

La ponderación de los medios alternativos

The weighing of alternative means

 MARTIN BOROWSKI*

Resumen

En este trabajo se realiza un recuento de las diferentes etapas del estudio y desarrollo del test de proporcionalidad en sentido amplio con sus tres gradas clásicas. Ante este trasfondo, se plantea el problema que representa el análisis los diferentes medios alternativos, los cuales pueden presentarse en un caso concreto de control de constitucionalidad. Así, comienza el análisis de los llamados medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes y los medios alternativos que intervienen en derechos y bienes o derechos de terceros. A partir del análisis de estas formas de medios alternativos y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se presenta un nuevo esquema del test de proporcionalidad con la finalidad de incorporar el análisis de estas formas de medios alternativos.

Palabras clave

test de proporcionalidad; proporcionalidad en sentido amplio; ponderación; medios alternativos; Kaldor-Hicks; grada de necesidad.

Abstract

In this paper, a review is carried out of the different stages in the study and development of the proportionality analysis in its broader sense, along with its three classic prongs. Against this background, the problem posed by the

151

* Profesor de la Catedra de Derecho Público, Teoría de la Constitución y Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Código ORCID: 0000-0001-9165-4066. Correo electrónico: borowski@jurs.uni-heidelberg.de

assessment of the different alternative means is addressed, as these may arise in a specific case of constitutional review. Thus begins the analysis of the newly discovered alternative means, namely, not least restrictive, but more efficient means, as well as those alternative means interfering with other rights and goods or rights of others. Based on the analysis of these forms of alternative means and their impact on the case law of the German Federal Constitutional Court, a new scheme for the proportionality analysis is presented, with the aim of incorporating the assessment of these forms of alternative means.

Keywords

proportionality; proportionality in its broader sense; balancing; alternative means; Kaldor-Hicks; necessity prong.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. III. MEDIOS NO MENOS LESIVOS, PERO MÁS EFICIENTES. IV. MEDIOS ALTERNATIVOS INTERVINIENDO EN LOS DERECHOS Y BIENES DE TERCEROS. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la proporcionalidad se ha convertido en una estructura clave para evaluar las pretensiones emanadas de los derechos constitucionales y los derechos humanos internacionales (Beatty, 2004; Barak, 2009; Borowski, 2024a). Una estructura clásica de la proporcionalidad en su sentido amplio ha surgido con sus tres gradas, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto con el criterio de ponderación. A pesar del amplio consenso de que el test de proporcionalidad juega un papel clave en la evaluación de las pretensiones emanadas de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional, han permanecido algunas preguntas con miras a ciertos tipos de medios alternativos: ¿son relevantes en el test de proporcionalidad?, y si es así, ¿en dónde dentro de las tres gradas debe tomar lugar esta evaluación?

1.1. Las tres dimensiones de la proporcionalidad

La proporcionalidad tiene tres dimensiones correspondientes a las tres dimensiones de los derechos fundamentales: Al evaluar las pretensiones emanadas de los derechos negativos, la proporcionalidad toma la forma de la prohibición de la medida excesiva –*Übermaßverbot*– (Alexy, 2022; Borowski, 2021); en cambio, al evaluar las pretensiones que surgen de los derechos positivos, entonces, se

encuentra la prohibición de medios insuficientes —*Untermaßverbot*— (Borowski, 2024b) y; finalmente, al aplicar los derechos de igualdad, el análisis sigue la estructura de la proporcionalidad de la igualdad —*gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit*— (Borowski, 2024c). Las tres dimensiones de la proporcionalidad tienen un núcleo común, pero existen diferencias entre éstas. Estas diferencias son cuestiones en sí, las cuales por sí misma superan el ámbito de este ensayo. En esta presentación me enfocaré en la bien conocida primera dimensión de la proporcionalidad, es decir, la prohibición de los medios excesivos al evaluar las pretensiones emanadas de los derechos negativos. Me aventuro a creer que lo que voy a desarrollar a continuación también es aplicable, *mutatis mutandis*, a las otras dimensiones de la proporcionalidad —esta presunción ciertamente deberá, no obstante, ser desarrollada y justificada en mayor detalle en futuros trabajos—.

1.2. Los tres periodos en el reconocimiento de la proporcionalidad

En el desarrollo del reconocimiento de la proporcionalidad, se pueden distinguir tres periodos. El primer periodo comienza con la relativamente vaga y poco clara idea de la prohibición del acto estatal «arbitrario» o «excesivo». Las tres gradas del test de proporcionalidad —idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto— son desarrolladas al clarificar estos criterios realmente ambiguos. Así, la prohibición del acto estatal «arbitrario» o «excesivo» se convierte en la prohibición del acto estatal desproporcionado.

