

EPÍLOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (1)

ROBERT ALEXY (2)

SUMARIO: I. DEMASIADO Y DEMASIADO POCO.—II. ORDEN FUNDAMENTAL Y ORDEN MARCO: 1. *El concepto de orden marco.* 2. *El concepto de orden fundamental.*—III. EL MARGEN DE ACCIÓN ESTRUCTURAL Y LA PONDERACIÓN: 1. *El margen para la fijación de fines.* 2. *El margen para la elección de medios.* 3. *El margen para la ponderación:* a) *Idoneidad y necesidad.* b) *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.*—IV. LOS PRINCIPIOS FORMALES: 1. *El margen de acción epistémico como resultado de la ponderación.* 2. *El margen de acción epistémico y la vinculación a la Constitución.*

En el centro de este libro se encuentra la tesis de que, más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización. Desde la primera aparición de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* en el año 1985, la tesis de los mandatos de optimización se ha enfrentado a numerosas objeciones. Algunas hacen alusión a problemas generales de la teoría de las normas (3). Sin embargo, la mayoría giran alrededor de la pregunta de si la tesis de

(1) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001.

(2) Traducción del alemán de Carlos Bernal Pulido, Profesor de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia. El traductor agradece al Prof. Robert Alexy por las pertinentes aclaraciones sobre el significado de diferentes términos utilizados en este epílogo, y a los Prof. Augusto Martín de la Vega (Universidad de Salamanca) y Luis Villar Borda (Universidad Externado de Colombia) por su cuidadosa lectura de este texto y sus valiosas sugerencias.

(3) Cfr. sobre este aspecto, R. ALEXY: «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en AA.VV. (B. SCHILCHER, P. KOLLER y B.-C. FUNK, eds.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Viena, 2000, págs. 31 y sigs.

los mandatos de optimización conduce a un modelo adecuado de los derechos fundamentales. La crítica se mueve entre dos polos o líneas.

I. DEMASIADO Y DEMASIADO POCO

La primera línea de crítica aduce que el modelo de los principios, basado en la tesis de los mandatos de optimización, resta fuerza a los derechos fundamentales. Esta objeción ha sido formulada por Habermas con todas sus implicaciones:

«Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace indispensable la práctica de una ponderación orientada a fines» (4).

Esta «ponderación orientada a fines» lleva a que, «si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos» (5). De esta manera, los derechos fundamentales pierden su firmeza, que únicamente puede ser garantizada mediante una estructura deóntica estricta, es decir, mediante el carácter de las reglas. Por el contrario, si adquieren el carácter de principios se derrumba una «barrera cortafuegos»:

«Si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico» (6).

Ahora bien, la ponderación de los derechos fundamentales no sólo pondría en peligro su fuerza en general. También entrañaría el riesgo de que estos derechos fuesen víctimas de «juicios irracionales» (7), a causa de la inexistencia de medidas racionales para llevar a cabo la ponderación:

(4) J. HABERMAS: *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 327.

(5) J. HABERMAS: «Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en ID.: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, pág. 310.

(6) J. HABERMAS: *Facticidad y Validez...*, op. cit., pág. 332.

(7) *Ibidem*, pág. 332.

«Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado» (8).

En síntesis: Los derechos fundamentales primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional.

La crítica de Habermas puede expresarse como un conjuro del peligro de un «demasiado poco» en derechos fundamentales. Lo contrario, el peligro de un «demasiado», está en el centro de la crítica de Böckenförde. El punto de partida de Böckenförde es la diferencia entre los derechos fundamentales como clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado y los derechos fundamentales en cuanto normas de principio. Los derechos fundamentales en cuanto normas de principio o, como Böckenförde precisa, apoyándose en la terminología del Tribunal Constitucional Federal, como «normas objetivas de principio», «corresponderían exactamente» a lo que en la teoría de los principios se designa como «mandatos de optimización»:

«Las normas de principio son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente medida, y en los cuales la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. Estas normas tienen una tendencia normativa hacia la optimización, sin que por ello estén sujetas a un contenido determinado; ellas son —necesariamente— susceptibles de ser ponderadas» (9).

Böckenförde admite que este carácter de principio:

«(es) idóneo para definir el concepto dogmático fundamental de los derechos fundamentales, porque puede comprender todas las funciones de estos derechos y, viceversa, porque permite que dichas funciones se desarrollen a partir del mismo» (10).

No obstante, este efecto acarrearía otras consecuencias que en definitiva serían inaceptables. El papel de los derechos fundamentales en el sistema jurídico cambiaría de modo radical. Los clásicos derechos fundamentales reducirían su alcance a una parte del sistema jurídico: la relación entre el Estado y el ciu-

(8) *Ibidem*, págs. 332 y sigs.

(9) E.-W. BOECKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», en *ID.: Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991, pág. 185.

(10) *Ibidem*.

dadano; en cambio, los derechos fundamentales, entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales (11). Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los «principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto» (12). Como tales, en definitiva, ya lo contendrían todo. Sólo sería necesario concretarlos por medio de la ponderación:

«El ordenamiento jurídico en su conjunto está —en el nivel de las normas de principio con tendencia de optimización— ya contenido en la Constitución. Solamente le hace falta la concreción» (13).

Esto coincide exactamente con aquello que Forsthoff sarcásticamente denominó: la Constitución como un «huevo jurídico originario», «del que todo surge, desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros» (14, 15). La concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización conduciría entonces a un modelo de Constitución de fatales consecuencias. El Legislador perdería toda autonomía. Su actividad se agotaría en la mera definición de aquello que ya está decidido por la Constitución. El proceso político democrático perdería considerablemente su significado (16) y

(11) *Ibíd.*, págs. 168 y sigs.

(12) *Ibíd.*, pág. 188.

(13) *Ibíd.*, pág. 189.

(14) E. FORSTHOFF: *El Estado de la Sociedad Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pág. 242.

(15) N. T.: En la versión española del libro de Forsthoff, la expresión alemana «*juristisches Weltenei*» se traduce como «*huevo de Colón jurídico*». Sin embargo, esta traducción no parece demasiado apropiada, pues la expresión «*huevo de Colón*» indica «*lo sumamente fácil que a nadie se le había ocurrido*» (cfr. sobre este significado: M. SECO, O. ANDRÉS y G. RAMOS: *Diccionario del Español Actual*, Aguilar, Madrid, volumen II, 1999, pág. 2529). En un sentido muy diferente, la expresión «*juristisches Weltenei*» se refiere sarcásticamente a la idea de que la Constitución sea el huevo que da origen a todo el ordenamiento jurídico y que envuelve ya *in nuce* y *ab initio* el contenido de todas las normas que lo conforman (la Constitución como un microcosmos jurídico). Por esta razón, aquí utilizaremos la expresión «*huevo jurídico originario*».

(16) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen...», *op. cit.*, pág. 197.

«el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional —de la Jurisdicción Constitucional—» sería imparable (17):

«Cuando los derechos fundamentales representan normas de principio con tendencia a la optimización, el Tribunal Constitucional está obligado a dotarlos de validez y de contenido normativo» (18).

Como consecuencia, según Böckenförde, únicamente existe una alternativa: decidirse a favor de los derechos fundamentales como principios y, con ello, a favor del Estado jurisdiccional, o decidirse a favor de la reducción de los derechos fundamentales a los clásicos derechos de defensa y, de este modo, a favor del Estado de legislación parlamentaria (19). La pregunta es si verdaderamente sólo existen esas dos posibilidades.

II. ORDEN FUNDAMENTAL Y ORDEN MARCO

La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Böckenförde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental. La disyuntiva entre el orden marco y el orden fundamental juega un papel central en la controversia sobre la teoría de los principios. Es preciso advertir desde ahora que el concepto de orden marco se ha convertido en algo así como una bandera común de los más diversos opositores a la idea de optimización. Desde esta perspectiva, la teoría de los principios se adscribiría al concepto opuesto, es decir, al de orden fundamental. De acuerdo con Böckenförde, una Constitución es un «orden jurídico fundamental del ente social», si «todos los principios jurídicos y las posibilidades de equilibrio para la configuración del orden jurídico ya están contenidos in nuce en ella» (20). Esto coincide con la idea de la Constitución como un «huevo jurídico originario» de Forsthoff y permite reproducir, de manera imprecisa pero acertada, el enemigo común contra el que luchan los valedores de la idea de orden marco.

(17) *Ibidem*, pág. 190.

(18) *Ibidem*, pág. 196.

(19) *Ibidem*, págs. 198 y sigs.

(20) *Ibidem*, pág. 198.

La teoría de los principios es una víctima fácil, si se examina a partir de este fundamento. Si la teoría de los principios llevara consigo necesariamente a una Constitución que ya contuviera todo el ordenamiento jurídico, el Legislador estaría condenado sólo a declarar, bajo vigilancia de la Jurisdicción, aquello que ya habría sido decidido por la Constitución. Por consiguiente, a causa de una «presión constitucional de optimización», se eliminaría completamente la «libertad de configuración política del Legislador» (21). Este hecho sería incompatible a todas luces con los principios del parlamentarismo democrático y de división de poderes. Estos principios exigen que el Legislador legitimado democráticamente tenga una importante participación autónoma en la configuración del ordenamiento jurídico, desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo.

Lo anterior suscita el interrogante de si la teoría de los principios implica necesariamente en realidad un orden fundamental, en el sentido de Böckenförde, que elimine por completo la libertad legislativa. La respuesta a esta pregunta depende de los conceptos de orden marco y orden fundamental. A continuación, trataremos en primer lugar el concepto de orden marco.

1. *El concepto de orden marco*

El concepto de orden marco debe ser diferenciado de los criterios para determinar su contenido. Para la determinación del contenido del orden marco se proponen muy diversos criterios. Aquí consideraremos tres diversas concepciones de estos criterios. El primero es el orden marco de Böckenförde. Éste debe conformarse mediante la eliminación de las nuevas funciones de los derechos fundamentales, como la eficacia horizontal o frente a terceros y la de ser fuente de deberes de protección a cargo del Estado, y mediante el regreso al entendimiento de estos derechos como clásicos derechos de defensa frente al poder estatal (22). Esta versión puede denominarse como la reducción liberal de la Constitución. Ahora bien, Hain pertenece a aquellos que se sienten intimidados por una decisión sustancial de este tipo. Este autor deja subsistir en cambio todas las dimensiones de los derechos fundamentales para reducirlas luego en conjunto a un «estándar mínimo» (23). La posición de Hain puede ser descrita

(21) C. STARCK: «Rezension: Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts», *Der Staat*, núm. 32, 1993, págs. 475 y sigs.

(22) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen...», *op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(23) Cfr. K.-E. HAIN: *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Nomos, Baden-Baden, págs. 32, y 188 y sigs.

como una general reducción material de la Constitución. Por último, aparece el modelo de la reducción metodológica de la Constitución, propuesto por Jestaedt. Este modelo se caracteriza por su especial radicalismo. Según esta tercera variante, sólo debe pertenecer a la Constitución aquello que empíricamente puede ser definido como la voluntad histórica del Constituyente (24).

Es preciso diferenciar este tipo de criterios para la determinación del contenido de una Constitución como orden marco, del concepto de orden marco como tal. Este último concepto permanece idéntico en todas las concepciones del marco y es, en esta medida, de carácter formal. Por razones de simplicidad, aquí sólo se considerará la relación entre la Constitución y la legislación. En este ámbito puede diferenciarse entre tres constelaciones fundamentales.

En la primera constelación, la Constitución no contiene en absoluto mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del Legislador. Mientras se sujete a las prescripciones constitucionales de competencia, procedimiento y forma, al Legislador se le permite todo y está habilitado para todo. Éste es el modelo puramente procedimental de Constitución (25), en el cual, por definición, ésta no se presenta como un orden material. Las competencias del Legislador son ilimitadas desde el punto de vista material. Consecuentemente, si se denomina margen de acción (26) al conjunto integrado por las decisiones que el Legislador puede adoptar, necesariamente deberá concluirse que la afirmación de que la Constitución no representa un marco material es equivalente a la afirmación de que el margen de acción del Legislador es ilimitado desde el punto de vista material.

El modelo puramente procedimental es incompatible con la vinculación jurídica del Legislador a los derechos fundamentales, porque el propio modelo se define precisamente mediante la negación de cualquier tipo de vinculación jurídico-material, como lo es la que se deriva de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva de un escéptico radical frente a la ponderación, la concepción de los derechos fundamentales como principios produciría una nega-

(24) M. JESTAEDT: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, págs. 337, y 361 y sigs.

(25) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 503.

(26) N. T.: En la traducción castellana de la *Teoría de los derechos fundamentales*, el término germano «*Spielraum*» es traducido con el concepto «*campo de acción*», y no como «*margen de acción*». En este epílogo se utilizará esta última posibilidad de traducción por ser, en el español común, mucho más cercana a la idea de un ámbito de apreciación, de decisión y de acción. En este mismo sentido, más adelante se hablará de margen de acción epistémico o cognitivo, margen de acción estructural, y margen para la ponderación, y no de «*campo de acción cognitivo*», «*campo de acción estructural*» y «*campo de acción para la ponderación*» (cfr. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pág. 449).

ción semejante de toda vinculación jurídico material. El escepticismo radical frente a la ponderación se define como la aceptación de que, cualquiera que sea el resultado de la ponderación, éste siempre debe ser considerado como un resultado legítimo. Si los derechos fundamentales, en cuanto objetos ponderables, no excluyen ningún resultado, no pueden ser vinculantes. Estos derechos no son capaces de trazar límites al Legislador y, por esta razón, tampoco pueden constituir un marco. Desde el punto de vista del escepticismo radical frente a la ponderación, de lo único de que son capaces los derechos fundamentales es de producir la apariencia de que existe un marco. Un Tribunal Constitucional puede utilizar esta circunstancia para encubrir el carácter decisionista de sus sentencias. Desde esta perspectiva, el Legislador no está vinculado a la Constitución, sino más bien está a merced del Tribunal Constitucional. Desde luego, no existirían razones legítimas que respaldaran dicha sujeción del Legislador.

