? Lo sería si la expansión de los derechos constitucionales, definidos por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación, implicara de hecho que todas y cada una de las resoluciones y normas legales ya se encuentran contenidas en la constitución, lo que derivaría en la pérdida total de autonomía de la legislación parlamentaria y, en su virtud, también de toda competencia real, lo cual sería incompatible con la democracia.

La cuestión de si la expansión de los derechos constitucionales reduce o no la competencia del parlamento en grado inadmisible es por tanto una piedra de toque que permite decidir si la historia de la expansión de los derechos constitucionales es la historia de un error. Los derechos a la acción positiva del Estado han sido un elemento fundamental e indispensable de este desarrollo. Centraremos nuestro enfoque en ellos.

II. El concepto del derecho a la acción positiva del Estado

El concepto del derecho a la acción positiva del Estado comprende una diversidad de derechos que se prestan a clasificaciones bastante distintas. Una posibilidad es dividirlos en tres grupos: (1) derechos de protección, (2) derechos de organización y procedimiento, y (3) derechos de prestación con respecto a derechos sociales.⁸ La estructura y contenido de estos derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el Estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El Estado debe *hacer* algo.

La problemática de Böckenförde con respecto a los derechos a la acción positiva se deriva de la diferencia estructural entre acción y omisión positivas, y no se equivoca al afirmar que los derechos a la acción positiva son más complejos que los derechos que sólo requieren una omisión. La cuestión, por tanto, sólo puede ser la siguiente: ¿Entraña necesariamente esta complejidad las consecuencias que

⁶ *ibid.* 190.

⁷ *ibid.* 198. Véase también 194.

⁸ Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 296, 300-48.

Böckenförde le atribuye? Esta cuestión afecta a los tres tipos de derechos a la acción positiva del Estado. Me centraré en los derechos de protección.

Los problemas que suscitan los derechos de protección pueden dividirse igualmente en tres grupos: en función de su (1) fundamentación, (2) contenido y (3) estructura. El problema de la fundamentación radica en determinar si los derechos de protección deberían incluirse o no en la lista de derechos constitucionales, ya sea a través de aquellos que la redactan o enmiendan o de los que la interpretan. El problema del contenido se refiere al conflicto clásico entre seguridad y libertad, de una parte, y a los gastos financieros relacionados con los derechos de protección, al igual que sucede con otros derechos a la acción positiva del Estado, especialmente los sociales. El coste de la protección se mide en términos de libertad, dinero o ambos. La solución al problema de fundamentación, al igual que el del contenido, presupone la claridad de la estructura de derechos de protección. Por este motivo, centraremos nuestra atención en dicha estructura.

III. Derechos de protección y la problemática del exceso de constitucionalización

Los derechos de protección son derechos constitucionales que ostenta un derechohabiente contra el Estado, a saber, que este último le proteja de la interferencia de terceros. Los derechos de protección pueden tener una variedad de objetos. El espectro se extiende desde el homicidio o la calumnia hasta la protección ante los peligros asociados al uso pacífico de la energía atómica. La principal fuente de problemas con que se topan los derechos de protección es que la protección de un aspecto significa la interferencia con el otro. La protección ante los comentarios desacreditativos presupone una interferencia con la libertad de expresión. Esta dialéctica de protección e interferencia da lugar a la siguiente observación: sólo puede haber una única solución correcta si ambos derechos, el de protección y el de defensa, han de ser optimizados de acuerdo con las normas de la proporcionalidad. Esta única solución correcta sería algo así como un ideal y el punto culminante.⁹

Esta objeción referente al punto culminante se refiere al mismo problema que la objeción a la fundamentación de Böckenförde: el problema de la sobredeterminación y, por tanto, el exceso de constitucionalización. No cabe duda de que la sobredeterminación es inadmisibles. Por este motivo, existen solamente tres soluciones. La primera consiste en abandonar los derechos de protección. El llamamiento de Böckenförde para regresar a los derechos de defensa se acerca bastante a este

⁹ Véase Peter Lerche, *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?*, Joachim Burmeister (ed.), *Festschrift für Klaus Stern* (Munich, 1997), 205; id. *Facetten der "Konkretisierung" von Verfassungsrecht*, Ingo Koller, Johannes Hager, Michael Junker, Reinhard Singer y Jörg Neuner (eds.), *Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken* (Munich, 1998), 21; Rainer Wahl, *Der Vorrang der Verfassung, Der Staat*, 20 (1981), 504; Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und 'Eingriffsintensität'* (Berlín, 1989), 174.

enfoque. Pero existen motivos de peso para contar con derechos de protección. ¿Acaso no estaría el Estado conculcando el derecho a la vida si, por poner un ejemplo, aboliera la responsabilidad penal por homicidio? La segunda solución pasa por renunciar a la proporcionalidad, y con ello a la optimización, al menos por lo que respecta a los derechos de protección. Los partidarios de esta solución tienden a sustituir la proporcionalidad por la idea de un nivel mínimo de protección.¹⁰ Pero ¿cómo establecer ese nivel mínimo? Si debe hacerse sin proporcionalidad, no existen criterios racionales. Si debe hacerse con proporcionalidad, la segunda solución no sería la segunda solución, sino la tercera.