Ahora que la estructura ortodoxa de la proporcionalidad, con sus tres gradas, ha sido entendido, ha quedado claro que la proporcionalidad puede ser un instrumento que conduzca a un análisis fuertemente estricto —sin tener en cuenta, no menos importante, que la decisión a controlar pueda poseer legitimidad democrática, en comparación con la decisión del órgano controlador, es decir, un Tribunal Constitucional o Suprema Corte—. Esto quiere decir que, dentro del test de proporcionalidad debe otorgarse una cierta extensión de discrecionalidad a las decisiones del Estado, sobre todo, a las decisiones de los órganos con legitimidad democrática. El segundo periodo está caracterizado por el entendimiento de la importancia de la discrecionalidad general y que existen diferentes formas de discrecionalidad, ciertas formas de discrecionalidad estructural y epistémica, por lo que la correcta extensión del control puede ser así realizada, evitando un infra-control o supra-control por parte del órgano controlador (Borowski, 2024d).

Finalmente, el tercer periodo del reconocimiento del test de proporcionalidad está caracterizado por una reconstrucción más comprehensiva y completa de la estructura de la proporcionalidad a partir de las perspectivas emanadas del

considerar la discrecionalidad al aplicar idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este trabajo delinea algunos aspectos de este tercer periodo del desarrollo al ampliar nuestro entendimiento del test de proporcionalidad.

1.3. Más medios alternativos

Algunas indicaciones han existido de que la ortodoxa y clásica caracterización de las tres gradas de la proporcionalidad, en la forma de la prohibición de la medida excesiva, no está del todo completa. Con miras en el título de este ensayo: la tradicional caracterización de las tres gradas de la proporcionalidad involucra el evaluar los medios alternativos y después ponderar, pero no involucra el ponderar los medios alternativos. No obstante, la cuestión consiste en si más medios alternativos deben ser considerados, lo cual implicaría el ponderar.

II. LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Según la tradicional caracterización de la proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido amplio comprende tres criterios, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

154

2.1. Idoneidad

La idoneidad exige que el legislador persiga un fin legítimo y que los medios deban ser apropiados para alcanzarlo o, al menos, para promover tal fin (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Esto, de hecho, es un requisito doble. Primero, el fin perseguido por el legislador debe ser «legítimo». La expresión «legítimo» se ha vuelto moneda común incluso en el contexto jurídico, más que en el análisis moral, mientras que «jurídico» o —dentro del control constitucional— el término «constitucional» sería más claro. Medios «ilegítimos» —o mejor, en el caso del control de constitucionalidad, «inconstitucionales»— son excluidos desde un inicio; estos no tienen una base que justifique intervenciones en los derechos constitucionales. Esto es un requisito normativo, relativo al sistema jurídico concreto. Segundo, los medios empleados por el legislador deben promover al menos el fin relevante, ¿si empleamos el medio, acaso será promovido el fin? Esta es una relación empírica de medio/fin o causalidad.

2.2. Necesidad

Al aplicar el criterio de necesidad, los medios empleados deben tener el efecto menos lesivo (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Con este criterio,

los medios alternativos deben ser considerados. Aquí necesitamos preguntarnos si existe un medio menos lesivo, es decir, un medio alternativo que intervenga en menor grado dentro del derecho individual, pero promueva el fin al menos en la misma forma (de manera igual o incluso mejor) en comparación con los medios empleados por el Estado. Este requisito es el criterio económico del óptimo de Pareto aplicado al derecho (Alexy, 2022; Borowski, 2021; Borowski, 2018).

Al evaluar la necesidad de los medios empleados por el Estado, dos aspectos juegan un papel clave, el grado de promoción del fin legislativo y la intensidad de intervención con el derecho o bien constitucional en colisión. El evaluar si el medio alternativo es un medio menos lesivo no exige el establecer una «tasa de intercambio» entre la intensidad de la interferencia, por un lado, y la importancia de la realización del derecho o bien en colisión, por el otro, en breve: No exige el ponderar (Borowski, 2021; Borowski, 2018). En cambio, tenemos únicamente que contestar dos preguntas: primero, ¿da el medio alternativo cabida a una intervención menos intensa con el derecho constitucional?; segundo, ¿promueve el medio alternativo el fin legislativo al menos en la misma medida que el medio empleado por el Estado (igual o mejor)? Si la respuesta es afirmativa para las dos preguntas, entonces el medio alternativo es menos lesivo que el medio empleado por el Estado. Desde el punto de vista de la Constitución, el medio menos lesivo goza de preferencia, por lo que el medio empleado por el Estado es inconstitucional. Los medios menos restrictivos deben ser siempre preferidos respecto de otros medios, por lo que en última instancia el medio menos lesivo tiene que ser elegido. Si el Estado empleó un medio diferente, esto significa que no es necesario y, por lo tanto, es inconstitucional.

2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El tercer y final criterio es la proporcionalidad en sentido estricto. Esta exige que la intervención en el derecho constitucional y la promoción del fin legítimo sean ponderadas (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Si la intervención con el derecho constitucional tiene mayor peso que la promoción del fin legítimo, la intervención cuenta como desproporcional y, por ello, es inconstitucional. Si la promoción del fin legítimo supera la intervención, o si ambos exhiben el mismo peso (empate), entonces, la intervención no cuenta como desproporcional. Robert Alexy ha reconstruido esto, primero, a través de ciertas leyes (la ley sustancial de la ponderación. (Alexy, 2022; Alexy, 2016; Borowski, 2018) y la ley de los principios en colisión (Alexy, 2022; Borowski, 2018), con una posterior adición con la ley epistémica de la ponderación (Alexy, 2002; Borowski, 2018) y, finalmente, la fórmula del peso (Alexy, 2002; Alexy, 2007; Alexy, 2016).