El escepticismo radical frente a la ponderación sólo ha sido defendido muy rara vez con todas sus implicaciones. Sin embargo, sus argumentos resuenan frecuentemente. Esto sucede, por ejemplo, en la tesis de Habermas acerca de la inexistencia de medidas racionales para la ponderación y su imagen del derrumbamiento de la barrera cortafuegos que constituyen los derechos fundamentales (27). Con ello se plantea una primera pregunta a la teoría de los derechos fundamentales como principios, relativa al tema del orden marco: ¿tiene la teoría de los principios capacidad para establecer de manera racional un marco al Legislador?

La contrapartida al modelo puramente procedimental es el modelo puramente material de Constitución. En este modelo la Constitución contiene un mandato o una prohibición para cada decisión imaginable del Legislador. Se trata de una Constitución como un «huevo jurídico originario», tal como la describió Forsthoff. Bajo su imperio no existe ninguna regulación legislativa que el Legislador pueda o no libremente emitir. De este modo, se elimina todo margen de acción legislativa. Qué duda cabe de que una supresión semejante de todo margen de acción contradice el principio de la competencia de decisión atribuida al Legislador democráticamente legitimado. Si fuera atinada la objeción de Böckenförde de que la teoría de los principios conduce a la eliminación de toda competencia autónoma de decisión del Legislador, la teoría de los principios habría sido herida en el corazón.

En la discusión sobre el modelo puramente procedimental se planteó la pregunta de si la teoría de los principios está capacitada para establecer ciertas prohibiciones al Legislador, es decir, de si está en condiciones de establecerle

(27) J. HABERMAS: *Facticidad y Validez...*, op. cit., págs. 332 y 281.

un marco, entendido en el sentido de un límite. Ahora es preciso formular en segundo término la pregunta de si puede hacerlo sin suprimir todos los márgenes de acción legislativa. Esto sería posible si la teoría de los principios estuviera en condiciones de ordenar y prohibir algunas cosas al Legislador, y de no ordenarle ni prohibirle otras. Si algo no está ordenado ni prohibido, está permitido hacerlo u omitirlo. Si está permitido hacerlo u omitirlo, es discrecional (28). De este modo, el margen de acción del Legislador consiste exactamente en las alternativas que han sido confiadas a su discrecionalidad. Por esta razón, el margen de acción puede denominarse «espacio de discrecionalidad».

En la primera constelación se confiaba todo a la discrecionalidad del Legislador; esto corresponde al modelo puramente procedimental. En la segunda constelación, por el contrario, no se confiaba nada a su discrecionalidad; esto es expresión del modelo puramente material de Constitución. Pues bien, la tercera constelación consiste en que se confían algunas cosas a su discrecionalidad y otras no, es decir, hay ciertas cosas que están ordenadas o prohibidas. Esto corresponde al modelo material-procedimental (29).

La metáfora del marco puede ser precisada entonces de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Así, lo discrecional define el margen de acción del Legislador. Este margen de acción es de tipo estructural (30). Se podría hablar también de un margen de acción material, que se origina a partir de la estructura de las normas de la Constitución. Resulta decisivo el hecho de que su contorno se determina de acuerdo con lo que tiene validez jurídica en razón de las normas de la Constitución. El margen de acción estructural consiste entonces en aquello que, en razón de los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente.

Con base en esta definición puede diferenciarse entre el margen de acción estructural y el margen de acción epistémico o cognitivo. Un margen de acción epistémico no deriva de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa. Si se quiere afinar el planteamiento, puede decirse que el margen de acción epistémico deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución. Los límites de esta capacidad pueden ser tanto límites del conocimiento empírico, como lími-

(28) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 201.

(29) *Ibidem*, pág. 505.

(30) *Ibidem*, pág. 449.

tes del conocimiento normativo. Que la Constitución admita este tipo de márgenes de acción epistémicos depende del papel que juegan los principios formales, asunto que será discutido más adelante. Aquí interesa solamente la delimitación del margen de acción estructural en relación con el margen de acción epistémico.

El modelo del marco ha sido descrito hasta ahora con ayuda de los conceptos de mandato, prohibición y de lo discrecional. Esto también puede hacerse con ayuda de los conceptos de necesidad, imposibilidad y posibilidad. Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. Por lo tanto, el problema del marco se puede formular también como el problema de la existencia de un ámbito de lo constitucionalmente posible. Los adversarios de la tesis de la optimización opinan que la existencia de un ámbito semejante es incompatible con la idea de optimización.

2. *El concepto de orden fundamental*

Antes de enfrentar el problema de la compatibilidad entre la idea del marco y la optimización, es preciso aclarar el segundo concepto que forma parte del arsenal de los opositores de la teoría de los principios: el concepto de orden fundamental. Este concepto puede concebirse de manera cuantitativa o cualitativa. Una Constitución es un orden fundamental en sentido cuantitativo si no confía nada a la discrecionalidad del Legislador, es decir, si para todo tiene previsto un mandato o una prohibición. Esta es la idea de la Constitución como un «huevo jurídico originario», expuesta por Forsthoff, que no deja nada sin decidir, ni siquiera el asunto relativo a los termómetros para controlar la fiebre. Este concepto cuantitativo de orden fundamental es un concepto que verdaderamente se contrapone al concepto de orden marco (31). Es imposible que una Constitución sea al mismo tiempo un orden fundamental en sentido cuantitativo y un orden marco. Muy distinto es lo que ocurre en relación con el concepto cualitativo de orden fundamental. Una Constitución es un orden fundamental cualitativo o sustancial si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad. Este concepto de orden fundamental sí es compatible con el concepto de

(31) Junto a este concepto, existe un segundo concepto que verdaderamente se contrapone al de orden marco. Se trata del concepto de una Constitución que no decide nada desde el punto de vista material. Este concepto es correlativo al modelo puramente procedimental.

orden marco. Una Constitución puede decidir asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un orden marco. Según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución. La pregunta que se plantea es si estos postulados pueden ser satisfechos cuando se acepta que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios.

III. EL MARGEN DE ACCIÓN ESTRUCTURAL Y LA PONDERACIÓN

Lo que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben se enmarca dentro del margen de acción estructural del Legislador. Este margen de acción está mucho más exento de problemas que el margen de acción epistémico. No necesita ninguna fundamentación afirmar que el Legislador es libre para actuar cuando la Constitución no lo ha obligado a nada. En cambio, no es un asunto evidente afirmar que el Legislador es libre para actuar cuando se presentan problemas para reconocer si en realidad es libre para actuar. Esta circunstancia, por sí sola, justifica analizar el margen de acción estructural antes que el margen de acción epistémico.

Hay tres márgenes de acción estructural: el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación.

1. *El margen para la fijación de fines*

Frente a un derecho fundamental, el Legislador tiene un margen para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención, que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que sólo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones. En el primer supuesto, el Legislador puede decidir por sí mismo si interviene en el derecho fundamental, y en razón de qué fines, propósitos o principios lo hace (32). En el segundo supuesto, la Constitución

(32) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 130-133.

deja en manos del Legislador la decisión de hacer suyos los fines, propósitos o principios enunciados en la cláusula que establece la reserva de intervención, en caso de que quiera intervenir en el derecho fundamental.

El margen para la fijación de fines se muestra en su máxima expresión cuando el Legislador puede escoger por sí mismo los fines que justifican su intervención en un derecho fundamental. Como ejemplo de este tipo de fines, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se encuentran: «el mantenimiento y el fomento de la mano de obra» (33), y la participación de los empleadores en los costes del seguro de desempleo, cuando sus antiguos trabajadores no pueden encontrar un nuevo empleo por estar sujetos a la prohibición de competir con quien era su empleador (34). Un tercer ejemplo trata del «mantenimiento de una flota mercante alemana». El art. 27 LF prescribe: los barcos mercantes conformarán una flota mercante alemana. Esta prescripción podría interpretarse en el sentido de que el mantenimiento de una flota mercante alemana tiene «el rango de un bien constitucionalmente protegido». De ser así, estaría ordenado que el Legislador persiguiera este fin. En este caso, por lo tanto, éste no dispondría de un margen para la fijación de fines. El Tribunal Constitucional Federal deja abierta la pregunta de si el bien colectivo consistente en el mantenimiento de una flota mercante alemana es el objeto de un principio constitucional y se limita a constatar que, en todo caso, el Legislador «puede» (35) perseguir ese fin legítimamente. Como consecuencia, el mantenimiento de una flota mercante alemana es tratado como un fin que puede ser perseguido por el Legislador porque se encuadra dentro de su margen para la fijación de fines.

Los fines que se enmarcan dentro de este margen son generalmente bienes colectivos. Si un derecho individual es catalogado como razón para la restricción de un derecho fundamental, en los dos platillos de la balanza entran en juego principios constitucionales. En esta medida, en este supuesto no tendría relevancia el margen legislativo para la fijación de fines.

2. *El margen para la elección de medios*

El segundo margen de acción, o sea, el margen para la elección de medios, entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algu-

(33) BVerfGE 13, 97 (110).

(34) BVerfGE 99, 202 (212).

(35) BVerfGE 92, 26 (43).

nas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección (36). Este margen deriva de la estructura de los deberes positivos. Si está ordenado rescatar a un ahogado, y esto es posible de varias maneras: nadando, lanzándole un chaleco salvavidas o con ayuda de un bote, del deber de rescate no se sigue que las tres medidas deban ser adoptadas. Dicho deber se satisface si el rescate se consigue por alguna de las tres alternativas. Esta circunstancia no se presenta, en cambio, en el caso de los deberes negativos. La prohibición de matar incluye la prohibición de todas las acciones homicidas (37). Ahora bien, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen ningún efecto negativo o tienen algunos efectos negativos, pero estos no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen; o cuando los diversos medios se comportan negativamente en una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen (38). La decisión depende entonces de la práctica de distintas ponderaciones y de la posibilidad de identificar en qué medida los diversos medios favorecen o perjudican realmente a los principios que entran en juego. Esta circunstancia conduce a un nuevo problema relativo a los márgenes de acción legislativa. Se trata del margen estructural para la ponderación, del cual nos ocuparemos en seguida.

3. El margen para la ponderación

Una objeción frecuentemente aducida en contra de la teoría de los principios parte de la tesis de que la idea de optimización está ligada con la idea del punto más alto, y continúa con la afirmación de que esta idea excluye la existencia de un margen estructural para la ponderación. Así lo señala la crítica de Lerche, según la cual los principios, en cuanto mandatos de optimización, «estarían ligados al punto más alto posible, de acuerdo con las circunstancias (jurídicas y fácticas) dadas», y «de este modo estarían ligados *in nuce* a un punto

(36) Cfr. sobre este aspecto la BVerfGE 46, 160 (164 y sigs.).

(37) R. ALEXU: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 447.

(38) Cfr. sobre este aspecto: M. BOROWSKI: *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie - Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 140 y sigs.

ideal» (39). «En atención a sus contenidos, que se mueven en un amplio horizonte y que irremediamente están llamados a entrar en colisión», esta circunstancia se traduce en una «sujeción intensa y fundamental del Legislador al punto de lo máximo que se pueda alcanzar». El Legislador carecería entonces de «legitimación interna» (40). Muy similar es la opinión de Scherzberg. Los derechos fundamentales, como mandatos de optimización, «sólo admiten aquellas soluciones para las colisiones que representen la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados». En razón de la estructura normativa, esta circunstancia excluye —abstracción hecha de raras excepciones— «la existencia de un margen de decisión» (41).

La tesis del punto máximo desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta. Si a esta idea se suma que, a causa de la existencia del derecho general de libertad y del principio general de igualdad, así como de su efecto expansivo, el ámbito de los principios iusfundamentales se expande ilimitadamente a todo el sistema jurídico, entonces se hace evidente que la objeción del punto máximo no es nada distinto a una variante especial de la crítica de la Constitución como un «huevo jurídico originario» de Forsthoﬀ, relacionada con la idea de optimización.

Que la objeción del punto máximo sea acertada depende de lo que deba entenderse por «optimización», según la teoría de los principios. Este aspecto se desprende de la definición de principio. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Una de las tesis fundamentales expuestas en la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, es que esa definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad (42). Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios. Consiguientemente, el interrogante de si la optimización es incompatible con el carácter marco de la Constitución es equivalente al interrogante de si el principio de proporcionalidad lo es. Para responder esta pregunta debe prestarse atención sumariamente a los subprincipios de idoneidad y de necesidad.

(39) P. LERCHE: «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?», en AA.VV. (J. BURMEISTER, ed.), *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Beck, Munich, 1997, pág. 205.

(40) *Ibidem*, págs. 205 y sigs.

(41) A. SCHERZBERG: *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlín, 1989, pág. 174.

(42) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 111-115.

a) *Idoneidad y necesidad*

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas. La idea tiene muy poco que ver con un «punto máximo». Esto puede ilustrarse con dos casos. En el primero se trata de la idoneidad. Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el «conocimiento técnico profesional indispensable» para ejercer la actividad comercial de que se tratara. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran los conocimientos como comerciante (43). El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF. Su fundamentación se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud (44). En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.