La tercera solución intenta demostrar que la combinación de derechos de protección y proporcionalidad no lleva a la sobredeterminación, ni siquiera a una determinación total. Es compatible con la idea de un marco que deje lugar para la autonomía de la legislación parlamentaria. Ésta es precisamente la solución por la que abogaremos. El argumento se desarrolla en tres fases. La primera se refiere a la estructura de los derechos de defensa, la segunda a la estructura de la proporcionalidad y la tercera a algunos elementos de la teoría de la discrecionalidad (*Spielraum*).

IV. Alternatividad

La estructura de los derechos de protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones a la destrucción, a la comisión de actos con efectos negativos, etcétera. Los derechos de protección son imperativos para proteger, apoyar, etcétera. Cuando existe una *prohibición* a la destrucción de algo o a la comisión de actos con efectos negativos, está prohibido cometer *cualquier* acto que represente o provoque destrucción o efectos negativos. Por el contrario, en presencia de un *imperativo* de protección y apoyo de algo, *no* se exige llevar a cabo *todos* aquellos actos que representen o provoquen protección o apoyo. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cometer cualquier acto de asesinato, mientras que el imperativo del rescate no implica una orden de proceder a todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se está ahogando nadando hasta él o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres, bien el primero, el segundo o el tercero. En su lugar, lo que se precisa es que se lleve a cabo uno de los tres actos. Por tanto, los derechos de protección tienen una estructura *alternativa* o disyuntiva, y los de defensa una estructura *conjunta*. La acción anticonstitucional del Estado tiene un equivalente definitivo, consistente en la omisión de esa acción anticonstitucional. La estructura alternativa implica que la

¹⁰ Véase Josef Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5 (Heidelberg, 1992), 232.

omisión anticonstitucional no tiene equivalente alguno definitivo,¹¹ sino tantos posibles equivalentes como alternativas existan. Todas las diferencias estructurales entre derechos de defensa y de protección derivan de esta distinción. Esto quedará claro en cuanto relacionemos la estructura alternativa de los derechos de protección con el principio de proporcionalidad.

V. La pregunta fácil: violación de un derecho de defensa

La alternatividad y la proporcionalidad deben relacionarse dentro de la estructura dialéctica definida por la colisión de los derechos de protección y los de defensa. Esta estructura dialéctica implica que siempre existe la posibilidad de plantear dos preguntas. La primera es si se viola un derecho de defensa, la segunda, si se viola un de protección. El primer interrogante es mucho más sencillo de responder. Por tanto, comenzaremos con él.

La cuestión de la violación o no de un derecho de defensa desencadena varias preguntas subordinadas. En este caso sólo nos interesa la de la proporcionalidad. El punto decisivo radica en que, cuando lo que se encuentra en juego es la violación de un derecho de defensa, no existen diferencias lógicas entre el examen de una violación justificada por un derecho de protección y el examen de una violación justificada por una política o bien colectivo.

El principio de proporcionalidad está formado por tres principios subordinados: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización.¹² La aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos constitucionales implica considerarlos mandatos de optimización, es decir, principios.¹³ Por este motivo, a menudo se empleará el término 'principio' en lo sucesivo en lugar de 'derecho'.

1. Adecuación y necesidad

Los dos primeros principios subordinados al de proporcionalidad son los principios de adecuación y necesidad. El principio de adecuación excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. Si un medio *M*, adoptado con objeto de promover un derecho de protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional. Lo mismo sucede si la falta de adecuación se refiere a la relación de *M* con cualquier

¹¹ Véase Gertrude Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte* (Baden-Baden, 1988), 40.

¹² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 66-9.

¹³ *ibid.* 47.

otro objetivo. La situación es similar en el caso de la necesidad. El principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho de protección, debe escogerse el que interfiera menos con un derecho de defensa. Lo mismo sucede cuando los dos medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo.

2. Proporcionalidad en sentido estricto

El tema se hace más interesante en el caso de la proporcionalidad en sentido estricto. Es aquí donde entra en juego un aspecto que mantiene su interés al invertirse la dirección del examen de la proporcionalidad, es decir, cuando se plantea si se ha infringido o no el derecho de protección.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es idéntico a una norma que podría denominarse la 'Ley de la ponderación'.¹⁴ Esta norma se refiere a los derechos constitucionales como principios. Afirma:

Cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, más importante es satisfacer el otro.

La ley de la ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación. Puede encontrarse una descripción completa de lo que significa la ponderación de dos principios en la llamada "fórmula del peso". En el epílogo de *A Theory of Constitutional Rights* se presenta a modo de anotación un tanto tosca, mediante el uso de tres mayúsculas para expresar un factor.¹⁵ Dice así:

$$WP_{i,j}C = \frac{IPC \cdot WPA \cdot RPC}{SP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

Desde entonces, he intentado simplificar la fórmula del peso como sigue:¹⁶

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

La fórmula del peso es un intento de ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático. ' $W_{i,j}$ ' ($WP_{i,j}C$) representa el peso concreto del principio P_i , es decir, el peso de P_i teniendo en cuenta las circunstancias del asunto analizado *en relación con* P_j , el principio en colisión. ' I_i ' (IPC) representa la intensidad de interferencia con P_i por parte del medio o medida M , cuya proporcionalidad debe examinarse. El factor más importante con respecto a los derechos de protección es I_j . ' I_j ' (IP_jC) representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P_i , a saber, $\neg M$,

¹⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 102.