2.4. La ponderación directa e indirecta

Al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto es perfectamente obvio que la ponderación constituye la clave, y que tal ponderación no es empleada al aplicar la grada de necesidad, es decir, al evaluar si un medio alternativo es menos lesivo. El que tal ponderación directa al evaluar la grada de necesidad —y, podríamos agregar, la grada de idoneidad— no es exigida, no necesariamente significa que no se efectuó una ponderación. Si las premisas empíricas al evaluar la grada de idoneidad y/o la grada de necesidad no son completamente confiables, entonces, es una práctica establecida en la jurisprudencia de las altas cortes que existe discrecionalidad para el legislador, en otras palabras, discrecionalidad empírico-epistémica. La precisa extensión de tal discrecionalidad empírico-epistémica es evaluada a través de las estructuras representadas por la fórmula del peso y los principios considerados en ella, ya que depende, sobre todo, de la severidad de la intervención con el derecho constitucional y el peso del derecho o bien en colisión. En otras palabras, depende de las estructuras de ponderación. Si los criterios en sí mismos no requieren ponderación, pero su aplicación pueda requerirlo en algún punto, entonces toma lugar una ponderación indirecta. En este sentido, la grada de idoneidad y la grada de necesidad, según la ortodoxa y clásica caracterización de la proporcionalidad, pueden requerir una ponderación indirecta (Borowski, 2021), mientras que la proporcionalidad en sentido estricto siempre exige una ponderación directa.

III. MEDIOS NO MENOS LESIVOS, PERO MÁS EFICIENTES

3.1. La idea central de los medios más eficientes

La idea de la optimización, que sustenta la ponderación, y la proporcionalidad dan origen a la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría si un medio alternativo es *solamente un poco* peor en términos de intervención, pero promueve el derecho o bien constitucional en colisión *en mucho mayor* extensión? ¿O promueve el derecho o bien en colisión en una ligera menor extensión, pero representa una *mucho menor* severa intervención? Aquí queda claro que ambos tipos de medios alternativos no cuentan como medios menos lesivos, ya que ambos no son menos restrictivos y realizan el derecho o bien en colisión en al menos la misma extensión, en comparación con el medio escogido por el Estado. En los dos casos de medios alternativos, la relación costo-beneficio es, sin embargo, mucho mejor —en el primer caso, debido a que podemos tener mayor beneficio al promover el derecho o medio en colisión mucho más con solamente un leve incremento en la severidad de la intervención, en el segundo caso, podemos tener una mucho menor severa

intervención con sólo una leve reducción de la promoción del derecho o bien en colisión—. Asumiendo una escala limitada triádica doble, existen nueve niveles que pueden ser distinguidos: «leve-leve» (nivel 1), «leve-moderado» (nivel 2), «leve-grave» (nivel 3), «moderado-leve», (nivel 4), «moderado-moderado» (nivel 5), «moderado-grave» (nivel 6), «grave-leve» (nivel 7), «grave-moderado» (nivel 8) y «grave-grave» (nivel 9)¹. Adicionalmente, asumamos que el Estado escoge un medio, interviniendo con el derecho constitucional (D) con un nivel 5 y realizando los derecho o bienes en colisión (DBC, de ahora en adelante) con un nivel 5. Estos es un empate, por lo que la transferencia es proporcional en sentido estricto. No obstante, en nuestro ejemplo hay dos medios alternativos, M_{A1} y M_{A2} .

Tabla I

Medios	Intervención en D	Importancia de promoción de DBC
M_E	‘moderado-moderado’ (nivel 5)	‘moderado-moderado’ (nivel 5)
M_{A1}	‘moderado-grave’ (nivel 6)	‘grave-grave’ (nivel 9)
M_{A2}	‘leve-leve’ (nivel 1)	‘moderado-leve’ (nivel 4)

Los dos son proporcionales en sentido estricto y ambos son mejores que M_E en términos de relación costo-beneficio. Si una escala triádica triple es posible, conduciendo a 27 niveles en lugar de solamente 9, tales medios alternativos se volverán incluso más reconocibles en la mayoría de los casos.

3.2. ¿Qué hacer con tal tipo de medios alternativos?