Esta argumentación expresa la idea de optimización. Hay dos principios en juego: el de libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio,

(43) BVerfGE 19, 330 (332 y sigs.)

(44) BVerfGE 19, 330 (338 y sigs.)

si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas. No se trata de nada distinto a una manera de expresar la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore (45).

Este ejemplo elemental muestra que no se puede optimizar sin plantear la pregunta implícita en el subprincipio de idoneidad. Asimismo, el ejemplo muestra que el aspecto de la optimización que subyace al subprincipio de idoneidad no consiste en navegar hacia un punto máximo. El subprincipio de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esta razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo.

Algo similar puede afirmarse válidamente sobre el subprincipio de necesidad. Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. En relación con este subprincipio puede analizarse también un ejemplo que versa sobre una colisión entre la libertad de profesión y oficio y la protección de los consumidores. Una ordenanza del Ministerio federal para la juventud, la familia y la salud establecía la prohibición de que circularan en el mercado dulces y confites que, si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado y, por lo tanto, no fueran productos de chocolate que cumplieran todas las exigencias. El fin de esa ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores a la hora de comprar este tipo de productos. El Tribunal Constitucional Federal consideró que una prohibición de circulación semejante sí era idónea para proteger a los consumidores. Si una mercancía no puede ser introducida en el comercio disminuye el peligro de que sea comprada por equivocación. Sin embargo, la prohibición de tráfico no era necesaria, porque existía un medio igualmente idóneo pero menos restrictivo. Se trataba del deber de marcar y etiquetar estos productos, que podía prevenir el peligro de confusiones y equivocaciones «de una manera igualmente eficaz, pero menos gravosa» (46).

Aquí también puede reconocerse claramente la idea de optimización. El principio de protección de los consumidores (P2) se realiza mediante el deber de marcar y etiquetar los productos (M1), en una medida equivalente a aquella en que se satisface mediante la prohibición de circulación en el mercado (M2).

(45) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 163 y sigs.

(46) BVerfGE 53, 135 (146).

Entonces, para P2 es igual si se adopta M1 o M2. Esto no ocurre, en cambio, en relación con la libertad de profesión y oficio (P1). M2 interviene de una manera sustancialmente más intensa en P1 que M1. Desde la perspectiva de las posibilidades fácticas (M1 o M2), P1 puede ser realizado en una mayor medida por medio de la elección de M1 que con la de M2, sin que con ello se produzcan costes para P2. Por consiguiente, la optimización de P1 o P2 prohíbe que M2 sea adoptado.

En este sentido, el subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra. Al igual que ocurre con el subprincipio de idoneidad, mediante este subprincipio se lleva a cabo una selección de medios. Al Legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales.

Naturalmente, el examen de idoneidad y de necesidad no es siempre tan fácil como en estos dos casos analizados. Esta circunstancia se debe a múltiples causas, entre las cuales dos merecen una especial mención. La primera de ellas es que la idoneidad y la necesidad consisten en relaciones medio/fin, cuyo enjuiciamiento supone frecuentemente problemas de pronósticos muy complicados. En 1994 el Tribunal Constitucional Federal tuvo que decidir si la sanción penal de la producción, el comercio, la divulgación y la adquisición de productos del cannabis era compatible con el derecho general de libertad (art. 2.1 LF) y con la libertad de la persona (art. 2.2 apartado 1 LF). En este asunto se planteaba la pregunta de si una liberalización del cannabis, como un medio más benigno para la libertad, podía conjurar los peligros que dicha droga y su comercio ilegal originan, en igual o mayor medida que la sanción penal. La tesis de que no se dispone de «conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa» constituye la base de la respuesta del Tribunal (47). En esta situación, la decisión del Legislador a favor de la sanción penal debe ser admitida:

«Entonces el Legislador ostenta la prerrogativa de apreciación y de decisión para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para alcanzar el fin legislativo» (48).

(47) BVerfGE 90, 145 (182 y sigs.).

(48) BVerfGE 90, 145 (183).

Este ejemplo muestra el importante papel que le puede corresponder al margen de acción epistémico en los exámenes de idoneidad y de necesidad. El reconocimiento de la competencia del Legislador para la apreciación de fenómenos empíricos es equivalente, en cuanto al resultado, al reconocimiento de la competencia para restringir los derechos fundamentales (49). La pregunta de si puede justificarse, y en qué medida, la existencia de un margen de apreciación semejante, no pertenece al contexto de los márgenes de acción estructurales, sino al de los márgenes de acción cognitivos. Estos últimos son esencialmente un problema de los principios formales, que serán tratados más adelante.

El problema del margen de acción epistémico aparece tanto en lo concerniente a la idoneidad como a la necesidad. Ahora bien, la segunda causa para que la estructura del examen implícito en estos subprincipios, simple en sí misma, se vuelva compleja afecta sólo a la necesidad. Dicha causa radica en la posibilidad de que existan constelaciones en las que no sólo sean relevantes dos, sino más de dos —o sea, mínimo tres— principios. Frecuentemente aparecen medios más benignos con el derecho fundamental afectado, que a su vez favorecen efectivamente en igual medida el fin perseguido por el Legislador, pero que también implican la desventaja de restringir un tercer principio o fin. Un ejemplo de este fenómeno lo ofrece la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal en la que se trataba de la prohibición de que los contratistas dejaran a cargo de las obras de construcción a trabajadores dedicados a este oficio. Esta práctica conducía a la violación de numerosas prescripciones laborales, sociales, económicas y tributarias. No obstante, también había contratistas que efectuaban esta práctica, pero que observaban esas prescripciones específicas. Estos últimos aducían que la completa prohibición de su actividad no era necesaria, porque el fin legislativo, es decir, la lucha contra las prácticas ilegales, podía alcanzarse por un medio más benigno. Únicamente era preciso organizar controles efectivos sobre las obras de construcción. De esta manera, se podría respetar el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio y, al mismo tiempo, se podría alcanzar el fin del Legislador. Resultaría obligatorio someterse a este argumento si la decisión sólo dependiera de la libertad de profesión y oficio (P1) y de la lucha contra las prácticas ilegales (P2), y además, si se supone que el control (M1) y la prohibición (M2) tienen una eficacia equivalente. En este caso, estaría prohibido adoptar la prohibición (M2). Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal introduce en el análisis un tercer principio: el uso adecuado de los recursos públicos (P3) desde el punto de vista económico. El particular no puede esperar que, a fin de evitar intervenciones en los dere-

(49) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 453 y sigs.

chos fundamentales, «los recursos públicos, disponibles sólo en una cantidad limitada, sean utilizados más allá de la medida razonable esperada por la sociedad, para formar un cuerpo de funcionarios competentes cuya finalidad sea luchar contra dichas irregularidades» (50). Con esta nueva circunstancia, la constelación sufre un cambio fundamental. La pregunta de si debe adoptarse M1 en lugar de M2 ya no puede decidirse solamente en la relación entre P1 y P2. P2 es neutral en relación con las alternativas M1 o M2 y, por consiguiente, queda fuera de juego desde la perspectiva de la elección entre estas dos posibilidades, porque P2 sólo exige que se adopte M1 o M2. La pregunta acerca de esta elección se resuelve definitivamente en la relación entre P1 y P3. El interrogante es: ¿admite la Constitución en este caso una intervención relativamente intensa en el derecho fundamental (M2), para que los recursos públicos no sean sobrecargados en demasía, o por el contrario, exige una afectación mucho más alta de los recursos públicos, para que el fin de luchar contra las prácticas ilegales (P2) pueda realizarse mediante una intervención relativamente menor del derecho fundamental (M1)? Con esta pregunta se abandona el ámbito de la optimización relativo a las posibilidades fácticas. Se pasa al terreno de la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas. La pregunta es si P2 y P3 justifican conjuntamente la intervención relativamente intensa en P1 que la prohibición (M1) representa. Este es un problema de ponderación, con el que se entra en el tercer escalón del principio de proporcionalidad.

b) *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

En cuanto mandatos de optimización, los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas. Estas últimas se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (51).

(50) BVerfGE 77, 84 (110 y sigs.)

(51) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 161.

De este manera se expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación.

La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

La objeción de Habermas en contra de la teoría de los principios estaría esencialmente justificada, si no fuera posible emitir juicios racionales, en primer lugar, sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales; en segundo lugar, sobre los grados de importancia de la satisfacción de los principios; y, en tercer lugar, sobre la relación que existe entre lo uno y lo otro. Los derechos fundamentales, en cuanto principios, admitirían en definitiva todo —con la salvedad de la selección de medios ilegítimos que se lleva a cabo mediante los subprincipios de idoneidad y de necesidad—. De este modo, no habría un marco, porque no existirían límites. Por el contrario, la objeción de Böckenförde estaría esencialmente justificada, si la ponderación exigiera siempre una decisión exacta del Legislador, es decir, si no existieran márgenes estructurales para la ponderación. Como quiera que sólo tiene sentido hablar de marco y de margen de acción cuando es posible que exista un límite de algún tipo, primero debe abordarse el problema planteado por Habermas. Si la tesis de que la ponderación carece de «medidas racionales» (52) se interpreta literalmente, debe llegarse a la conclusión de que mediante la ponderación no puede establecerse un resultado de forma racional en ningún caso. A esta tesis pueden oponerse dos tesis contrarias, una radical y una moderada. La tesis radical señala que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos. La teoría de los principios no ha defendido nunca esta tesis y, por el contrario, siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado (53). Con ello, todo confluye a la tesis moderada. Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada.

(52) J. HABERMAS: *Facticidad y Validez...*, op. cit., págs. 332 y 281.

(53) Cfr. R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 157. En el mismo sentido, las págs. 133-134, 164, 519-520, 523, 525, 548, 550 y 552-553.

Es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de este tipo, leves y graves, pueden colocarse otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». Nuestro ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. Para ello, basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.

La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que jueguen en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de colocar advertencias en los productos derivados del tabaco es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, «de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual», que fumar origina cáncer, así como enfermedades cardiovasculares (54). De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de colocar advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, garantizada por el art. 12.1 LF. Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser

(54) BVerfGE 95, 173 (184).

catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado «evidente» (55).

Alguien podría opinar que este ejemplo no dice mucho. De un lado, se trata de actividades económicas. En este ámbito es fácil hacer escalas, porque el desarrollo de dichas actividades se fundamenta, en definitiva, en especulaciones acerca de costes. Del otro lado, se trata de la vida y de la muerte. Si se puede acreditar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no es difícil efectuar una ordenación en el antes mencionado ámbito de la importancia y fundamentarlo en hechos cuantificables. Sin embargo, esto no podría extrapolarse a otros ámbitos, en los que los factores cuantificables como los costes y las probabilidades no jueguen ningún papel o su papel no sea tan relevante.

Para desvirtuar esa objeción debe analizarse un caso en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La popular revista satírica *Titanic* llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, «tullido», a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista *Titanic*, en razón de una demanda interpuesta por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista *Titanic* interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una «ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto» (56), entre la libertad de expresión de la revista implicada (art. 5.1, apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (art. 2.1 LF en conexión con el art. 1.1. LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como «dura», es decir, como una intervención grave en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento (57). Paralelamente, el apelativo de «asesino nato» fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista *Titanic*. Esta publicación se refería de ordinario a muchas personas de una manera «ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería», tal como ocurre con la expresión *nato*; lo

(55) BVerfGE 95, 173 (187).

(56) BVerfGE 86, 1 (11).

(57) BVerfGE 86, 1 (10).

mismo sucedió con el Presidente Federal de aquél entonces, Richard von Weizsäcker, que fue llamado «ciudadano nato» (58). Este contexto excluye entrever en este apelativo una «vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor» (59). Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad media, e incluso tal vez sólo una intensidad leve. Esto es correlativo a una importancia media y quizás sólo leve de la protección del derecho al honor del oficial de la reserva, protección que se logra por medio de la indemnización. La primera parte de la Sentencia se determinó de acuerdo con estos rangos. Para que la condena a la indemnización, en cuanto intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, estuviera justificada, sería necesario que la afectación del derecho al honor, compensada mediante la indemnización, fuera en todo caso por lo menos una afectación grave. Según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal ello no era así. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva «asesino nato» no podía sancionarse con una indemnización.

Sin embargo, el asunto debía adoptar un tono distinto en lo concerniente al apelativo de «tullido». Este apelativo vulnera «gravemente el derecho al honor» (60) de este oficial de la reserva, que era parapléjico. Esto quiere decir que, desde este punto de vista, la importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización es grande. Esta apreciación se fundamenta de la siguiente manera: llamar «tullido» a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como «una humillación» y expresa una «falta de respeto». De este modo, frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un «error en la ponderación en contra de la libertad de expresión» (61). Por lo tanto, el recurso de amparo de la revista *Titanic* fue estimado sólo en cuanto a que se impuso una indemnización por el apelativo de «asesino nato». En lo concerniente al apelativo de «tullido», se consideró carente de fundamento (62).

Puede ser discutible si el apelativo de «asesino nato» realmente representa sólo una intervención media o leve en el derecho al honor. A este tipo de dudas

(58) BVerfGE 86, 1 (11).

(59) BVerfGE 86, 1 (12).

(60) BVerfGE 86, 1 (13).

(61) *Ibidem*.

(62) BVerfGE 86, 1 (14).

habrá que referirse a propósito de los principios formales. Aquí sólo es significativo destacar que apenas caben dudas de que tanto imponer una indemnización, como llamar «tullido» a un minusválido afectan de una manera intensa los respectivos principios de libertad de expresión y del derecho al honor.