¹⁵ *ibid.* 419. fn. 97.

¹⁶ Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *Ratio Juris* 16 (2003), 446. Para leer la presentación completa, véase Robert Alexy, *Die Gewichtsformel*, Joachim Jickeli, Peter Kreutz y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlín 2003), 771-92.

tendría para el principio en colisión P_j , es decir, la intensidad de la interferencia con P_j mediante la no interferencia con P_i . ' W_i ' (WP_iA) y ' W_j ' (WP_jA) son los pesos abstractos de P_i y P_j . En muchos casos los pesos abstractos son iguales, por lo que se neutralizan entre sí. De esta forma es posible reducirlos. ' R_i ' (RP_iC) y ' R_j ' (RP_jC) se refieren a la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida M en cuestión para la no realización de P_i y la realización de P_j de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Existen muchos casos en los que la decisión depende básicamente o incluso únicamente de R_i y R_j , pero también hay otros muchos en los que R_i y R_j son iguales, por lo que es posible reducir ambos. Si W_i y W_j también pueden reducirse, la decisión depende exclusivamente de I_i e I_j . La fórmula del peso puede aplicarse entonces de forma abreviada:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Para explicar lo que esto significa, examinaremos la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán en el caso Titanic.¹⁷ Se trata de una decisión en un supuesto de defensa vs. protección, en la que se ha aplicado la fórmula del peso en su forma abreviada. La resolución se refiere al conflicto clásico entre libertad de expresión y derechos de la personalidad. Una revista satírica de gran difusión, Titanic, describió a un oficial de reserva parapléjico que había desempeñado satisfactoriamente sus responsabilidades al ser llamado a filas, primero como un 'asesino nato' y, más tarde, en una edición posterior, como un 'lisiado'. El Tribunal Regional Superior de apelación de Düsseldorf falló en contra de Titanic en una acción entablada por el propio oficial y condenó a la revista a satisfacer daños por un importe de 12.000 marcos alemanes. Titanic presentó una queja constitucional. El Tribunal Constitucional Federal emprendió una 'ponderación individualizada'¹⁸ entre la libertad de expresión de aquellos vinculados a la revista (P_i) y el derecho general a la protección de la personalidad del oficial (P_j). Para ello, se exponen enfrentadas dos lecturas sobre la intensidad de la interferencia con dichos derechos. Existen, en general, dos formas de proceder. La primera consiste en hacerlo sin evaluar la intensidad de la interferencia como tal. Para ello basta con decir que I_i es más fuerte, más débil o igual que I_j . El Tribunal, sin embargo, siguió el segundo tipo de procedimiento. Éste consiste en evaluar la intensidad de la interferencia como tal o de forma aislada, y después extraer una conclusión. La posibilidad de llevar a cabo este segundo método es una de las cuestiones más importantes de la teoría de la ponderación.

Es imposible clasificar un acto o medida sin un baremo. Se pueden concebir tipos muy distintos de ellos: desde un baremo infinitesimal hasta otro con tan solo dos medidas. Naturalmente, también podría concebirse un baremo con una única medida. Pero en dicho caso no podría emplearse para realizar ponderaciones. En igualdad de condiciones, la preferencia racional es un imposible.

¹⁷ BVerfGE 86, 1.

¹⁸ BVerfGE 86, 1, (11).

En Derecho, la ponderación se basa en la argumentación, y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación, por ejemplo, a través de la observación, del empleo de instrumentos o la intuición. Esto significa que la intensidad de las interferencias debe expresarse por medio de proposiciones que puedan fundamentarse y refutarse mediante la argumentación. Para poder presentar un argumento a favor o en contra de una proposición acerca de la intensidad de una interferencia, la proposición ha de ser inteligible. La inteligibilidad de las proposiciones acerca de los grados de intensidad es por tanto una condición necesaria para la adecuación de cualquier baremo en Derecho.

Un baremo inteligible que no da lugar a dificultades en este sentido es el baremo de 'leve', 'moderado' y 'serio' (grave), 'l', 'm' y 's', respectivamente. Este baremo triádico puede perfeccionarse fácilmente transformándolo en un baremo triádico doble con nueve medidas, que pueden representarse como sigue: (1) 'll', (2) 'lm', (3) 'ls', (4) 'ml', (5) 'mm', (6) 'ms', (7) 'sl', (8) 'sm' y (9) 'ss'. Pero no ahondaremos en ello en este momento.¹⁹ El único aspecto de interés en el presente contexto es que la condición de inteligibilidad impone límites al perfeccionamiento del baremo. No es difícil entender en qué puede desembocar una interferencia mínima en los niveles superiores (ls), pero ¿cómo entender, por ejemplo, algo 'serio y levemente moderado' (m/s)? Las clases del modelo de triple tríada, como 'sss', sólo parecen comprensibles en los extremos.