¿Qué se supone que debemos hacer con este tipo de medios alternativos? Respecto a estos, existen dos acercamientos posibles: el ignorarlos o considerarlos.

a. El ignorar los medios no menos lesivos, pero más eficientes

El primer acercamiento es ignorar tales medios no menos lesivos, pero más eficientes. La completa optimización podría ser, o así lo diría el argumento, un fin moral o político, pero no un estándar jurídico para el control constitucional o de las cortes internacionales. Tal tendencia existe en algunas contribuciones

¹ Respecto a la idea de la escala triádica doble como una instancia de la escala limitada, véase Alexy, 2002 y Borowski, 2018.

académicas y alguna jurisprudencia. Es más, esta tendencia es apoyada por el hecho de que la tradicional caracterización de la proporcionalidad no exige el considerar tales medios alternativos no menos lesivos en el sentido de la grada de necesidad. Uno podría agregar: Hemos trabajado con esta caracterización por décadas sin aparentes menoscabos.

b. El considerar los medios no menos lesivos, pero más eficientes

En otoño de 2021 ofrecí una presentación en Bayreuth acerca de esta cuestión y argumenté, hasta cierta extensión, a favor de considerar tales medios no menos lesivos, pero más eficientes. Esta presentación fue publicada en 2022 en alemán (Borowski, 2022) y al español en 2024 (Borowski, 2024e). En este trabajo propongo también el reinterpretar un problema clásico de la grada de necesidad: interpretar el requisito de etiquetado para la protección del consumidor como un medio menos lesivo en comparación con una prohibición de venta de dichos productos, es decir, como una instancia de un medio no menos lesivo, pero más eficiente, debido a que un requisito de etiquetado es un poco menos eficiente, pero mucho menos restrictivo desde el punto de vista de la libertad (Borowski, 2024e). Para estar seguro, también expliqué el por qué dicha reinterpretación difícilmente cambia algo en la práctica (Borowski, 2024e). Volveré a este punto más adelante.

Es más, incluso he propuesto la relación costo-beneficio como un criterio secundario desde 1998 en mi reconstrucción de la prohibición de los medios insuficientes, es decir, la proporcionalidad aplicada en los derechos positivos, dentro de mi tesis doctoral, *Los derechos como principios (Grundrechte als Prinzipien)*. Extender la consideración de tales medios alternativos a la prohibición de medios excesivos vuelve más coherente la reconstrucción de todo el fenómeno general del test de proporcionalidad, eso continuo pensado.

Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (2022), en una sentencia de septiembre de 2022, respaldo esta misma cuestión, de manera sorprendente. El pasaje relevante señala:

Al justificar una intervención en un derecho constitucional a través de una ley, debe considerarse también si medios menos eficientes, pero que son menos lesivos del derecho fundamental, podrían ser aceptados. Si el medio bajo control es más eficiente que otros medios menos restrictivos en alcanzar el fin legítimo, entonces, es idóneo y necesario. Sin embargo, los medios elegidos pueden ser considerados como desproporcionados si, por ejemplo, medios *menos restrictivos* están disponibles, cuya efectividad es solamente un poco menor que la del medio objeto del control.

Este pasaje requiere de un análisis cuidadoso, en este contexto es suficiente el resaltar dos aspectos importantes. El primer aspecto es que un medio, que es un poco menos efectivo que el medio empleado por el Estado, puede contar como medio alternativo relevante, que es un medio alternativo de tipo M_{A2} en la Tabla I. El segundo aspecto es que la decisión del Tribunal piensa que esto es un problema de la ponderación en sentido estricto. Yo entiendo y apoyo el primer aspecto, pero con una salvedad que será desarrollada más adelante. No obstante, estoy menos seguro del segundo aspecto.

Para empezar, en el entendimiento tradicional de la proporcionalidad en su sentido estricto, no existen medios alternativos a considerar. Si uno lo hace, entonces cambia esta tercera grada de manera fundamental. Si uno presenta la operación demandada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como una «ponderación», uno debería resaltar que son comparadas las *diferencias* en lugar de los principios. Relevante es que las diferencias entre las intervenciones causadas por M_E y M_{A2} , (nivel 5 a nivel 1) por un lado, comparadas con las *diferencias* al realizar los derechos y bienes en colisión (nivel 5 a nivel 4), por el otro. Las funciones de los principios —es decir, las diferencias en el peso— son ponderadas en lugar el peso de los principios mismos. Tal ponderación de diferencias no ha sido, por lo que puede verse, reconstruida en mayor detalle hasta ahora. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ni siquiera intenta el clarificar esto de manera más detallado

Otro problema: si el Tribunal Constitucional Federal Alemán piensa que un medio menos lesivo, pero más eficiente del tipo M_{A2} en mi Tabla I necesita ser considerado, ¿por qué no el medio alternativo de tipo M_{A1} ? El tribunal no dice nada al respecto a esta segunda categoría de medios alternativos. Si estos dos tipos de medios alternativos son posiblemente preferidos en comparación con M_E , ¿qué criterio, si alguno, nos dice cuál de estos dos medios alternativos M_{A1} y M_{A2} debe ser preferido sobre los otros, respectivamente? Estas son consideraciones que son, desde mi perspectiva, paralelas a la prohibición de los medios insuficientes (en alemán: *Untermäßverbot*), en donde varios medios alternativos necesitan ser considerados desde el inicio (Borowski, 2024e).