Ahora bien, en lo concerniente a la persona gravemente impedida, es posible elaborar una calificación más refinada, sobre la base de las consideraciones del Tribunal. El Tribunal Constitucional Federal consideró atinadamente que llamar «tullido» a un parapléjico implicaba una humillación y una falta de respeto. Una humillación pública y una falta de respeto semejantes afectan a la dignidad del afectado. No se trata entonces, simplemente, de una afectación grave, sino de una afectación muy grave o extraordinariamente grave. Con ello se entra en un ámbito en el que una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención. Esta circunstancia está en correspondencia con la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución (63). Esta ley constituye la barrera cortafuegos que Habermas echa en falta en la teoría de los principios. Por lo tanto, el caso *Titanic* no sólo constituye un ejemplo de que también es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en que entran en juego bienes inmateriales como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras.

Las Sentencias sobre el tabaco y sobre el caso *Titanic* muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Desde luego, en estos juicios se presuponen medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de ponderación. Así, por ejemplo, en la consideración de que la condena impuesta a la revista *Titanic* a pagar una indemnización representa una intervención grave en la libertad de expresión, hay implícitas algunas estimaciones de lo que es peligroso para la libertad de expresión. Del otro lado de la balanza, el juicio según el cual el apelativo de «tullido» constituye una intervención grave en el derecho al honor implica algunas estimaciones acerca de lo que significa el honor de una persona y sobre lo que significa tener dignidad. Con todo, esta circunstancia no significa, para utilizar las palabras de Habermas,

(63) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 162.

que la ponderación se aplique «de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado» (64). Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias. Existen razones plausibles que las respaldan. Asimismo, cabe dudar de que dichas estimaciones hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal «de forma irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado». Los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes. Sólo estaría justificado hablar aquí de estándares acostumbrados si el sentido de la decisión proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación «irreflexiva» si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones. Sin embargo, aquí no hay una carencia de argumentación. Todas estas consideraciones también pueden ser aplicadas válidamente a la Sentencia del tabaco.

Las dos Sentencias demuestran que sí existen casos en los cuales pueden establecerse límites a la actuación estatal de forma racional con ayuda de la ley de ponderación. Así se desvirtúa la tesis de que la ponderación admite en definitiva cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales. En este sentido, la ley de ponderación se mantiene firme frente a las objeciones de Habermas. Ahora hay que pasar a la pregunta de si también lo logra frente a las objeciones de Böckenförde. Esto presupone que dicha ley sea compatible en una medida aceptable con los márgenes de acción legislativa. Para responder a la cuestión de los márgenes de acción en el ámbito de aplicación de la ley de ponderación es preciso observar con detenimiento el sistema que subyace a la escala de rangos de intensidades analizada hasta el momento. Todos los rangos conforman un modelo triádico o de tres rangos. Los tres rangos pueden designarse con las expresiones «leve», «medio» y «grave». Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras «l», «m» y «g». «l» no sólo representa la expresión «leve» del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como «reducido» o «débil», y «g», junto a «grave», también representa términos como «elevado» o «fuerte».

Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m*, o *g*. En lugar de «grado de la no satisfacción o de la afectación» puede también hablarse de «intensidad de la intervención». Si se uti-

(64) J. HABERMAS: *Facticidad y Validez...*, op. cit., págs. 332 y 281.

liza «*Pi*» como variable para el principio cuya vulneración se examina, entonces la intensidad de la intervención en *Pi* puede denotarse como «*IPi*». Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Por esta razón, la intensidad de la intervención es una magnitud concreta. Como tal, se distingue del peso abstracto de *Pi*. Por razones de claridad, es importante especificar si se está hablando de una magnitud abstracta o concreta. Si se trata de *IPi*, esto no resulta necesario, porque las intensidades de las intervenciones son necesariamente concretas. Sin embargo, no resulta perjudicial hacer explícito el carácter concreto de *IPi*, agregando la especificación «*C*». «*C*» expresa las circunstancias del caso, relevantes para la decisión. «*C*» juega un papel central en la ley de colisión (65). A fin de hacer explícita esta relación, debe utilizarse «*IPiC*» para denotar la intensidad de la intervención (*I*) en *Pi* en el caso (*C*), que debe ser decidido.

La segunda magnitud de la ley de ponderación es la importancia de la satisfacción del otro principio. A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta. Es posible construir un concepto de importancia que esté integrado por una magnitud concreta y una abstracta. De este modo, por ejemplo, la vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto. Que un concepto integrado de importancia como éste sea inteligible no es, sin duda, una razón en contra de que sus elementos puedan ser diferenciados, y ello por razones analíticas. A esto se agrega que cuando los pesos abstractos son diversos juegan en la ponderación un papel influyente para la decisión. Si dichos pesos son iguales, lo cual ocurre muy frecuentemente en las colisiones entre derechos fundamentales, la decisión sólo depende de los pesos concretos. De este modo, es imprescindible elaborar un concepto de importancia concreta. Este concepto se obtiene si se establece que «*W*» representa la importancia, «*Pj*» el principio y «*C*» el hecho de que se trata de la importancia en el caso concreto que debe ser decidido. Entonces, la importancia concreta de «*Pj*» puede ser denotada como «*WPjC*».

Sin duda alguna, con lo anterior todavía no se ha respondido a la pregunta de cuál es la importancia concreta de *Pj*. Sólo se ha establecido que dicha importancia depende de las circunstancias del caso concreto. Los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida exami-

(65) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 94-95.

nada y las consecuencias que su ejecución y su no ejecución tienen para los principios implicados. La no ejecución pertenece a estos elementos, porque con la decisión se trata de establecer si la medida está permitida o prohibida por los derechos fundamentales, y la prohibición es correlativa a la circunstancia de que la medida deba ser omitida. Lo que este hecho significa puede ilustrarse con ayuda del caso *Titanic*. Para este efecto, únicamente debe considerarse el calificativo de «tullido», dirigido al oficial de la reserva parapléjico. A fin de determinar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión debe preguntarse simplemente en qué intensidad interviene en la libertad de expresión la prohibición de ese calificativo, junto con la imposición de la indemnización. Este es el sacrificio que la Constitución exige a ese derecho fundamental cuando permite que se prohíba ese calificativo, como lo establece la Sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf, al imponer la indemnización. Para determinar la importancia de la satisfacción del principio del derecho al honor, debe preguntarse ahora, en sentido contrario, que significaría para el derecho al honor si la intervención en la libertad de expresión fuera omitida o no fuera ejecutada, es decir, si el apelativo de «tullido» fuera catalogado como permitido y, como consecuencia, no se condenara al pago de la indemnización. Con ello no se trata de algo distinto que de los costes que se originan para la protección del honor, a partir de la protección de la libertad de expresión. La importancia del principio de protección del honor en el caso *Titanic* resulta entonces del cálculo sobre cuán intensa sería la intervención en el derecho al honor del oficial de la reserva de no llevarse a cabo una intervención en la libertad de expresión de *Titanic*. Esto puede generalizarse y expresarse mediante la siguiente fórmula: la importancia concreta de P_j se mide según el grado de intensidad en la intervención en P_j que la no intervención en P_i produzca.

Ahora podría preguntarse por qué de cara a esa fórmula todavía se habla de la «importancia» concreta de P_j . Éste es un problema terminológico. En la práctica sería posible hablar simplemente de la intensidad de la intervención, en este caso, de la intensidad de la intervención que origina la no intervención en P_i , también en relación con P_j . De este modo se plantea el interrogante de qué terminología es apropiada. Los análisis jurídicos deben penetrar en su objeto tan profundamente como sea posible y no deben dejarse intimidar por las estructuras más complejas. Sin embargo, una vez se ha hecho el trabajo analítico, el jurista tiene que regresar a la superficie y tiene que comunicar sus conocimientos con las palabras más fáciles y confiables que sea posible. Desde este punto de vista, el concepto de importancia concreta del principio contrario parece idóneo para abarcar el contenido del concepto de intensidad de la intervención mediante la no intervención y para asociarlo con intuiciones de uso común bien fundamentadas. Como consecuencia, en adelante, en la ley de pon-

deración debe hablarse de la importancia de la satisfacción del otro principio. Esto quiere decir que la contrapartida de «*IPiC*» es «*WPjC*».

De esta manera quedan establecidos cuáles son los objetos que deben ser valorados como *l*, *m* o *g*. Al enunciar la ley de ponderación se advirtió que la misma divide la ponderación en tres pasos. A partir de este momento, los dos primeros pasos pueden llevarse a cabo con ayuda de nuestro modelo triádico: la valoración de «*IPiC*» como *l*, *m* o *g* y la valoración de «*WPjC*» como *l*, *m* o *g*. La pregunta relevante es ahora cómo debe efectuarse el tercer paso, en el cual estas dos valoraciones se ponen en mutua relación. La respuesta es fácil si se observan las posibles constelaciones que permite el modelo triádico. Por una parte, se producen tres constelaciones en las que *Pi* adquiere precedencia:

- (1) «*IPiC*»: *g*/«*WPjC*»: *l*.
- (2) «*IPiC*»: *g*/«*WPjC*»: *m*.
- (3) «*IPiC*»: *m*/«*WPjC*»: *l*.

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada (*PiPPj*) *C* (66), en el sentido de la ley de colisión. A estos tres casos de primacía de *Pi* son correlativos tres casos de primacía de *Pj*:

- (4) «*IPiC*»: *l*/«*WPjC*»: *g*.
- (5) «*IPiC*»: *m*/«*WPjC*»: *g*.
- (6) «*IPiC*»: *l*/«*WPjC*»: *m*.

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada (*PjPPi*) *C*. A estos seis casos, que pueden ser decididos mediante la escala triádica, se agregan tres casos de empate:

- (7) «*IPiC*»: *l*/«*WPjC*»: *l*.
- (8) «*IPiC*»: *m*/«*WPjC*»: *m*.
- (9) «*IPiC*»: *g*/«*WPjC*»: *g*.

La existencia de estos tres casos de empate en la ponderación origina la posibilidad de que exista un margen estructural para la ponderación. Con todo, para explicar este margen es necesario investigar un poco más acerca del modelo triádico.

Los tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sis-

(66) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 94-95.

tematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica. La catalogación de las intensidades de la intervención en el derecho fundamental y de los grados de importancia que tiene la satisfacción del principio contrario, mediante esta escala de tres rangos, difiere radicalmente del establecimiento de estas magnitudes por medio de una escala cardinal, como, por ejemplo, una escala de 0-1, y eso debe ser así porque las intensidades de la intervención y los grados de importancia no pueden ser medidos con ayuda de una escala de este tipo (67). La simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente ya presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede parecer imposible. Las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos y esto ni siquiera ocurre así en todos los casos. Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1. Lo que sí resulta posible, sin embargo, es presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas. En ese contexto puede enunciarse una fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera más breve, su peso concreto. Dicha fórmula señala:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

Esta fórmula complementa la ley de colisión y la ley de ponderación. Ella debe ser denominada «fórmula del peso» (68). El único signo de ella que aún

(67) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 156-157.

(68) La fórmula del peso incluye sólo magnitudes concretas. Por consiguiente, esta fórmula representa la situación en que el peso depende únicamente de dichas magnitudes. Como ya se advirtió, esto ocurre cuando los pesos abstractos de los principios implicados son iguales. Si estos difieren entre sí, entonces también deben ser incluidos en la fórmula. En lo sucesivo, el peso abstracto de P_i será denotado como « GP_{iA} » y el de P_j como « GP_{jA} ». Así, la fórmula del peso toma la siguiente forma:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA}}$$

Esta fórmula aclara por qué los pesos abstractos son superfluos cuando son iguales: se reducen mutuamente. Por tanto, la fórmula que no incluye los pesos abstractos no es una fórmula diferente a aquella que los incluye, sino la misma fórmula después de haber efectuado la reducción.

Una pregunta interesante es si en la fórmula del peso puede incorporarse objetos de manera acumulativa. Esta pregunta adquiere importancia cuando es posible aducir varios principios a fa-

no ha sido expuesto es « G ». « G » se refiere al peso concreto de P_i , es decir, al peso de P_i bajo las circunstancias del caso concreto (C). Al determinar el peso concreto como el cociente que se produce tras dividir la intensidad de la intervención en dicho principio entre la importancia de los principios contrarios, la fórmula del peso expresa que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esta relatividad se expresa mediante « $P_{i,j}$ ». El peso concreto de P_i es el peso concreto de P_i relativo a P_j . Ahora bien, únicamente es posible hablar de un cociente si puede disponerse de cantidades numéricas. Sin embargo, en la ponderación esto no ocurre en estricto sentido. Por lo tanto, realmente el peso concreto sólo puede ser definido como un cociente, en un modelo numérico mediante el cual se ilustre la estructura de la ponderación. En la argumentación jurídica, sólo por analogía puede trabajarse con cocientes. Con todo, esta analogía resulta sin duda instructiva.

Existen diferentes posibilidades para adscribir cantidades numéricas a los tres valores del modelo triádico. Es relativamente fácil, y al mismo tiempo altamente instructivo, tomar los valores 2.^o, 2¹ y 2², es decir, 1, 2, y 4 (69). A par-

vor de la intervención en un derecho fundamental. En este supuesto podría pensarse en la siguiente extensión de la fórmula del peso:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA + \dots WP_nC \cdot GP_nA}$$

Que esta ampliación sea adecuada depende de si la importancia de las razones que hablan a favor de la restricción crece aditivamente, a medida que dichas razones se incrementan. Aquí debe dejarse abierta esa pregunta.