La formula del peso no pretende sustituir el cálculo por la ponderación como una forma de argumentación. Se trata simplemente de un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la inclusión en las normas. Con objeto de aplicar la formula del peso como un instrumento analítico, deben asignarse números a los tres valores de nuestro modelo triádico, l, m y s. Existen varias posibilidades. Una asignación bastante sencilla, y muy instructiva al mismo tiempo, consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, 1, 2 y 4. En la sentencia de Titanic, el Tribunal Constitucional Federal consideró la intensidad de la violación (l_i) frente a la libertad de expresión (P_i), imponiendo una condena de daños por valor de 12.000 marcos alemanes (M), como grave (s). Ello es proporcional únicamente si la importancia concreta concedida a la exigencia de protección del derecho a la personalidad del oficial es, al menos, igual de elevada. La importancia concreta consiste en este contexto en la intensidad de la violación (l_j) del derecho a la protección del oficial. El Tribunal consideró la intensidad de la violación en relación con el derecho del oficial a la protección de su personalidad (P_j) sin hacer distinciones a la hora de condenar a la revista en daños ($\neg M$) por haberle llamado 'asesino nato' y 'lisiado'. En el primero de los casos, consideró

¹⁹ Véase Alexy, *On Balancing and Subsumption*, 445.

moderada (m), quizás incluso leve (l), la intensidad. Si insertamos los valores correspondientes de nuestra secuencia geométrica para s y m , el peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) es en este caso $\frac{4}{2}$, es decir, 2.

De esta forma, la prioridad de P_i sobre P_j se expresa mediante un peso concreto superior a 1. La descripción de 'lisiado' hecha del oficial fue considerada grave (s), por humillante e irrespetuosa. Esto dio lugar a un punto muerto, expresado con el valor 1. En este sentido, la condena al pago de daños no fue desproporcionada.

Como muestra nuestro ejemplo, en un caso en que la cuestión radica en saber si una medida de protección M infringe un derecho de defensa por su desproporcionalidad, la colisión de un derecho de defensa y uno de protección tiene una estructura bastante sencilla. No hay más que preguntarse si, mediante la adopción de M , la intensidad de la interferencia con el derecho de defensa (l_i) es superior a la que sería la intensidad de interferencia con el derecho de protección (l_j) de no adoptarse M , es decir, mediante la adopción de $\neg M$.

VI. La pregunta más difícil: violación de derechos de protección

Las cosas empiezan a complicarse al mirar en la dirección contraria, al preguntarse si se infringe un derecho de protección al denegarle totalmente protección o al no darle protección suficiente. El ejemplo clásico en el derecho constitucional es el del aborto. En este punto sólo nos interesa la estructura de la relación entre el derecho de protección y la proporcionalidad. Por tanto, me ceñiré a una constelación muy simplificada, formada por cuatro medios o medidas diferentes de protección relativos a los tres primeros meses de embarazo. La primera medida, M_1 , es una prohibición estricta, que sólo admite el aborto en caso de que la vida de la madre esté en peligro. M_2 consiste en una prohibición débil, que admite el aborto por motivos sociales. M_3 abandona el sistema de la prohibición y la excepción y sólo exige asesoramiento que, no obstante, está ligado a la posibilidad de concesión de ayuda financiera. Por último, M_4 admite sencillamente la libre elección del aborto en los tres primeros meses de embarazo. Esto puede considerarse protección únicamente en el sentido en que el aborto es algo de libre elección sólo durante los tres primeros meses. Por medio del presente no pretendemos resolver la problemática constitucional del aborto. La adscripción de valores a las cuatro medidas, M_1 a M_4 , sólo revela la estructura de la conexión entre proporcionalidad y alternatividad. Esta estructura permanecería inmutable si los demás valores fueran correctos, y no cambiaría si, por lo que respecta al *nasciturus*, no se considerase un derecho a la vida, sino una obligación del Estado, proteger la vida del feto.

El primer aspecto importante es que, por lo que respecta al derecho de protección, siempre tienen relevancia dos líneas de valores, mientras que por lo que respecta al derecho de defensa, normalmente sólo hay una digna de consideración. La primera línea representa el grado de protección. Si uno la conecta con la línea de la intensidad de la interferencia con un derecho de defensa, en nuestro caso el derecho de la madre a la personalidad, surge una secuencia doble como la siguiente:

P_i	P_j	
grado de protección (D_i)		intensidad de interferencia (I_j)
s	M_1	s
m	M_2	m
m	M_3	m (P_k)
l	M_4	l

Parece una secuencia de puntos muertos y, de acuerdo con la fórmula del peso, significaría que todas las medidas serían igual de proporcionales y, por tanto, igualmente constitucionales. No obstante, esta impresión sólo surge porque la doble secuencia no logra presentar todo el panorama. El análisis de la sentencia en el caso Titanic demuestra la relevancia de otro elemento: el impacto que tiene la omisión de la medida de protección sobre el derecho de protección. Este elemento ha sido descrito como la violación del derecho de protección por parte de $\neg M$. Su intensidad viene representada por I_i . I_i se refiere a la intensidad de la ausencia de protección, D_i al grado o intensidad de protección.