Como mencioné, el considerar un medio no menos lesivo, pero más eficiente difícilmente cambia algo en la práctica. ¿Por qué esto es así? Esto se debe a que estos medios alternativos son caracterizados por el hecho de que estos son solamente un poco más restrictivos (tipo M_{A1}) o son solamente un poco menos lesivos (tipo M_{A2}). Estas pequeñas diferencias tienden a desaparecer si es considerada la discrecionalidad epistémica. Consideremos que la discrecionalidad epistémica faculta

al legislador el apartarse un nivel de la evaluación del tribunal constitucional en ambas direcciones (a menos que sea al final del espectro, sino entonces solamente hay una dirección). Las tablas antes mencionadas cambian de la siguiente manera:

Tabla II

Medios	Intervención en D	Importancia de realización de DBC
M_E	‘moderado-leve’ a ‘moderado-grave’ (nivel 4-6)	‘moderado-leve’ a ‘moderado-grave’ (nivel 4-6)
M_{A1}	‘moderado-moderado’ a ‘grave-leve’ (nivel 5-7)	‘grave-moderado’ a ‘grave-grave’ (nivel 8-9)
M_{A2}	‘leve-leve’ a ‘lm’ (nivel 1-2)	‘leve-grave’ a ‘moderado-moderado’ (nivel 3-5)

Por ejemplo, el legislador puede asumir que M_{A1} interviene con un nivel 7 y que la importancia de la realización de derechos y bienes en colisión es solamente 8, y podría bien asumir que M_E interviene con un nivel 4 y que la importancia de la realización de los derechos y bienes en colisión para estos medios es 6 (estos valores se encuentran en la tabla). Al tener en cuenta la discrecionalidad, el legislador puede considerar en términos de la relación costo-beneficio que M_E (de 4 a 6) es de hecho mejor que M_{A1} (de 7 a 8). La totalidad del argumento a favor de M_{A1} como un medio más efectivo, ese decir, un medio alternativo que debe ser preferido respecto de M_E , desaparece.

El que el argumento típicamente desaparece al considerar la discrecionalidad explica el por qué no habíamos descubierto antes esta cuestión. Ahora que lo entendemos, no podemos, sin embargo, descartar que de hecho juegue un papel práctico si es que se presenta poca o nula discrecionalidad epistémica y podemos tener una escala más fina. Para tales raros casos, la nueva categoría de los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes hace una diferencia práctica y lo hace con una justificación convincente. Lo anterior merece un lugar adecuado dentro de la estructura del test de proporcionalidad, siendo consciente que, no obstante, en la mayoría de los casos no cambia nada.

IV. MEDIOS ALTERNATIVOS INTERVINIENDO EN LOS DERECHOS Y BIENES DE TERCEROS

La percepción de que el considerar a los medios alternativos en la grada de necesidad es muy estrecho no es del todo nueva, pero la doctrina en el derecho constitucional ignora en gran medida la cuestión. Esto es de alguna manera dife-

rente en los escritos de la teoría constitucional sobre el test de proporcionalidad (Alexy, 2022, Dechsling, 1989; Borowski, 2018). La clásica caracterización de la grada de necesidad se concentra en un determinado derecho constitucional, una restricción para este derecho constitucional y la persona que sufre el medio elegido por el Estado. En el momento en que un medio alternativo trae consigo otro derecho constitucional, otro bien constitucional u otra persona al juego, entonces no hay una respuesta significativa. Esta clase de medios alternativos es de hecho relevante prácticamente muy seguido, pero sorprendentemente hay poco debate en la doctrina y libros académicos de derecho constitucional sobre esta cuestión.

4.1. La jurisprudencia clásica del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Existen dos decisiones clásicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre medios alternativos interviniendo en otros derechos, bienes o derechos de terceros.

a) El acumulamiento de aceite mineral (1971) entre 1960 y 1970 – BVerfGE 30, 292-336

La primera decisión data de 1971. Cuando comenzaba la Guerra Fría en los años sesenta, empezó a notarse que Alemania, completamente dependiente de las importaciones de aceite mineral, necesitaba de una reserva estratégica de diésel, queroseno y otros productos de aceite mineral para propósitos económicos y militares. En lugar de organizar tal tipo de reserva a través del Estado, solamente eran obligados los importadores de aceite mineral, empresas privadas, a mantener una cierta reserva todo el tiempo.