(69) También podría pensarse en construir la escala de tres rangos mediante tres puntos en una escala de 0 a 1. Una posibilidad bastante sencilla consiste en dividir esta escala en tres partes y atribuir a l , m y g , respectivamente, la mitad de cada una de esas partes. Entonces, l tendría el valor de $1/6$, m el valor de $1/2$ y g el valor $5/6$. En este modelo, las diferencias entre l y m , por una parte, y entre m y g , por otra, serían iguales, y este hecho tendría ciertas consecuencias aritméticas. En la construcción de un *cociente*, dichas consecuencias originarían distorsiones inadmisibles. En los casos en que la intervención en P_i está justificada, estas distorsiones generan una impresión plausible. La serie de valores es aquí: $l/g = 1/5$, $l/m = 1/3$, $m/g = 3/5$. El hecho de que el valor de l/m sea menor que el de m/g , a pesar de que, por una parte, entre l y m , y, por otra, entre m y g , las distancias sean iguales, podría generar la impresión de que los principios se hacen más resistentes frente a las intervenciones de intensidad media que frente a las leves, o sea, que adquieren una fuerza mayor a medida que la intensidad de la intervención aumenta. Sin embargo, de ser esto correcto, algo correlativo también debería tener validez en relación con el fenómeno contrario, es decir, cuando P_i tiene prioridad. Sin embargo, en este punto la serie de valores es: $g/m = 5/3$, $m/l = 3$, $s/l = 5$. Según esto, P_i tiene un peso concreto más reducido ($5/3$) cuando se presenta una intervención intensa, correlativa a una importancia media del principio contrario, que cuando es una importancia de escasa intensidad la que justifica una intervención de mediana entidad (3). Esta circunstancia contradice la intuición de que la fuerza de los principios aumenta a

tir de esta base, l tiene el valor 1, m el valor 2 y g el valor 4. Entonces, el peso concreto de P_i ($G_{P_i,j}C$) se establece mediante la atribución a IP_iC y WP_jC , en la fórmula del peso, de los valores 1, 2 ó 4. La cifra que debe ser atribuida a cada magnitud se determina de acuerdo con la valoración, como leve, medio o grave, de la intensidad de la intervención y del grado de importancia. En los casos en que a P_i le corresponde la prioridad, tras haber introducido las cantidades numéricas, el peso concreto de P_i ($G_{P_i,j}C$) tiene los siguientes valores: $g/l = 4$, $g/m = 2$, $m/l = 2$. Esto es correlativo a la intuición de que un principio tiene un peso concreto especialmente elevado (4) si se le imponen intervenciones profundas (g), a causa de una razón relativamente poco importante (l). También se hace evidente en qué sentido el peso concreto es un peso relativo. El peso relativo disminuye (a 2) si la intervención profunda (g) se produce en razón de una importancia media de la satisfacción del principio contrario (m). El mismo valor (2) se obtiene en el caso de una intervención media (m), frente a la cual sólo puede ser aducida una razón de poca importancia (l).

En todos los supuestos en que P_i precede a P_j , el valor de P_i es mayor a 1. Si es inferior a 1, entonces P_j tiene precedencia. Los tres valores para el caso en que P_i no tiene primacía son los siguientes: $l/g = 1/4$, $m/g = 1/2$, $l/m = 1/2$. Aquí es aplicable, aunque obviamente en proporción inversa, todo lo dicho a propósito de los valores que resultan cuando P_i tiene primacía.

Ahora bien, los casos de empate son de particular interés a efectos de la cuestión relativa a los márgenes estructurales. En estos casos, el peso concreto de P_i es siempre el mismo. Esto expresa la idea de que los empates son equivalentes. La equivalencia que se presenta en el caso de empate es la razón que origina el margen estructural para la ponderación. Esto puede demostrarse mediante un ejemplo.

En este caso se trata de varios reportajes publicados por la revista *Stern* de Hamburgo, durante los años 1982 y 1983, sobre la mediación de la Abogacía del Estado de Bonn en un caso sobre financiación de un partido político por

medida que se acrecienta la intensidad de la intervención. Sólo es posible evitar estas distorsiones en los resultados aritméticos cuando se trabaja con *diferencias o restas* en vez de cocientes. Si se toma la serie $1/6$, $1/2$, $5/6$, cuando P_i no tiene prioridad, los valores que resultan de las restas son los siguientes: $l/m = -1/3$, $m/s = -1/3$, $l/s = -2/3$. Ahora bien, cuando P_i precede, aparece la siguiente serie: $s/m = 1/3$, $m/l = 1/3$, y $s/l = 2/3$. En caso de empate (l/l , m/m , s/s) el valor de la diferencia siempre es 0. Este modo de exponer la fórmula del peso tiene la ventaja de la sencillez. Sin embargo, su desventaja estriba en que no puede expresar que los principios adquieren mayor fuerza a medida que aumenta la intensidad de la intervención. Este resultado sí se consigue con una secuencia geométrica, como aquélla que fue utilizada en el texto. Agradezco a Luís Virgilio Afonso da Silva, Matthias Klatt y Hermann König sus interesantes comentarios sobre el problema de la adscripción de cantidades numéricas a l , m y g .

parte de un grupo empresarial (el «Flick-Spendenaffäre»). Estos reportajes incluían algunas citas textuales de las declaraciones de algunos testigos y de un imputado, así como de las alegaciones de la defensa, citas que habían sido extraídas del expediente procesal. Estas citas textuales aparecieron antes de que las actas fueran de conocimiento público. Esta conducta está sancionada por el § 353 d Nr. 3 del Código Penal con pena de prisión hasta de un año o con una multa. El Tribunal de Hamburgo, ante el cual fueron acusados los redactores responsables, consideró que esa disposición era inconstitucional porque no era suficientemente idónea para alcanzar el fin que con ella se proponía. Dicho Tribunal planteó la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional Federal identificó dos fines en la prescripción del § 353 d Nr. 3 del Código Penal: por una parte, la protección de los afectados por el proceso penal, que impone el derecho al honor del art. 2.2 LF, en conexión con el art. 1.1 LF, y que también se sigue de la presunción de inocencia del art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos; y, por otra parte, la protección de las partes procesales, que se sigue del principio de la imparcialidad del Juez, enunciado por los arts. 97 y 101 LF (70). El problema más importante de esa Sentencia consistía en que, según la disposición cuestionada, sólo era punible incluir citas literales de las actas de averiguación y no, en cambio, la publicación de un reportaje conocido que no estuviera apegado por completo a la literalidad del expediente procesal. El Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que, en el caso de los reportajes no literales, a causa de la autenticidad de las reproducciones literales del expediente que allí se incluyen, esas citas podrían poner en grave peligro los dos fines mencionados (71). Ciertamente, la protección que se hacía efectiva mediante la prohibición de reproducciones textuales era «incompleta», y por tanto «reducida» (72) y «poco eficaz» (73); sin embargo, ella también «restringía sólo en una medida reducida» las libertades de expresión y de prensa, garantizadas por el art. 5.1 LF, porque a la prensa le quedaba la posibilidad de informar sin hacer citas textuales (74). El Tribunal Constitucional Federal sintetizó el resultado de su examen de proporcionalidad en sentido estricto en una frase que puede interpretarse como una aplicación de la fórmula del peso con los valores *l/l*:

«Según ello (es decir, frente a la reducida intensidad de la intervención;

(70) BVerfGE 71, 206 (216 y sigs., 219).

(71) BVerfGE 71, 206 (216).

(72) BVerfGE 71, 206 (219).

(73) BVerfGE 71, 206 (221).

(74) BVerfGE 71, 206 (220).

R.A.) la restricción de las libertades del art. 5.1 LF no es desproporcionada en relación con aquello que se consigue mediante ella: la protección —ciertamente poco eficaz— de los bienes jurídicos del § 353 d Nr. 3 del Código Penal» (75).

En esta frase, las palabras «no desproporcionada» son especialmente significativas. El Tribunal no declara la constitucionalidad de la intervención en la libertad de prensa después de haber constatado que la importancia de la razón que fundamenta dicha intervención es mayor que la intensidad de ésta, sino que lo hace, más bien, una vez ha corroborado que existe una equivalencia, es decir, un empate *l/l*. La desproporción en sentido estricto aparece cuando la importancia concreta es menor que la intensidad de la intervención, o sea, en las constelaciones *g/l*, *g/m* y *m/l*. En este caso de lo que se trata es de que, si se presenta un empate *l/l*, al Legislador le está permitido no actuar. Dado que cuando se presenta esta constelación también le está permitido actuar si lo desea, entonces se debe aceptar que existe un margen de acción, entendido de acuerdo con la definición anteriormente expuesta, como un espacio de discrecionalidad en el que está permitido actuar o no actuar. Como quiera que este margen de acción se produce a causa de lo que tiene validez a partir de los derechos fundamentales, entonces se trata de un margen de acción estructural.

Ahora bien, en un segundo aspecto, esta Sentencia también es significativa para la teoría del margen de acción estructural cuando el Tribunal establece, en una anotación entre paréntesis anterior, que el Legislador era quien debía decidir si quería expedir otra regulación mejor o más justa (76). Una mejor solución para la protección del honor y para la integridad de la Administración de Justicia sólo podría consistir en una intervención más intensa en la libertad de prensa. Si llegara a la conclusión de que esta intervención debía tener una intensidad media, para poder ser constitucional, el grado de importancia de la protección efectiva tendría que alcanzar en todo caso también la escala media. Asimismo, una intervención más intensa sólo podría estar justificada si fuera correlativa a un grado de importancia de la protección efectiva que fuera equivalentemente elevado. Esto significa que el margen de acción estructural se desarrolla sobre la línea en que se presentan los diferentes empates.

Lo anterior muestra que debe diferenciarse entre dos aspectos del margen estructural para la ponderación. El primero se refiere al empate como tal. Si las razones para la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada. La Sentencia del caso *Stern* es un ejemplo de ello. Esta conclusión también tiene validez de manera correla-

(75) BVerfGE 71, 206 (221).

(76) BVerfGE 71, 206 (218).

tiva para lo contrario a la intervención, es decir, para la omisión en la protección. Si las razones para que la protección sea omitida son tan fuertes como las razones para otorgar la protección, la omisión de la protección no es desproporcionada. Esto implica que existen importantes márgenes de acción en el ámbito de la eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales (77). El segundo aspecto del margen estructural para la ponderación consiste en la equivalencia entre los empates que se presentan en los diferentes grados posibles. De este modo, la idea de un ámbito estructural para la ponderación se compone de dos ideas: la de igualdad en el empate y la de igualdad entre los empates. Con ello desde luego no se responde a todos los interrogantes, pero sí se hace explícito lo que se quiere expresar con la idea de un margen estructural para la ponderación.

Un adversario de la teoría de los principios podría aducir que el discurso de los empates en la ponderación es un truco, que únicamente es plausible cuando se aplica el modelo triádico, poco refinado de por sí. Esta circunstancia enmascararía el hecho de que en realidad no existen empates o existen sólo en casos muy remotos. Siempre existiría alguna pequeña diferencia o por lo menos una diferencia mínima entre el grado de intervención y la importancia concreta. Lo que en todo caso podría concederse es que, si en realidad existieran los empates, estos sólo se presentarían rara vez (78). La base de esta objeción estriba en que es posible elaborar órdenes más refinados que el modelo triádico. Este tipo de órdenes más refinados puede construirse con ayuda de una escala más refinada, o simplemente al plantear en el caso concreto la pregunta de si *IPiC* o *WPjC* es mayor, o de si ambos son iguales. Lo último sería sopesar estas magnitudes en el caso concreto, renunciando a cualquier tipo de escala de rangos. En primer lugar se examinará la posibilidad de trabajar con una escala más refinada.

Es muy fácil construir de manera plausible una escala más refinada sobre la base del modelo triádico. Sólo es necesario aplicar la misma escala a cada uno de los tres niveles. De esta manera se obtiene un modelo triádico doble de nueve niveles, que puede ser representado como sigue: (1) *ll*, (2) *lm*, (3) *lg*, (4) *ml*, (5) *mm*, (6) *mg*, (7) *gl*, (8) *gm*, (9) *gg*. Esta división expresa que no sólo existen simplemente intervenciones leves (*l*), medias (*m*) y graves (*g*), sino también muy graves (*gg*), medianamente graves (*gm*) y menos graves (*gl*), intervenciones de media intensidad que se sitúan en el límite superior (*mg*), en el ámbito medio (*mm*) y en el límite inferior (*ml*), e intervenciones leves que se

(77) Cfr. Sobre este aspecto la Sentencia BVerfGE 96, 56 (66), en la que el Tribunal Constitucional Federal habla, con una terminología atinada, de «*margen para la ponderación*».

(78) Cfr. A. SCHERZBERG: *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, op. cit., pág. 174.

ubican en un ámbito superior (*lg*) y medio (*lm*), así como intervenciones muy leves (*ll*) (79). Existen muchos casos en que estas diversas ordenaciones por grados son plausibles. Así, en el caso *Titanic*, la importancia de la protección del oficial de la reserva ante el hecho de haber sido llamado «tullido» podría catalogarse como muy importante (*gg*); y asimismo podría decirse que en este caso dicha protección se enfrenta con una intervención medianamente grave en la libertad de prensa (*gm*).