El problema en nuestro caso es que estamos tomando en consideración más de una medida. La estructura alternativa implica que las negaciones de las distintas medidas, por ejemplo $\neg M_2$, no tienen un equivalente definitivo. $\neg M_2$ puede equivaler a M_1 , así como a M_3 o a M_4 . En el caso de M_1 , no se infringiría el derecho de protección, en el de M_4 , sin embargo, es posible asumir una violación. El concepto de violación, empero, contiene la clave de la solución. Lo que nosotros nos preguntamos es si se infringe el derecho de protección. Se infringe si la protección ofrecida, en relación con la intensidad de interferencia con el derecho de defensa, no es suficiente. Esto permite considerar la intensidad de violación del derecho de protección por parte de $\neg M_n$ sencillamente como la intensidad de no protección al no adoptar M_n sino, en su lugar, la medida con el siguiente menor grado de protección (D_i) de la lista, a saber, M_{n+1} . Esto se podría llamar la Regla de la Negación Concatenada. La negación concatenada no es una negación absoluta sin un equivalente, sino una negación relativa. La relatividad se proporciona en la lista. Sobre esta base, puede ofrecerse un panorama mucho más completo a través de las tres secuencias siguientes:

P_i		P_j
I_i	D_i	I_j

$\neg M_1: I$	s	M_1	s
$\neg M_2: m$	m	M_2	m
$\neg M_3: m$	m	M_3	$m (P_k)$
$\neg M_4: s$	I	M_4	I

M_1 y M_4 , según los valores asignados, son desproporcionados. En el caso de M_1 , el principio de proporcionalidad aparece como una prohibición de la sobreprotección (*Übermaßverbot*), en el de M_4 , como una prohibición de la infraprotección (*Untermaßverbot*). Esto demuestra que ambas prohibiciones son elementos de proporcionalidad y no normas independientes.²⁰

M_3 logra el grado de protección (D_i) m al incluir no sólo asesoramiento, sino también ayuda financiera. Los fondos públicos se encuentran disponibles de forma limitada. El principio de la capacidad financiera del Estado excluye la noción de que cualquier violación de los derechos constitucionales que, en principio, podría evitarse con medios financieros, debe evitarse de esta forma. Quizás podrían evitarse muchos delitos y, de esta forma, también muchas violaciones de la libertad de los delincuentes, y, al mismo tiempo, podría lograrse un alto grado de protección si cada delincuente potencial recibiera un respaldo financiero por parte del Estado equivalente a un sueldo medio. Sin embargo, hasta la fecha, nadie parece haber sostenido que la constitución así lo requiera. El principio de la capacidad financiera del Estado como principio sustantivo²¹ puede justificar el que no se adopte un medio que interfiera de forma menos intensiva si dicho medio produce costes considerablemente superiores.²² En nuestra constelación, el principio de la capacidad financiera del Estado se encuentra representado por el parámetro P_k . M_3 interfiere de forma menos intensiva con P_j que M_2 . Si se tomara únicamente M_3 y P_j , el valor sería I . Pero si se combinara la intensidad de interferencia de P_j y P_k , el valor aditivo sería m .²³ Por este motivo, en el caso de M_2 y M_3 nos topamos con estancamientos en el mismo nivel. Esto significa que el legislador tiene la discrecionalidad de optar por M_2 o M_3 . En nuestra constelación, las únicas alternativas a M_2 y M_3 son M_1 y M_4 , y ambas están prohibidas. Por tanto, el legislador debe escoger entre M_2 o M_3 . En la vida real existen más posibilidades, lo que equivale a

²⁰ La prohibición del exceso (*Übermaßverbot*) se infringe cuando el principio de proporcionalidad se viola a través de un acto que interfiere con un derecho de defensa. La prohibición de la infraprotección (*Untermaßverbot*) se infringe cuando el principio de proporcionalidad se viola a través de una omisión de protección. Dicha omisión puede ser de protección u omisión de cierto grado de protección. Por tanto, Hain tiene razón al afirmar que la prohibición de la infraprotección no requiere nada que no haya requerido ya el principio de proporcionalidad. Nuestro ejemplo muestra, sin embargo, que se equivoca al sostener que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho de defensa ya implica el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho de protección, lo que una vez más implicaría que siempre existe únicamente un medio o medida M_n proporcional (véase Karl-Eberhard Hain, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot*, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1993, 983). La posibilidad de que se produzcan M_2 y M_3 refleja que no es cierto que nunca exista un abanico entre la prohibición de la infraprotección y la sobreprotección (ibid.), y que esto se debe no sólo a la discrecionalidad epistémica, sino también a la sustancial. El carácter tosco del baremo y la alternatividad entraña que la identidad de estructura no implica identidad de resultado.

²¹ Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Tübingen 2003), 323.

²² BVerfGE 77, 84, (110).

²³ Véase al respecto Alexy, *Die Gewichtsformel*, 791.

decir que el número de problemas aumenta.²⁴ Pero la estructura de dichos problemas sigue siendo la misma. Esta estructura se deriva de la combinación de proporcionalidad y alternatividad.