Esta era una intervención con su actividad empresarial, constitucionalmente protegida por el art. 12 de la Constitución alemana. En el control constitucional, el Tribunal Constitucional Federal Alemán examinó la proporcionalidad de esta intervención. Los hechos del caso son realmente complejos, basta decir que los quejosos señalaron dos medios alternativos: primero, el Estado podría proveer una reserva estratégica al emplear sus propios medios, o, segundo, otro grupo de actores privados —la totalidad de comerciantes en el mercado de aceite mineral— podrían ser gravados con mantener una reserva de productos de aceite mineral, resultando en una menor interferencia para ellos comparada con la intervención experimentada por los importadores. El Tribunal Constitucional Federal Alemán trató el problema al evaluar la proporcionalidad en sentido amplio y rechazó la idea de que estas dos líneas de actuación fueran medios alternativos menos lesivos relevantes. Consideró la reserva estratégica organizada por el Estado como no igualmente efectiva. Ello es difícilmente convincente, y las consideraciones que

supuestamente respaldaban esto no son, francamente, coherentes ni convincentes. Básicamente lo mismo aplica al gravamen para la totalidad de los comerciantes en lugar de los importadores, aquí la discreción del legislador es expresamente enfatizada. A pesar de la falta de una clara justificación del por qué estos medios alternativos no son considerados como decisivos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán evaluó estos medios alternativos al aplicar los criterios de la grada de necesidad. No se menciona específicamente, pero es obvio que, si el Estado organiza la reserva por sí mismo u obliga a todos los comerciantes en lugar de los importadores, esto es menos restrictivo para los importadores, pero ambos medios no son supuestamente igualmente efectivos o, considerando la discrecionalidad, estos pueden ser posiblemente considerados como igualmente efectivos desde el punto de vista del legislador.

b) La prohibición del arrendamiento laboral (1978) – BVerfGE 77, 84-120

A principios de 1980, se volvió aparente que había un problema grave con el «trabajo ilegal» en Alemania, particularmente, en el sector de construcción. Inmigrantes ilegales eran contratados a veces y las contribuciones de seguridad social e impuestos no eran frecuentemente pagados por los trabajadores y el empleador. Resultó ser difícil para las autoridades administrativas alemanas el aplicar la ley en esta área.

Ante este trasfondo, el legislador federal alemán decidió el prohibir completamente el arrendamiento laboral en el sector de construcción. Una compañía que se había especializado en el arrendamiento laboral dentro del sector en la construcción presentó una demanda constitucional y reclamó que su libertad corporativa, conforme al art. 12 de la Ley Fundamental alemana, fue lesionada. Los quejosos argumentaron que existían medios menos lesivos y al menos igualmente efectivos para el Estado. El Estado podría intensificar las medidas de aplicación de la ley hasta un punto de suficiente efectividad que fuera equiparable a la prohibición total del arrendamiento laboral en el sector de construcción.

A diferencia del caso anterior de la acumulación de aceite mineral, el Tribunal Constitucional Federal Alemán no tomó la fácil y poco convincente ruta de señalar que los medios alternativos no eran igualmente efectivos —era obvio que podían ser igualmente efectivos—. Y el medio alternativo era, además, obviamente menos lesivo que la prohibición total del arrendamiento laboral, visto desde la perspectiva de los quejosos. Entonces, ¿por qué no es un medio menos lesivo en el sentido clásico de necesidad? Debido a que el tercer principio, las finanzas del Estado son significativamente afectadas. Según el Tribunal

Constitucional Federal Alemán, el legislador podría considerar a los medios financieros requeridos para intensificar la aplicación de la ley como «inaceptables» (*unzumutbar*). No obstante, esto es el lenguaje de la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual no tiene lugar en la grada de necesidad. Esto plantea la pregunta de qué es lo realmente analizado en tales casos.

4.2. El debate académico acerca de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros

El problema de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros recibió cierta —pero realmente limitada— atención en los escritos académicos sobre la teoría de los derechos constitucionales. La reconstrucción más fiel al razonamiento del Tribunal Constitucional, en el caso del arrendamiento laboral antes mencionado, constituye que tales medios alternativos *son* en realidad una cuestión de la grada de necesidad, refinada por el que es llamado «criterio Kaldor-Hicks modificado» introducido en el debate por Rainer Dechsling. Este es un criterio desarrollado en la teoría económica, conforme al cual una distribución de riqueza debe ser preferida, si aquellos que son beneficiados por una medida pueden compensar a aquellos que son afectados por tal medida (Borowski, 2021). Aplicado al ejemplo de la prohibición total del arrendamiento laboral: si el beneficio en términos de libertad de las compañías involucradas tiene mayor peso que la carga financiera del Estado, entonces, el balance es positivo. Por supuesto, una compensación como tal no tiene lugar en los hechos, pero que una compensación hipotética es posible está indicada por el mayor peso dentro de la ponderación. Esto quiere decir que los medios cuentan, según Rainer Dechsling, como medios alternativos en el sentido de la grada de necesidad refinada, es decir, el óptimo de Pareto combinado con el criterio Kaldors-Hicks. Sin embargo, si la carga financiera para el Estado supera el beneficio en términos de libertad, entonces *no* es un medio alternativo en la versión refinada de la grada de necesidad.