Desde luego, esta posibilidad de refinar la escala tiene límites. Ciertamente, el lindero de dichos límites en principio siempre puede desplazarse. Sin embargo, el sistema se haría rápidamente incomprensible. Por ejemplo, ¿qué debería entenderse por «grave pero medianamente leve»? Los nueve rangos son a veces ya muy difícilmente aplicables. La propia pregunta de si una intervención es leve o de intensidad media o grave, en el marco del modelo triádico simple, no es a veces tampoco fácil de responder. Por tanto, debe concluirse que la versión refinada de la escala puede resolver ciertamente algunos casos de empate, como muestra el caso *Titanic*. No obstante, a consecuencia de los problemas de aplicación, mayores a medida que la escala se vuelve más refinada, esta versión no puede suprimir en ningún caso todos los empates.

Aún resta el interrogante de si es posible suprimir radicalmente los empates al sopesar las magnitudes del caso concreto sin utilizar ningún tipo de escala de rangos. Si se admiten sólo las relaciones de primacía, su contrario, es decir, las de inferioridad, así como las de equivalencia, resulta un modelo en el que las nueve constelaciones del modelo triádico simple se reducen a tres: aquella en que *IPiC* es mayor que *WPjC*, aquella en que *WPjC* es mayor que *IPiC*, y aquella en que ambas son iguales. No obstante, esta última posibilidad es idéntica a un empate. Para excluir esta alternativa, la relación de equivalencia tendría que ser catalogada de antemano como imposible, o tendría que afirmarse que no existe ningún caso en que pueda presentarse. Lo primero desemboca en una pura definición para salir del paso, de aquello que no se quiere tener. Esto no es aceptable y conduce a la pregunta de si los principios iusfundamentales y la argumentación iusfundamental que entra en juego cuando se aplican tienen una estructura tan precisa que siempre existirá una diferencia de

(79) Los nueve rangos del modelo doblemente triádico pueden ser representados mediante los valores $2^0 - 2^8$. El peso concreto de *Pi* (*GPi,jC*) aumenta y disminuye de modo muy significativo en esta representación, cuando se trata de grandes intervalos. Cuando se trata de una intervención muy grave (*gg*), que se justifica sólo mediante una razón muy poco significativa (*ll*), el peso concreto de *Pi* asciende a la magnitud de 256. En sentido contrario, dicho peso disminuye a 1/256 cuando se trata de una intervención muy leve (*ll*), que se justifica mediante una razón de mucho peso (*gg*). La cantidad de empates se triplica a nueve.

grado que excluya la posibilidad del empate, es decir, que sería tan poco probable que se presentase un empate que esta categoría debería ser prácticamente eliminada. Esta circunstancia se verificaría en la práctica si las intensidades de la intervención, los grados de importancia y los pesos abstractos fueran realmente de tal forma que pudieran ensamblarse en una escala compuesta por un interminable número de rangos. Pretendidamente, este ensamblaje no constituiría solamente un modelo idealizado (80), sino, supuestamente, la reconstrucción de una estructura realmente existente. Sin embargo, debe reconocerse que son muy escasos los argumentos que hablan a favor de que una estructura semejante exista en la realidad. Aquí, como en general en el mundo de lo práctico, tiene validez la advertencia de Aristóteles de que «no (podemos) alcanzar la exactitud de la misma manera en todos los objetos, sino en cada caso sólo de acuerdo a cómo esté configurada la materia dada» (81). Los derechos fundamentales no son una materia que pueda ser dividida en segmentos tan finos, de tal modo que se suprima la posibilidad de que existan empates estructurales —es decir, de verdaderos empates— en la ponderación, o de tal modo que estos se hagan prácticamente insignificantes. Esto quiere decir que en realidad existe un margen para la ponderación, entendido como un margen de acción estructural del Legislador y de la Jurisdicción (82).

Con todo, tras esta constatación subyace ciertamente un problema. ¿Cómo pueden diferenciarse los empates en la ponderación que se originan a partir de lo que es, o sea, a partir de la estructura normativa de los derechos fundamentales, de los empates en la ponderación que sólo aparecen como consecuencia de que las posibilidades de conocimiento sean limitadas? Únicamente los primeros fundamentan la existencia de márgenes de acción estructurales. Los últimos son el objeto de los márgenes de acción epistémicos. El hecho de que pueda plantearse el interrogante sobre el deslinde entre los empates estructurales y epistémicos en la ponderación, sin que se disponga fácilmente criterios para su respuesta, hace pensar que el deslinde de los márgenes de acción estructurales y epistémicos puede ser difícil. Con todo, el hecho de que la diferenciación sea difícil no significa que la diferencia no exista. No obstante, si

(80) Cfr. sobre este aspecto, N. JANSEN: «Die Abwägung von Grundrechten», *Der Staat*, núm. 36, 1997, págs. 29 y sigs.

(81) ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco* (trad. de M. Araujo y J. Marías), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 7.ª ed., 1999, 1098 a.

(82) Cfr. sobre este aspecto, la Sentencia BVerfGE 94, 1 (10). El Tribunal Regional de Hamburgo había tomado una decisión favorable al recurrente en amparo y el Tribunal Superior había proferido una sentencia desestimatoria. El Tribunal Constitucional declaró que ambas eran constitucionalmente posibles: «*La interpretación del Tribunal Superior es tan poco objetable desde el punto de vista constitucional como aquella del Tribunal Regional*».

dicha diferencia existe se plantea la pregunta acerca de si la existencia de los márgenes de acción epistémicos es admisible. Con este interrogante se entra en el terreno de los principios formales.

IV. LOS PRINCIPIOS FORMALES

La relación entre los principios materiales y formales es uno de los asuntos más cuestionados de la teoría de los principios. Para preparar la respuesta a las objeciones de algunos críticos, primero debe precisarse la posición de la teoría de los principios. Esta puede sintetizarse en la tesis de que el problema del margen de acción epistémico o cognitivo puede solucionarse mediante ponderaciones entre principios formales y materiales (83).

1. *El margen de acción epistémico como resultado de la ponderación*

La pregunta acerca de la existencia de márgenes epistémicos aparece cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del Legislador por los derechos fundamentales. La causa de la incertidumbre puede radicar en la falta de certeza de las premisas empíricas o de las normativas. La incertidumbre puede convertirse en un problema en cada una de las fundamentaciones relevantes que se produzcan en el ámbito de los derechos fundamentales. De hecho, la incertidumbre juega un papel especial en los exámenes de idoneidad y de necesidad. Sobre este aspecto, la Sentencia sobre el cannabis es un buen ejemplo. La pregunta de si el Legislador puede prohibir los productos derivados del cannabis depende, en lo esencial, de si la intervención en la libertad iusfundamentalmente protegida que subyace a esta prohibición es idónea y necesaria para disminuir los peligros que están asociados con esa droga. Si la prohibición penal no fuera idónea o necesaria para este fin estaría prohibida definitivamente por los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal sólo puede admitir esta intervención en los derechos fundamentales si establece la veracidad de las estimaciones empíricas, de las cuales depende la idoneidad y la necesidad. El Tribunal, sin embargo, procede de una

(83) Una minuciosa e instructiva investigación sobre este tema se encuentra en: M. RAABE: *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

manera diversa. No establece la veracidad de las premisas empíricas del legislador, sino su falta de certeza:

«No se dispone de conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa» (84).

Con todo, el Tribunal admite la intervención en el derecho fundamental. Esto sucede porque reconoce que el Legislador dispone de un margen de acción con respecto al conocimiento de hechos relevantes, es decir, un margen de acción epistémico de tipo empírico, y que la prohibición del cannabis se enmarca dentro de las estimaciones empíricas en que se basa la decisión, que el Legislador efectúa dentro de su margen de acción cognitivo.

Por el contrario, se trata de un margen de acción epistémico de naturaleza normativa cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el Legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración. Un ejemplo de ello lo ofrece una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal del año 1998 sobre la protección de los trabajadores ante el despido. Se trataba de la cuestión de si las fábricas con menos de cinco empleados podían ser exoneradas de cumplir las prescripciones laborales sobre el despido, que eran relativamente estrictas, de tal modo que el empleador pudiera gozar en este aspecto de la protección más débil que ofrecía el derecho privado. En este caso colisiona la libertad de profesión y oficio del empleador, garantizada por el art. 12.1 LF, entendida como derecho de defensa, con el deber de protección de los trabajadores, que corre a cargo del Estado, y que también se origina a partir del art. 12.1 LF. El Tribunal Constitucional Federal exige una optimización:

«Las posiciones iusfundamentales que entran en colisión deben ser comprendidas en su efecto recíproco y deben ser delimitadas de tal modo que sean efectivas en la mayor medida posible para todos los afectados» (85).

Junto a ello, sin embargo, el Tribunal reconoce al Legislador un «amplio margen de configuración». Este no sólo abarca las apreciaciones empíricas, sino también:

«las valoraciones de la situación en que se encuentran los intereses, es decir,

(84) BVerfGE 90, 145 (182 y sigs.).

(85) BVerfGE 97, 169 (176).

el cálculo de la importancia que tienen el uno frente al otro y la determinación de la medida en que deben ser protegidos» (86).

Esto quiere decir que sólo puede aceptarse la existencia de una vulneración del deber de proteger a los trabajadores si se han traspasado los límites de ese margen de acción. El Tribunal niega que en el caso concreto haya ocurrido esta circunstancia, con la advertencia de que las prescripciones generales del derecho civil garantizaban los derechos del trabajador «en el grado mínimo de protección ordenada constitucionalmente» (87). En la solución de una colisión entre derechos fundamentales, lo que la Constitución garantiza puede protegerse en un grado mínimo o en uno superior. Si no se garantiza menos del mínimo exigido por la Constitución, ésta no resulta vulnerada. Como quiera que aquí se garantiza la protección mínima, entonces no sólo se hace evidente que la importante trascendencia del derecho del trabajador se enfrenta a un derecho del empresario «merecedor de protección en elevada medida» (88), lo que se interpreta en el sentido de un empate estructural, sino, también, que los intereses del empresario han sido considerados «por el Legislador como especialmente merecedores de protección» (89). Esta referencia a la valoración legislativa de los derechos implícitos en el conflicto se interpreta en el sentido de un margen cognitivo de tipo normativo (90). Los efectos de este margen también podrían ser aplicados a la inversa. Esto sucedería si el Legislador considerara los intereses del trabajador como especialmente merecedores de protección e incluyera a las pequeñas fábricas en el ámbito de aplicación de la protección más elevada frente al despido. De existir un margen de acción, esto tampoco sería inconstitucional, mientras no tras-

(86) *Ibidem*.

(87) BVerfGE 97, 169 (178).

(88) BVerfGE 97, 169 (177).

(89) BVerfGE 97, 169 (180).

(90) Casi frente a cada enunciado sería posible hacer una alusión al margen para la determinación de fines. Por ejemplo, la reserva de regulación del Art. 12.1 LF no hace referencia a ninguna razón para la intervención del Legislador. Consiguientemente, como se expuso antes, esta reserva también admitiría intervenciones en razón de fines cuya consecución no estuviera prescrita por la Constitución. Entre dichos fines también se enmarcan los objetivos de la política económica. Desde luego, los márgenes para establecer fines no son ilimitados. La determinación de sus límites es un asunto que en definitiva se decide por medio de la ponderación. Allí aparecen los problemas de los márgenes estructurales y epistémicos para la ponderación. Es inevitable que los márgenes para la determinación de fines y los márgenes epistémicos para la ponderación se entrecrucen en un punto determinado. Asimismo, en algunos casos la delimitación entre uno y otro ámbito puede llegar a ser muy difícil. Como siempre, esto no constituye sin embargo una objeción en contra de la diferenciación entre uno y otro.

pasara la posición mínima de protección del empresario. Esta posición delimita la otra frontera del margen de acción.

Los márgenes de acción epistémicos presentan especiales problemas, a causa de su proximidad con los márgenes estructurales para la ponderación, que también aparecen en la Sentencia mencionada. Desde este punto de vista, los márgenes de acción epistémicos de tipo empírico tienen una estructura más fácil. A continuación analizaremos estos aspectos.

La Sentencia del cannabis pone en evidencia con especial agudeza el principal problema de todos los márgenes epistémicos. Si el Legislador está autorizado para basar su intervención en el derecho fundamental en premisas inseguras, entonces es posible que, a causa de la admisión de estimaciones falsas, el derecho fundamental se quede sin protección, a pesar de que en realidad sea vulnerado. Por lo tanto, los derechos fundamentales ofrecerían una mayor protección si no se reconociera un margen de acción cognitivo al Legislador.

La teoría de los principios podría asociarse, casi por definición, con estas consideraciones generales sobre la estructura del margen de acción cognitivo. En cuanto principios, los derechos fundamentales exigen la máxima realización posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas. Reconocer que el Legislador dispone de un margen de acción cognitivo de tipo empírico significa admitir la posibilidad de que tales derechos no sean realizados en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas. El principio iusfundamental que en cada caso resulta afectado desventajosamente exige entonces, en cuanto mandato de optimización, que no se acepte la existencia de un margen de acción cognitivo. Si sólo dependiera de este principio, un derecho fundamental únicamente podría ser restringido en razón de premisas empíricas cuya verdad estuviera acreditada. En caso de que la verdad no pudiera establecerse, la decisión sólo podría tomarse a partir de las premisas empíricas favorables al derecho fundamental. Estas son aquéllas según las cuales la intervención en el principio contrario o la renuncia a protegerlo no puede justificarse (91).

Es exactamente en este punto en el que entra en juego el principio formal de la competencia del Legislador para decidir, competencia que se legitima a partir del principio democrático (92). Este principio es un principio formal, porque no establece ningún contenido, sino sólo señala quién debe establecer

(91) M. RAABE: *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers...*, op. cit., pág. 228, habla atinadamente de una «*exigencia iusfundamental de carácter epistémico*». También podría utilizarse el concepto de optimización epistémica.