Uno podría preguntarse si no cabría emplear una segunda línea, no sólo en el caso de la protección, sino también en el de la interferencia; una segunda línea referida, no a la intensidad de interferencia (I), sino al grado de consecución (D). En el caso de los derechos de protección, está bastante claro cuál es el grado de consecución. Es el grado de protección que se consigue con la medida adoptada (M_n). En el caso de los derechos de defensa, no es tan sencillo determinar cuál es la consecución. En este caso los derechos en cuestión son derechos a la acción negativa, y normalmente se produce una consecución por medio de una acción positiva. A efectos de simplificación, sólo abordaremos aquí el caso de M_n tomado como una ley que prohíbe o permite algo, como sucede con M_1 , M_2 , y M_4 en la constelación del aborto. El equivalente al grado de protección (D_i) es pues el grado de libertad (D_j). 'Libertad' entendida en el presente como una autorización legal para hacer o dejar de hacer algo. Resulta sencillo reconocer que el grado de libertad depende directamente de M_n . M_1 , por ejemplo, significa, al mismo tiempo, un grado de libertad (D_j) reducido (I) y una interferencia (I_j) grave (s) con el derecho de defensa (P_j). Esto muestra que en el caso de un derecho de defensa, no sólo puede calcularse directamente la intensidad de interferencia (I_j) con respecto a la medida o medio en cuestión (M_n), sino también el grado de realización. No es necesario un giro que desemboque en la omisión del medio ($\neg M_n$) con objeto de calcular tanto el grado de realización (D_j) como la intensidad de interferencia (I_j), es decir, de no realización. Ello se debe a que en el caso de los derechos de defensa, no debe producirse nada. Lo único que se precisa es que no se interfiera con lo existente. Esto significa que, en el análisis final, es la diferencia entre omisión y acción positiva la que explica por qué basta con M_n , en el caso de los derechos de defensa, para determinar la intensidad de interferencia (I_j), así como el grado de realización (D_j), mientras que no ocurre así con respecto a los derechos de protección.

²⁴ En caso de contar con tres medios, M_1 , M_2 y M_3 , pueden atribuirse 27 combinaciones distintas de I , m y s a I_i y a I_j , respectivamente, de no excluirse distribución alguna de valores, es decir, aceptando sss o mlm y lms . Esto significa que pueden concebirse 729 pares de estas 27 combinaciones. Si el número de medios de protección (M_n) aumenta o si, en lugar del simple baremo triádico, se usa otro más perfeccionado, como el baremo triádico doble, el número de posibilidades aumenta de forma exponencial. No sería ninguna sorpresa descubrir que este laberinto de posibilidades oculta una gran cantidad de problemas desconocidos. Afortunadamente, muchas de las combinaciones permitidas por la lógica no tienen una probabilidad empírica muy elevada. Un ejemplo de ello es $I_i(I, m, s)$ y $I_j(m, I, s)$. ¿Por qué habría de implicar una interferencia (I_j) grave (s) con el derecho de defensa (P_j) una falta de protección grave (I_i) del derecho de protección (P_i), mientras que interferencias menos graves con $P_j(m, I)$ prevén una falta de protección menos grave (I, m), es decir, más protección, de P ? En dicho caso, la vida acude en ayuda de la lógica. No obstante, incluso nuestro par poco realista de combinaciones puede ofrecer una solución. $M_3(s, s)$ se excluye por innecesario, puesto que puede lograrse una interferencia menos intensiva con P_j a través de M_1 o M_2 con mayor protección de P_i . M_1 es desfavorable en la misma medida a P_j como M_2 lo es a P_i . Éste es un caso especial de línea de estancamiento. La forma normal de una línea de estancamiento es $I_i(s, m, I)$ y $I_j(s, m, I)$. Tal línea expresa un 'meta estancamiento'. Existe un estancamiento no sólo entre s y s , m y m , y I y I , sino también entre ss , mm y II . En nuestro ejemplo, las relaciones Im y ml corresponden con esto a condición de que las pérdidas y ganancias se tomen tan en serio por lo que respecta a los derechos de protección como a los de defensa, cuando ambos tipos de derechos tengan un valor abstracto equivalente. En este caso, podremos hablar, por lo que respecta a Im y ml , de un 'estancamiento cruzado'.

La distinción entre I_i y D_i reviste una gran importancia práctica en el examen de la infracción de un derecho de protección. Cuando se trata de averiguar si se ha infringido un derecho de defensa, no desempeña prácticamente ninguna función. El motivo queda claro al añadir una secuencia relativa a D_j a las tres secuencias previamente empleadas para plasmar la constelación del aborto. En este contexto se usará de manera ligeramente modificada, con la supresión de P_k . De esta forma se modifica la intensidad de interferencia (I_j) con P_j , lograda a través de M_3 de m a l . Así, surge la siguiente imagen con cuatro secuencias:

P_i			P_j	
I_i	D_i		I_j	D_j
$\neg M_1: l$	s	M_1	s	l
$\neg M_2: m$	m	M_2	m	m
$\neg M_3: m$	m	M_3	l	s
$\neg M_4: s$	l	M_4	l	s

La reducción del valor de interferencia I_j de M_3 de m a l hace que M_2 deje de ser proporcional. Esto es producto, no de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la ponderación, sino del principio de necesidad. Deja de ser necesaria una interferencia media (m) con P_j , puesto que puede lograrse el mismo grado de protección (D_i) a través de M_3 , que infringe P_j de forma menos intensiva (l) que M_2 (m).