Esta modificación de la grada de necesidad por el Tribunal Constitucional significa que ahora la ponderación directa es requerida. No obstante, esta no es una ponderación entre el derecho constitucional (D) y el derecho o bien en colisión (DBC), sino entre la intervención en el derecho resultado de los medios empleados por el Estado y la intervención combinada en el derecho constitucional y la intervención en el tercer principio (Borowski, 2021). Ya que las finanzas estatales están en juego, este bien podría ser abreviado como (FE). Esto tiene dos dimensiones, una dimensión sustantiva, ya que el Estado tiene que recaudar dinero por medio de impuestos, y una dimensión formal, debido a que el parlamento tiene soberanía presupuestaria. Por ello, la tabla tomaría la siguiente forma:

Tabla IIIa

Medios	Intervención en D	Intervención en FE	Importancia de la realización de DBC
M_E	‘grave-leve’ (nivel 7)	–	‘grave-moderado’ (nivel 8)
M_{AFE}	‘leve-moderado’ (nivel 2)	‘grave-leve’ (nivel 7)	‘grave-moderado’ (nivel 8)

La cuestión clave ahora es si la intervención combinada en «D» y «FE» a través del medio alternativo de aplicación estatal (M_{AFE}) es menos lesivo comparación con la intervención en «D» solamente a través del medio empleado por el Estado (M_E). Debido a que esto requiere el establecer una tasa de intercambio de las intervenciones de «D» y «FE», esto es una forma de ponderación directa. Ya que los valores han sido ya escogidos, la respuesta es negativa: una intervención en los dos principios con nivel 2 y 7 no es menos lesiva que una intervención en un principio de nivel 7. Entonces, M_{AFE} no debe ser preferido desde el punto de vista de la Constitución. El preferir el M_E respecto de M_{AFE} es constitucional.

164

Además, si existe un empate, entonces, M_E y M_{AFE} pueden ser ambos elegidos por el legislador. Esto entonces cuenta como una instancia discrecionalidad estructural.

Si uno evalúa el peso de «FE» de manera distinta, entonces la tabla puede cambiar la siguiente manera. Aquí M_{AFE} interviene, incluso si consideramos a «D» y «FE», menos que la importancia de promover «DBC». Estrictamente hablando, esto depende de las asunciones de las secuencias geométricas subyacentes. Si la base es «2», justo como en los ejemplos de Alexy, entonces esto es verdad. Lo anterior es diferente para una base mucho más cercana a «1», tal como «1,1».

Tabla IIIb

Medios	Intervención en D	Intervención en FE	Importancia de promover DBC
M_E	‘grave-leve’ (nivel 7)	–	‘grave-moderado’ (nivel 8)
M_{AFE}	‘leve-moderado’ (nivel 2)	‘moderado-leve’ (nivel 4)	‘grave-moderado’ (nivel 8)

Por supuesto, la discrecionalidad epistémica a menudo juega un papel decisivo en el control constitucional también para este tipo de medios alternativos, es

decir, medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros. Esto explica el por qué esta cuestión no ha sido discutida de manera más intensa. Hasta cierto punto, uno puede afirmar de manera *plausible y no arbitraria* que tales medios alternativos no son igualmente efectivos.

Mientras que el ejemplo anteriormente mencionado considera las finanzas del Estado debo subrayar que el tercer principio o derecho de otra persona puede ser cualquier principio constitucional relevante. Un medio alternativo en el caso del aceite mineral fue el gravar a otros en un menor grado, pero con la misma efectividad de promover «DBC», aquí el tercer principio afectado fue la libertad de las personas. En realidad, depende de si gravar los dos grupos —los importadores y los comerciantes de manera similar— puede tener la misma efectividad de promoción de los derechos y bienes en colisión, con una menor intervención en la libertad total. Aquí también entra en juego la igualdad. ¿Por qué debería yo poder, desde el punto de vista de la libertad, transferir a otros la carga que me fue impuesta? Sin embargo, una reconstrucción comprensiva y completa de la relación entre libertad e igualdad requiere que ambas, la proporcionalidad al evaluar las pretensiones emanadas de la libertad y la proporcionalidad al evaluar las pretensiones emanadas de la igualdad (Borowski, 2024c) sean completamente entendidas.

165

Las cosas se vuelven más complicadas si el medio alternativo no realiza el derecho o bien en colisión en la misma medida que el medio original, pero con mayor o menor extensión. Supongamos que para M_{AFE} en la Tabla IIIa, el valor de la «importancia de realizar DBC» es «grave-grave» (nivel 9) en lugar de «grave-moderado» (nivel 8).

Solamente para clarificar la relación entre los dos tipos de medios alternativos mencionados anteriormente —los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (sección II.) y los medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, o derechos de terceros (sección III)—, las dos categorías pueden superponerse. La cuestión de la relación costo-beneficio puede volverse relevante en grupos de casos más complejos, los cuales involucren tres o más principios y/o más personas.

V. CONCLUSIONES. El nuevo esquema (la expansión de la segunda grada de la proporcionalidad)

A pesar de que la cuestión de la discrecionalidad crea dos entendimientos nuevos de medios alternativos —(i) no menos lesivo, pero más eficiente y (ii) medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de

terceros— aunque de alguna manera menos relevantes en la práctica, puede ser que, a pesar de la discrecionalidad, se pueda determinar con suficiente certeza que tal medio alternativo deba ser preferido desde el punto de vista de la Constitución. Esto quiere decir que el evaluar tales medios alternativos debería ser parte integral del test de proporcionalidad.