(92) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 453 y 454. Cfr. asimismo, ibídem, págs. 285 y sigs.

dicho contenido. Por lo tanto, podría catalogarse también como un «principio procedimental». En cuanto tal, este principio impone que el Legislador democráticamente legitimado sea, en la mayor medida posible, quien tome las decisiones importantes para la comunidad (93). Decisiones como la prohibición o la permisión de los productos del cannabis son importantes para la comunidad. Si la decisión sobre este aspecto depende de apreciaciones empíricas, la competencia decisoria del Legislador, exigida *prima facie* por el principio formal, abarca también la competencia para decidir sobre este aspecto en condiciones de falta de certeza. De este modo, el principio formal entra en colisión con el principio iusfundamental material. Este último excluye *prima facie* que el Legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en una premisa empírica insegura, desfavorable para el derecho fundamental; en cambio, el principio formal exige exactamente *prima facie* que el Legislador tenga dicha competencia.

Existen dos soluciones extremas para esta colisión, detrás de la cual se encuentra en definitiva la vieja tensión entre los derechos fundamentales y la democracia (94). La primera consiste en una primacía absoluta del principio iusfundamental material frente al principio formal, en los casos de falta de certeza empírica. Esta solución tendría como consecuencia que, en todos los casos en que sus decisiones afectaran de algún modo a los derechos fundamentales, al Legislador sólo le estaría permitido basarse en premisas sobre cuya verdad existiera certeza. Ahora bien, si se acepta la existencia de un derecho general de libertad, entonces debe admitirse también que todas o casi todas las decisiones del Legislador intervienen en los derechos fundamentales. De este modo, también casi todas sus decisiones deben ser examinadas a la luz de estos derechos. Asimismo, es casi imposible imaginar que exista una medida de derecho económico, laboral o ecológico que no intervenga en la libertad de profesión y oficio o en el derecho de propiedad de alguien. Por lo tanto, la primacía absoluta del principio iusfundamental material tendría como consecuencia que el Legislador no podría perseguir sus fines, sino únicamente sobre la base de premisas empíricas cuya verdad estuviera acreditada con toda certeza. No obstante, cuando se trata de contextos complejos, casi nunca se dispone de conocimientos empíricos que ostenten esta característica. Como consecuencia, la primacía absoluta del principio iusfundamental material implicaría eliminar casi por completo la libertad de acción del Legislador en extensos ámbitos de la vida política. Esto no es aceptable desde el punto de vista de una Constitu-

(93) *Ibidem*, pág. 132.

(94) *Ibidem*, pág. 432. Cfr. asimismo, R. ALEXY: «Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law», *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, págs. 227 y sigs.

ción que instituye un Legislador y, aún más, que instituye un Legislador democráticamente legitimado de manera directa. Por esta razón, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado acertadamente:

«La incertidumbre sobre los efectos de una ley en un futuro incierto no puede eliminar la competencia del Legislador para proferir una ley, aun cuando ésta sea de gran trascendencia» (95).

Por lo tanto, es necesario excluir la posibilidad de la primacía absoluta del principio iusfundamental material sobre el principio de la competencia de decisión legislativa. Esta solución no sería compatible con el principio de la separación de los poderes, ni con el principio democrático (96).

No obstante, tampoco es de recibo la otra solución extrema. Esta solución significaría que se permitiría al Legislador llevar a cabo intervenciones extraordinariamente intensas en los derechos fundamentales, aun cuando tan sólo estuviesen basadas en pronósticos elevadamente inciertos. De aceptar la primacía absoluta del principio iusfundamental, la exigencia de operar con una verdad segura reduciría al mínimo la competencia de acción legislativa; si se aceptara la primacía absoluta del principio formal se extendería al máximo la posibilidad de operar con premisas sobre cuya falsedad incluso cupiera la certeza. Una Constitución que protege los derechos fundamentales no puede admitir esta posibilidad. También en este punto se debe estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal:

«En sentido contrario, la falta de certeza por sí misma no puede ser suficiente para fundamentar la existencia de un margen legislativo para hacer pronósticos, margen que escape al control de constitucionalidad» (97).

Si las dos soluciones extremas deben ser descartadas, es necesario considerar las soluciones intermedias. Estas soluciones pueden exigir que exista un mismo grado de certeza para cada intervención en los derechos fundamentales, o que las diferentes intervenciones en tales derechos tengan varios grados de certeza. Sólo esta segunda solución es compatible con la tesis de que los derechos fundamentales son principios. En cuanto principios, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención

(95) BVerfGE 50, 290 (332).

(96) BVerfGE 56, 54 (81).

(97) BVerfGE 50, 290 (332).

en el derecho. Esta exigencia conduce a una segunda ley de ponderación, según la cual:

Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

A diferencia de la primera, esta segunda ley de ponderación no hace énfasis en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica. Por esta razón, la primera ley de ponderación puede ser denominada «ley material de la ponderación» y la segunda: «ley epistémica de la ponderación».

Es posible reconocer fácilmente que los enunciados que constituyen el antecedente de los predicados «cuanto más / tanto mayor», mediante los cuales se formulan las dos leyes de la ponderación, son idénticos. De la manera en que ha sido enunciada anteriormente (98), la ley de ponderación hace énfasis en la intensidad de la intervención (el grado de la no satisfacción o de la afectación); mientras tanto, la ley epistémica de la ponderación se refiere al peso de la intervención. Ahora bien, estas variaciones en la formulación pueden aclararse y analizarse fácilmente con ayuda de la fórmula del peso. El concepto del peso de una intervención, que hasta el momento no ha sido tratado de forma sistemática, está integrado por dos magnitudes que aparecen en la fórmula del peso: la intensidad de la intervención (*IPiC*) y el peso abstracto del principio afectado (*WPIA*). Dicho peso puede definirse como el producto de las dos magnitudes. Como se indicó cuando se enunció la fórmula del peso, los pesos abstractos pueden reducirse mutuamente cuando son iguales (99). Con base en este presupuesto, también puede excluirse el peso abstracto de la fórmula de la ley epistémica de la ponderación. Esta posibilidad también es válida si sólo se quiere observar la relación entre la intensidad de la intervención y la certeza de las premisas que la sustentan. De esta manera, la ley epistémica de la ponderación señala:

Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan.

Lo anterior hace referencia únicamente a diversas variantes en la formulación de esta ley, que son adecuadas para distintas circunstancias; con todo, la identidad de los enunciados antecedentes (Cuanto más intensa sea una inter-

(98) *Vid. supra*, págs. 25 y sigs.

(99) *Vid. supra*, pág. 41.

enci3n en un derecho fundamental) incluidos en las leyes de la ponderaci3n no varía.

La identidad de estos enunciados antecedentes adquiere el mayor significado desde el punto de vista sistemático. Dicha identidad expresa que el principio iusfundamental material afectado en cada caso representa el punto de Arquímedes. Este punto de referencia común hace posible incluir elementos epistémicos del lado de la razón material para la intervenci3n. Esta inclusi3n se produce de acuerdo con la regla que establece que la importancia concreta de la satisfacci3n del principio contrario ($WPjC$) tiene una menor capacidad para justificar la intensidad de la intervenci3n en Pi ($IPiC$) cuanto más descienda la certeza de que M logra realmente la pretendida satisfacci3n de Pj . Entonces, el peso concreto de un principio (Gpi,jC) aumenta a medida en que lo hace el grado de certeza empírica que se sitúa del lado de la realizaci3n del principio contrario.

Todo lo anterior presupone que sea posible hablar válidamente de grados de seguridad o certeza y de inseguridad o incertidumbre de las premisas empíricas del Legislador. Con esta cuesti3n aparece también el problema de la escala de rangos en la faceta epistémica de la ley de ponderaci3n.

En la Sentencia sobre la participaci3n de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmungsurteil*), el Tribunal Constitucional emprendió el intento de diferenciar entre tres grados de intensidad en el control: «el control material intensivo», «el control de plausibilidad» y «el control de evidencia» (100). De este modo, construyó un modelo epistémico triádico que tiene inmensas similitudes formales con el modelo triádico material antes expuesto y que puede ser incorporado a la fórmula del peso sin mayores inconvenientes (101). Este modelo también comparte con la escala triádica material su elevada plausibilidad. Por ejemplo, apenas puede dudarse de que en caso de que la intervenci3n sea de alta intensidad será preciso exigir una elevada certeza en las premisas empí-

(100) BverfGE 50, 290 (333)

(101) Aquí debe introducirse «S», como símbolo para denotar la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realizaci3n de Pi y para la realizaci3n de Pj en el caso concreto (C). Todo esto puede denotarse como « $SPiC$ » y « $SPjC$ ». De esta manera, la fórmula del peso puede ampliarse como sigue:

$$Gpi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

A los tres grados epistémicos de certeza o seguridad (g), justificable o plausible (p) y no evidentemente falso (e) pueden adscribirse los valores 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , valores que pueden atribuirse a $SPiC$ y a $SPjC$. Aquí desde luego también es posible refinar la escala triádica.

ricas que la sustentan. Esta exigencia corresponde al control material intensivo que el Tribunal Constitucional Federal lleva a cabo, por ejemplo, en el caso de la prisión perpetua (102). Si tanto la intensidad de la intervención como el grado de importancia alcanzan el rango más alto, nunca es suficiente una certeza apenas media del lado del principio contrario para justificar con seguridad las injerencias que se practican en el lado del objeto de la intervención. Por su parte, existe una certeza media cuando las premisas son plausibles o estimables. Cuando el Tribunal Constitucional Federal, en la Sentencia sobre el cannabis, permite que las apreciaciones empíricas del Legislador sean sólo «plausibles» (103), reconoce entonces implícitamente que, desde su punto de vista, la intervención no presenta la máxima intensidad. Asimismo, algo similar es válido cuando basta que no sea evidente que las premisas empíricas sean falsas. Esto último corresponde al grado de certeza más restringido del modelo triádico simple.

La relación entre los principios formales y materiales puede determinarse en la forma expuesta, de un modo relativamente fácil, en el marco de los márgenes de acción epistémicos de tipo empírico. En cambio, cuando se trata de los márgenes de acción epistémicos de tipo normativo el asunto no es tan fácil. Esto último tiene que ver con el concepto de margen de acción normativo y, por otra parte, con la dificultad para determinar la relación entre los márgenes epistémicos y estructurales para la ponderación. A todos estos márgenes de acción es común que dentro del margen de acción se encuadra exactamente lo que se ha confiado a la discrecionalidad del Legislador y que el límite del margen de acción se determina exactamente por lo que está prohibido y ordenado para el Legislador. Ahora bien, el margen de acción cognitivo es un margen de acción que surge a partir de la falta de certeza que presentan los conocimientos acerca de lo que está ordenado y prohibido por los derechos fundamentales y de lo que estos derechos han confiado a la discrecionalidad legislativa. Reconocer que el Legislador dispone de un margen de acción cognitivo significa, consecuentemente, reconocerle la competencia para determinar dentro de un cierto contorno (exactamente el contorno del margen de acción cognitivo) lo que está ordenado y prohibido y lo que es discrecional, de acuerdo con los derechos fundamentales. En el caso del margen de acción cognitivo de tipo empírico existen diversas razones plausibles para que ello sea así. La pregunta es, sin embargo, si también existen dichas razones cuando se trata del margen de acción cognitivo de tipo normativo.

(102) BVerfGE 45, 187 (238).

(103) BVerfGE 90, 145 (182).

A primera vista podría parecer que debería prescindirse del margen de acción cognitivo de tipo normativo del Legislador, porque éste diluiría los límites del margen de acción estructural y, con ello, la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales. Si la definición de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad legislativa tuviera que atribuirse al Legislador, como juez en su propia causa, no sería posible seguir hablando de una vinculación verdadera, es decir, controlable, a los derechos fundamentales. Dejaría de existir una normatividad jurídica de los derechos fundamentales que pudiera ser tomada en serio. Es preciso reconocer que la existencia de una discrecionalidad tan extensa, correlativa a un ilimitado margen de acción cognitivo de tipo normativo, es inadmisibles. El margen de acción cognitivo es relevante únicamente cuando las premisas carecen de certeza. Como quiera que, según se observó anteriormente, existen numerosos casos en los que es seguro, o suficientemente seguro, cómo debe llevarse a cabo la ponderación, en ellos el Legislador no dispone de un margen de acción cognitivo.

Entonces, sólo puede reconocerse al Legislador un margen de acción cognitivo de tipo normativo cuando esto es posible, es decir, en el supuesto de inseguridad normativa. El caso más representativo en que este fenómeno se presenta en el ámbito de los derechos fundamentales es la inseguridad para llevar a cabo la ponderación. La pregunta decisiva es: ¿cómo determinar la relación entre el margen estructural para la ponderación y el margen epistémico que se presenta cuando se carece de certeza para ponderar?