Podemos encontrar valores iguales no sólo en la línea de graduación de P_i (D_i), sino también en la de P_j (D_j). Existe, naturalmente, una diferencia en la interferencia con P_j al comparar la imposición de asesoramiento (M_3) y la admisión de la libre elección del aborto en los tres primeros meses de embarazo (M_4), que se podría representar fácilmente en un baremo más perfeccionado, como el triádico doble. No obstante, nos limitaremos al baremo triádico sencillo, que permite considerar tanto M_3 como M_4 como interferencias leves (l). Así, podremos realizar un examen inverso de la necesidad. Bajo esta condición, cabe preguntarse si M_4 , ya excluido por su desproporcionalidad en sentido estricto, se excluye también debido a la necesidad. M_4 no es necesario para lograr el grado de libertad (P_j) expresado por ' s ' (D_j), pues dicho grado también puede alcanzarse a través de M_3 , que ofrece un grado de protección superior (D_i), a saber, m . Desde el punto de vista de los derechos de protección, se puede denominar 'interno' al primer examen de la necesidad, puesto que comienza con la observación de que M_2 y M_3 son igualmente idóneos para P_i . Por su parte, al segundo examen de la necesidad se le

puede denominar 'externo', pues comienza con la observación de que M_3 y M_4 son igualmente idóneos para P_j , es decir, el derecho de defensa, que choca con el derecho de protección.²⁵

Ahora, la única pregunta que debe responderse es si necesitamos D_j para determinar la proporcionalidad de cualquier medio o medida (M_n). La respuesta es negativa. La proporcionalidad en sentido estricto puede determinarse completamente en la relación de I_i e I_j . La adecuación y la necesidad se refieren al óptimo de Pareto. Para ello, basta con tomar I_j y bien D_i o I_i , lo que viene a significar que se puede prescindir perfectamente de D_j . Ésta no es sino una muestra más de la asimetría fundamental entre los derechos de protección y defensa, debida a la diferencia entre acto y omisión como una de las diferencias más marcadas en el ámbito del deber y el bien, es decir, en el ámbito de todas las disciplinas prácticas.

VII. Discrecionalidad

La discusión en torno al aborto ha mostrado que la idea de los derechos de protección no excluye toda discrecionalidad por parte del poder legislativo, tal como sostiene la objeción del punto culminante. La cuestión es hasta qué punto puede generalizarse. Para mostrar cómo podría responderse a esta pregunta, echaremos un vistazo, por último, a algunos elementos de la teoría de la discrecionalidad.

Existen dos tipos de discrecionalidad legislativa: sustancial o estructural²⁶ por una parte, y epistémica, por otra. La discrecionalidad sustancial del poder legislativo consiste en todo aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben. La discrecionalidad epistémica consiste en la competencia del poder legislativo para determinar, en casos de incertidumbre, qué ordenan o prohíben las normas constitucionales, y qué dejan libre. El alcance de esta competencia o poder equivale al alcance de la correspondiente falta de competencia del tribunal constitucional. La discrecionalidad sustancial es mucho menos problemática que la epistémica. El que el poder legislativo goce de libertad allí donde la constitución no contemple obligaciones relevantes no precisa justificación alguna. Por el contrario, el que disponga de competencia de decisión cuando se plantee si goza o no de libertad ya no es tan evidente. Con el fin de responder al reproche del exceso de constitucionalización, basta con analizar la discrecionalidad sustantiva.

²⁵ Véase Martin Borowski, 'Grundrechtliche Leistungsrechte' *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 50 (2002), 319-20

²⁶ En Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 310, 393, 395, sólo se usa el término 'estructural'.

Existen tres tipos de discrecionalidad sustantiva: (1) discrecionalidad para la selección de medios, (2) discrecionalidad para la fijación de fines, y (3) discrecionalidad para la ponderación. La discrecionalidad para la ponderación es producto de puntos muertos debidos frecuentemente al hecho de que en Derecho sólo son aplicables baremos relativamente toscos. Este tipo de discrecionalidad sustantiva ya se ha recogido en el ejemplo del aborto. Por este motivo, sólo analizaremos en este momento la discrecionalidad para la selección de medios y la fijación de fines.

1. Discrecionalidad para la selección de medios

La discrecionalidad para la selección de medios está directamente relacionada con los derechos constitucionales sólo en el caso de los derechos a la acción positiva del Estado. Deriva nada más y nada menos que de su estructura alternativa, que ya ha sido descrita. Lo único que añadiremos en este punto es que la discrecionalidad para la selección de medios es el único tipo de discrecionalidad propia de los derechos a la acción positiva del Estado. Los demás tipos de discrecionalidad también pueden encontrarse presentes en el caso de los derechos de defensa. Sólo se puede concebir una diferencia de grado. Se trata éste de un corolario a la tesis que afirma que la única diferencia estructural entre los derechos de protección y los de defensa es la alternatividad.