Pero, ¿en dónde dentro del esquema de las tres gradas pueden ser analizados estos nuevos tipos de medios alternativos recientemente entendidos? El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha considerado la cuestión de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, en el caso de la acumulación de aceite mineral y la decisión del arrendamiento laboral, dentro de la «grada de necesidad». Esto puede sugerir que en esta grada es en donde los medios alternativos son considerados usualmente, si uno pregunta por un medio menos restrictivo. Para ser claros, la clásica evaluación de si existe un medio menos lesivo no involucra una ponderación directa, mientras que la evaluación de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, requiere de hecho alguna forma de ponderación directa. El considerar estos medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, dentro de la proporcionalidad clásica en su sentido estricto puede parecer un mejor lugar, pero esta grada no involucra tradicionalmente medios alternativos en primer lugar y se requiere, como ya se mencionó, una de ponderación de diferente tipo. No existe realmente un lugar convincente para evaluar los medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, o derechos de terceros, dentro del esquema tradicional de las tres gradas de proporcionalidad.

Lo mismo aplica a los medios no menos restrictivos, pero más eficientes, los cuales son entendidos por el Tribunal Constitucional alemán, en su decisión de 2022, ya mencionada, como una cuestión de proporcionalidad en sentido estricto. Los recelos ya explicados aplican aquí también *mutatis mutandis*.

Para evitar el cambiar las tres gradas existentes y ya probadas en alguna forma poco clara o confusa, la estructura más convincente sería la siguiente:

1. Idoneidad
2. Medios alternativos
 - a) Medios alternativos menos lesivos (tradicionalmente la evaluación de necesidad)
 - b) Medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes

- c) Medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, y derechos de terceros

3. Proporcionalidad en sentido estricto

Este esquema reconoce que, en la evaluación de los recién descubiertos medios alternativos, es decir, los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2.b)) y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes, o derechos de terceros (2. c)) no encajan bien ya sea tanto en los medios alternativos menos lesivos (2. a)) o en la proporcionalidad en sentido estricto (3) —los dos deben ser gradas o sub-gradas—. Este esquema reconoce que los medios alternativos menos lesivos (2. a)), los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2. b)), y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes (2. c)), todos requieren la evaluación de tales medios con alguna forma de ponderación —diferente a la ponderación en la grada de proporcionalidad en sentido estricto—, la cual se empleará para los medios no menos lesivos, pero más eficientes y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes.

A saber, por supuesto, si no se presentan o menciona explícitamente en la demanda alguno de los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2. b)) y/o medios alternativos interviniendo en derechos y bienes (2. c)), entonces, estos pasos se pueden saltar. Considerando la discrecionalidad, esto puede ser más la regla que la excepción. Y si es obvio que el medio empleado por el Estado no supera la evaluación tradicional test de proporcionalidad en sentido estricto, la última grada del test de proporcionalidad en sentido amplio, entonces no hay necesidad de complejas evaluaciones acerca de los medios alternativos en la segunda grada. Lo mismo aplica para la nueva y más compleja segunda grada «Medios alternativos (2.)», así como lo hizo para la vieja, pero menos compleja, grada de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2022). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3.^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2016). The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 36, 1-17.
- Alexy, R. (2007). The Weight Formula. En Stelmach, J., Brozek, B. y Zaluski, W. (eds.) *Frontiers of Economic Analysis of Law – Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, traducción de B. Brozek y S. L. Paulson, Jagellonian University Press, 9-27.

- Alexy, R. (2002). Postscript. En Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, traducción de Julian Rivers, Oxford University Press, 388-425.
- Barak, A. (2009). *Proportionality, Constitutional Rights, and their Limits*, Cambridge University Press.
- Beatty, D. M. (2004). *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press.
- Borowski, M. (2024a). La marcha triunfal de la proporcionalidad. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales* (2.^a ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 171-215). Tirant Lo Blanch.
- Borowski, M. (2024b). Derechos fundamentales de prestación. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales* (2.^a ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 321-375). Tirant Lo Blanch.
- Borowski, M. (2024c). La estructura de los derechos de igualdad. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.^a ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 377-424). Tirant Lo Blanch, .
- Borowski, M. (2024d). El control limitado en la ponderación de derechos fundamentales. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.^a ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 479-519). Tirant Lo Blanch.
- Borowski, M. (2024e). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización completa. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.^a ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 217-243). Tirant Lo Blanch.
- Borowski, M. (2022). Die vollständige Optimierung von Grundrechten. En Bäcker, C. (ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff. Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte*, Mohr Siebeck, pp. 197-215.
- Borowski, M. (2021). Necesidad y ponderación. En D. B. González Carvallo y R. Sánchez Gil (Eds.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias* (pp. 233-270). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien* (3.^a ed.). Nomos.
- Dechsling, R. (1989). *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Verlag Franz Vahlen.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán (2022). 1 BvR 2380/21 and 1 BvR 2449/2.