Como ejemplo puede utilizarse de nuevo la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección frente al despido. Que el Tribunal hable de un «extenso ámbito de configuración del Legislador» para «la valoración de la situación en que se encuentran los intereses en juego» no significa que reconozca al Legislador un margen normativo para la ponderación. Lo mismo ocurre cuando el Tribunal equipara la valoración de los intereses en juego con «sopesar las exigencias que se contraponen mutuamente» y «determinar la medida en que deben ser protegidas» (104). Todo esto puede interpretarse en el sentido de un empate estructural en la ponderación. Sólo es necesario afirmar que los intereses del empresario y del trabajador ostentan una importancia aproximadamente equivalente en la constelación concreta, para concluir luego que tanto la inclusión como la exclusión de las pequeñas empresas dentro del ámbito de la protección estricta frente al despido se encuentra dentro del margen de acción estructural, es decir, que se ha confiado a la discrecionalidad del Legisla-

(104) BVerfGE 97, 169 (176).

dor. Todo esto presupone aceptar que los derechos fundamentales admiten la aplicación de una escala de rangos no demasiado refinada, que contiene un espacio amplio en donde tienen cabida los empates en la ponderación. Esto es correlativo al reconocimiento de un amplio margen de acción estructural, dentro del cual se enmarcan tanto la adopción de las posibles medidas legislativas como su omisión. Confiar al Legislador la «valoración de la situación en que se encuentran los intereses en juego» implica aceptar que su «apreciación», dado que se lleva a cabo dentro del margen de acción estructural, por definición no es una valoración jurídica, sino política. El derecho ha confiado a la discrecionalidad legislativa el resultado de esta decisión. Es bien cierto que los principios iusfundamentales pueden representar objetos para la ponderación en el margen de acción estructural; sin embargo, a causa del empate estructural, no pueden determinar la ponderación. Por lo tanto, debe reconocerse que la competencia de control del Tribunal Constitucional es limitada, sin que para ello sea necesario aludir al margen de acción cognitivo del Legislador, por cuanto las competencias del Tribunal terminan en el límite de lo prescrito definitivamente por los derechos fundamentales (105).

Tiene un notable significado constatar que puede llegarse a la misma conclusión si se alude al margen epistémico para la ponderación de tipo normativo. Esto quiere decir que los límites del margen estructural para la ponderación son idénticos a los límites del margen epistémico para la ponderación de tipo normativo. La diferencia consiste únicamente en que lo jurídico no se excluye del contenido del margen de acción; más bien, el contenido de este margen se llena con diferentes posibilidades jurídicas. Por una parte, se considera plausible, y, en este sentido, jurídicamente posible, que los derechos fundamentales permitan o incluso ordenen la inclusión de las pequeñas empresas dentro del ámbito de la protección estricta frente al despido, así como también que estos derechos prohíban dicha inclusión; y, por otra parte, se estima imposible reconocer cuál de esas posibilidades es aquella que puede ser mejor fundamentada. En esta situación, dado que en los dos platillos de la balanza aparecen implicados derechos fundamentales, se presenta un empate epistémico entre estos derechos. Cada uno de los dos derechos fundamentales auspicia la solución que le es más favorable. No obstante, como consecuencia del empate, ninguno tiene la fuerza suficiente para inclinar la balanza a su favor y así decidir el conflicto. La situación iusfundamental material resulta entonces epistémicamente neutral. En esta situación los principios iusfundamentales materiales no tienen fuerza para evitar que el principio de la competencia decisoria del

(105) R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 501.

Legislador democráticamente legitimado conduzca a que se le reconozca un margen epistémico para la ponderación. Cualquier otra alternativa, que intentara resolver de otro modo la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia, sería insostenible. En este sentido puede decirse que también existen márgenes de acción cognitivos de tipo normativo.

2. *El margen de acción epistémico y la vinculación a la Constitución*

Si está permitido adoptar una decisión, porque ésta se enmarca dentro del margen de acción epistémico, entonces no puede descartarse que dicha decisión, aun cuando pueda ser tomada legítimamente, esté equivocada. La equivocación podría aparecer claramente en razón de investigaciones empíricas que no habrían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. Consecuentemente, los márgenes de acción epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse como aquello que estos derechos ordenan, prohíben y permiten (106). A partir de esta divergencia entre lo que es, o sea lo ontológico, y lo que razonablemente puede reconocerse como lo ordenado por los derechos fundamentales, es decir, lo epistemológico, pareciera que la existencia de los márgenes de acción cognitivos llevara a que existiesen vulneraciones de los derechos fundamentales que no podrían ser reconocidas. La competencia que el margen de acción epistémico le otorga al Legislador para prohibir mediante ley lo que los derechos fundamentales ordenan que no se prohíba parece ser correlativa, entonces, no sólo a la no competencia del Tribunal Constitucional para anular la prohibición inconstitucional, sino también a la prohibición constitucional de hacerlo. De esta manera, aparece la posibilidad de que existan prohibiciones constitucionales cuyo control está constitucionalmente prohibido. En este sentido, la fundamentación de los márgenes de acción epistémicos que se logra mediante los principios formales parece llevar inevitablemente a una divergencia entre las normas de acción, es decir, normas que dicen lo que está prohibido y ordenado al Legislador y lo que se ha confiado a su discrecionalidad, y las normas de control, o sea, las normas con base en las cuales el Tribunal Constitucional controla al Legislador (107).

(106) Cfr. sobre este aspecto, M. RAABE: *Grundrechte und Erkenntnis...*, op. cit., págs. 147 y sigs.

(107) Cfr. M. JESTAEDT: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, op. cit., pág. 259.

En esta divergencia se asienta la crítica más importante contra los principios formales. Dicha crítica señala que los márgenes de acción epistémicos que resultan de los principios formales son incompatibles con la vinculación —incluso— del Legislador a los derechos fundamentales (108), prescrita por el art. 1.3 LF, así como también con la vinculación del Legislador a la Constitución, establecida por el art. 20.3 LF (109). Dichos márgenes de acción hacen que la jerarquía jurídica se vuelva relativa (110). La «columna vertebral del orden jurídico» se expone a un «proceso de osteomalacia normativa» (111); en síntesis: todo cae en un remolino incontrolable.

Para superar esta objeción es aconsejable distinguir entre dos interrogantes. El primero es: ¿en qué medida los principios formales implican las mencionadas divergencias? El segundo es si dichas divergencias son realmente verdaderas divergencias. A continuación debe comenzarse por el primer interrogante. Los principios formales tendrían fuerza suficiente para producir las divergencias más grandes que pudiera imaginarse si, en primer lugar, por sí mismos y sin ayuda de ningún otro principio, fueran capaces de prevalecer frente a los derechos fundamentales, y, en segundo lugar, si pudieran hacerlo completamente. Scherzberg parece aproximarse a este fenómeno cuando aduce que el principio formal de la competencia decisoria del Legislador desemboca en la aceptación de que para el Legislador rige «una excepción de la estructura normativa de los principios». El carácter de principios que tienen los derechos fundamentales, es decir, «su propiedad como mandatos de optimización», vuelve «por esta vía a convertirse en un mero principio de tipo programático» (112). Scherzberg parece querer decir de este modo que, en caso de una colisión, los principios formales no sólo prevalecen sobre los materiales, sino que también les enajenan su carácter de mandatos de optimización. Por lo tanto, la parte material quedaría prácticamente vacía de contenido.

Esta apreciación desconoce que el principio formal de la competencia decisoria del Legislador por sí mismo no tiene suficiente fuerza para prevalecer sobre un principio iusfundamental material y hacerlo retroceder. Si fuera de otro modo, entonces no podría catalogarse como incorrecto el siguiente enunciado, formulado en un caso hipotético: «la intervención en el derecho fundamental es muy intensa, y no existe en el caso una razón sustancial de una in-

(108) A. SCHERZBERG: *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, op. cit., págs. 175 y sigs.; M. GELLERMANN: *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, Tübingen, 2000, pág. 71.

(109) M. JESTAEDT: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, op. cit., págs. 223 y sigs.

(110) K.-E. HAIN: *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, op. cit., pág. 137.

(111) M. JESTAEDT: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, op. cit., pág. 246.

(112) A. SCHERZBERG: *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, op. cit., pág. 175.

tensidad tal que la pueda justificar. Sin embargo, dicha intervención es admisible porque la competencia del Legislador democráticamente legitimado es mayor cuando puede adoptarla que cuando no lo puede hacer». De acuerdo con la fórmula del peso, si se constata que una intervención muy intensa en los derechos fundamentales no puede justificarse por ninguna razón sustancial, dicha intervención vulnera claramente el derecho fundamental. En contraposición, si se generaliza el enunciado que acabamos de formular, obtenemos la siguiente afirmación: «las vulneraciones a los derechos fundamentales son admisibles porque de este modo la competencia del Legislador tiene un ámbito mayor que aquél que tendría si se estimara que dichas vulneraciones no son admisibles». Esta afirmación tiene un tinte de absurdo, que resulta de la suposición de que puede contraponerse directamente en la balanza a los principios iusfundamentales materiales y al principio de la competencia decisoria del Legislador. Los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales sólo cuando están ligados a otros principios materiales. Esto puede denominarse «la ley de la conexión». La ley de la conexión explica por qué es fácil llevar al absurdo a los principios formales cuando se contraponen aisladamente a los principios materiales.

El asunto adquiere un tono totalmente diferente cuando se presenta una falta de certeza en los conocimientos relevantes en el caso concreto. La pregunta sobre los contornos del margen de acción cognitivo de tipo normativo aparece cuando no se dispone de certeza acerca de los pesos de los principios que entran en colisión. Por su parte, el margen de acción cognitivo de tipo empírico sólo entra en el debate cuando no se tiene certeza acerca de las premisas empíricas que soportan la intervención en el derecho fundamental. En ambos casos los principios formales desempeñan definitivamente el papel de contribuir a la repartición de competencias decisorias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador cuando se presentan incertidumbres acerca de la relación existente entre los principios materiales. Con todo, debe observarse que, tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego. Este hecho excluye la posibilidad de que un Tribunal Constitucional diga que en un caso ciertamente se ha vulnerado un derecho fundamental, pero que debe respetarse el entendimiento jurídico del Legislador sólo como consecuencia de razones formales (113).

Ahora bien, admitir la existencia de márgenes cognitivos de tipo empírico es algo que no puede ser puesto en duda. Quien propugna su total eliminación propugna a la vez prácticamente la eliminación de la capacidad de acción le-

(113) Cfr. sobre este aspecto, J.-R. SIECKMANN: *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pág. 163.

gislativa. Es por este motivo que los críticos de los principios formales casi nunca se han dirigido contra este margen de acción. Consecuentemente, este margen de acción representa un importante ejemplo acerca del papel central que juegan los principios formales. El margen de acción cognitivo de tipo empírico muestra que los principios formales amenazan a los derechos fundamentales en la misma medida en que lo hacen los principios materiales que juegan en sentido contrario. El mismo papel que estos últimos principios juegan en la parte material les corresponde a los principios formales en la ley epistémica de la ponderación.

De manera muy similar se presentan las cosas en lo concerniente al margen de acción cognitivo de tipo normativo. Desde luego, un escéptico radical frente a la ponderación puede utilizar aquí la afirmación de que el ámbito en que se presenta la falta de certeza en la ponderación se solapa totalmente con el propio ámbito de la ponderación, de tal modo que si se admite que el Legislador dispone de un margen de acción cuando se carece de certeza para ponderar, entonces a este poder no se le pueden imponer límites en razón de la ponderación, circunstancia que limita en extremo la fuerza vinculante de los derechos fundamentales como principios. Sin embargo, en contra de este argumento ya se ha aducido que es bien posible llevar a cabo determinaciones racionales acerca de las intensidades de la intervención y de los grados de importancia y, de este modo, que el conocimiento racional también opera en el ámbito de la ponderación (114). A esto sólo debe agregarse que a medida en que aumenta la intensidad de la intervención en los derechos fundamentales no sólo aumenta su fuerza de resistencia sustancial, sino también la posibilidad de reconocer las diferencias graduales. A la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución corresponde algo así como una ley epistémica de la tasa marginal creciente de discriminación. Cuando se trata de problemas cotidianos frecuentemente no se sabe qué tan intensa es la intervención. Cuanto mayor sea ella, aumenta la posibilidad para diferenciar entre grados de intensidad.

Esta concepción de la divergencia, caracterizada por la admisión de márgenes de acción cognitivos, es limitada y controlable a la vez. Sin embargo, aún resta la pregunta de si la divergencia como tal es plausible. ¿Acaso no debe exigirse siempre la convergencia entre lo que es válido en razón de los derechos fundamentales y lo que puede identificarse como válido? Esta exigencia no expresa nada distinto al postulado de que el operador jurídico debe intentar trabajar siempre sobre la base del conocimiento ideal. Sin embargo, quien aspira a alcanzar este postulado en el ámbito de la acción tiene que pagar un pre-

(114) *Vid. supra*, págs. 32 y sigs.

cio muy alto. En el derecho constitucional este precio es el sacrificio de la libertad de acción legislativa. Las Constituciones que tipifican un catálogo de derechos fundamentales representan un intento de organizar la acción colectiva y, a la vez, de asegurar los derechos individuales. Este doble carácter se ve reflejado en la posibilidad que se atribuye al Legislador de restringir los derechos fundamentales. Esta posibilidad de restringir los derechos fundamentales establecidos por la Constitución es un elemento esencial de lo que estos derechos son. Ahora bien, los márgenes de acción cognitivos añaden un límite epistémico, que se suma a las restricciones materiales que el Legislador impone a los derechos fundamentales. Dicho límite está avalado por la Constitución considerada en conjunto, es decir, se apoya en un argumento constitucional de tipo sistemático. No obstante, de este modo desaparece de la perspectiva lo que la Constitución en conjunto exige: la divergencia. El margen de acción cognitivo cambia de lugar y se integra dentro del propio derecho fundamental. Se internaliza. De este modo, la divergencia permanece ciertamente como una espina que se clava en el principio iusfundamental material (115). Sin embargo, esta espina es el imprescindible tributo que los ideales iusfundamentales tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es.

(115) M. RAABE: *Grundrechte und Erkenntnis...*, op. cit., pág. 171.