2. Discrecionalidad para la fijación de fines

El segundo tipo de discrecionalidad sustantiva, la relativa a la fijación de fines, reviste una importancia vital para comprender los derechos de protección. La discrecionalidad para la fijación de fines está clara cuando lo que están en juego son las restricciones a derechos de defensa. Muchas disposiciones relativas a derechos de defensa contienen una autorización al poder legislativo para limitar su disfrute. Dicha autorización otorga al poder legislativo el poder constitucional para decidir por sí mismo si y sobre la base de qué metas y políticas desea restringir el disfrute del derecho. Este poder de restricción se ve limitado de nuevo, naturalmente, por el principio de proporcionalidad, pero dentro de dichos límites se trata de un caso de discrecionalidad.

Todo esto tiene relevancia no sólo con respecto a los derechos de defensa, sino también en relación con los derechos de protección. Los derechos de protección prohíben definitivamente al poder legislativo pasar por debajo del nivel en que comienza la desproporcionalidad. Por encima de dicho nivel, los derechos de protección como principios siguen exigiendo, *prima facie*, que se otorgue más protección. No obstante, debido al derecho de defensa en colisión, esta exigencia como tal puede no

ser suficientemente fuerte. En este caso, el derecho de protección es relevante pero no determinante.²⁷ Es en este punto cuando entra en juego la autorización al poder legislativo para limitar los derechos constitucionales con objeto de promover objetivos y políticas. Naturalmente, no existe discrecionalidad con respecto a la decisión de si debe otorgarse o no protección. El derecho de protección como tal no queda a disposición del poder legislativo. Pero la discrecionalidad para la fijación de fines incluye discrecionalidad con respecto al grado en que debe promoverse un objetivo, y esto es aplicable igualmente a los derechos de protección. El poder legislativo puede decidir en favor de una política de protección, lo cual puede justificar, por lo que respecta al derecho de protección, una violación más intensiva de los derechos de defensa de lo que podría justificar, por sí solo, el derecho de protección. Sin embargo, lo mismo sucede con los derechos de defensa. El poder legislativo puede no sólo adoptar una política que favorezca los derechos de protección; también puede optar por promover los derechos de defensa, todo ello, naturalmente, dentro de los límites de la proporcionalidad.

Un ejemplo de ello es la resolución dictada en 1998 por el Tribunal Constitucional Federal en relación con la protección frente a los despidos. En dicha ocasión se planteó si las empresas con menos de cinco empleados podían estar exentas de las disposiciones sobre despidos, relativamente estrictas, de la legislación laboral, con lo que los empleados de dichas empresas que fueran despedidos sólo disfrutarían de la protección general, relativamente débil, del Derecho privado. De este modo, el libre ejercicio de la profesión de los empresarios, garantizado por el artículo 12 (1) de la constitución alemana como un derecho de defensa, entraba en colisión con el deber protector del Estado, también contemplado en el artículo 12 (1), para con los empleados. El Tribunal Constitucional Federal exigió su optimización: 'Las posiciones enfrentadas de los derechos constitucionales han de entenderse en el contexto de sus repercusiones mutuas, y deben limitarse de forma que tengan la mayor efectividad posible para todos los afectados'.²⁸ Al mismo tiempo, el Tribunal otorgó al poder legislativo una 'amplia libertad en el proceso normativo', abarcando no sólo valoraciones empíricas, sino también 'la evaluación de la variedad de intereses, dicho de otro modo, la ponderación de exigencias enfrentadas y la determinación de su necesidad de protección'.²⁹ En este punto la resolución se vuelve un tanto confusa, como suele suceder con las sentencias relativas a discrecionalidad y protección. Esta cita puede interpretarse de dos modos: (1) como la concesión de discrecionalidad epistémica normativa y (2) como la concesión de una discrecionalidad para la fijación de fines. En este caso sólo nos interesa la segunda posibilidad. La discrecionalidad para la fijación de fines se expresa en esta resolución de forma más clara en el momento en que el Tribunal justifica la constitucionalidad de la decisión del poder legislativo contra los intereses de los empleados

²⁷ Acerca de esta distinción, véase Robert Alexy, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit', *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 61 (2002), 26.

²⁸ BVerfGE 97, 169, (176).

²⁹ *ibid.*

argumentando para ello que '*el poder legislativo*' considera los intereses de los negocios como 'especialmente dignos de protección'.³⁰ Considerar relevante el mero hecho de que el poder legislativo considere algo digno de protección equivale a reconocer su competencia para dirimir la cuestión, es decir, su discrecionalidad. Esto muestra que la discrecionalidad para la fijación de fines existe no sólo al restringir los derechos de defensa, también cuando no se protegen los derechos de protección.

Lo dicho acerca de la discrecionalidad subjetiva parece suficiente para rechazar el enfoque de la sobredeterminación o exceso de constitucionalización. El examen de la discrecionalidad epistémica así lo corroboraría.

³⁰ BverfGE 97, 169, (180), la cursiva es mía.