

## QUINTA PARTE

### LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN Y DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD\*

SUMARIO: 1. La trilogía jurídica: Estado, perturbador y víctima. a) La ambivalencia de los derechos fundamentales y los actos administrativos con doble efecto. b) La ambivalencia y la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares –*Drittwirkung der Grundrechte*–. c) La tutela judicial y los deberes fundamentales de protección. 2. Contenido y alcance de los deberes fundamentales de protección. a) El umbral de peligro. b) Medios de protección. c) La discrecionalidad legislativa y las directrices de la Constitución. d) El inevitable riesgo residual. 3. La remisión a la ley. a) La reserva de ley. b) La mediatización legal del derecho fundamental a la seguridad. 4. El estatus jurídico fundamental del perjudicado por la intervención estatal. a) Los derechos ajenos como límite general de los derechos fundamentales. b) Los derechos fundamentales del *status negativus* del perturbador y del no perturbador. c) La coordinación de los derechos fundamentales como cometido del Estado de Derecho. d) La carencia de valor de la fórmula *in dubio pro libertate*. 5. El estatus de derechos fundamentales del necesitado de protección. a) La defensa frente a una protección impuesta. b) La ventaja del beneficiado por la protección: ¿Reflejo del derecho fundamental o derecho subjetivo? c) La concesión legal del derecho a la protección. d) El derecho a la actuación del legislador. e) El derecho subjetivo (formal) a una solución del caso particular sin errores de discrecionalidad. f) La legitimación constitucional del derecho a la protección policial. 6. Deber de protección y discrecionalidad: el principio de oportunidad de la policía y la administración. a) La legítima discrecionalidad de la administración en la adopción de resoluciones. b) Las directrices fundamentales de la discrecionalidad.

\* Traducción de TERESA MANSO PORTO.

## 1. La trilogía jurídica: Estado, perturbador y víctima

### a) *La ambivalencia de los derechos fundamentales y los actos administrativos con doble efecto*

La ambivalencia del Derecho Constitucional es comparable (*mutatis mutandis*) con el doble efecto de los actos administrativos. Otorgándose libertad de construcción a un solicitante, se puede perjudicar a un vecino en sus derechos. La prohibición a una empresa de operar una planta que generaría riesgo para el medio ambiente perjudica al empresario, mientras que otorga el control de la contaminación a los vecinos. La administración interviene en un conflicto entre particulares a favor de una parte y en contra de la otra.

La figura jurídica del acto administrativo con doble efecto se ha desarrollado en la legalidad sistemática del Derecho Administrativo independientemente de los derechos fundamentales, pero se ha ido acercando progresivamente a los mismos. Hoy en día su contenido y su justificación van vinculados a ellos<sup>1</sup>. El acto administrativo con doble efecto es la adecuada forma de actuación de la administración, cuando en su ámbito de competencia tiene que preservar y proteger los derechos fundamentales. El organismo competente para autorizar las construcciones debe en el doble efecto de resolución de su decisión equiparar el derecho a la libertad de construcción del solicitante y los –posiblemente opuestos– derechos fundamentales de los vecinos. La autoridad de inspección se mueve entre dos fuegos constitucionales: la libertad de trabajo y de propiedad del empresario, de un lado, y la protección de la vida, la salud y la propiedad de los vecinos, por el otro.

Toda vez que el Derecho Administrativo configura un con-

<sup>1</sup> Marca el rumbo la fundamentación de la demanda de unos vecinos contra una concesión administrativa basada en los derechos humanos en Tribunal Constitucional alemán 54, 211 (220-223). El fundamento dogmático en Tribunal Constitucional alemán 11, 95 (96 y s.), con comentario de Otto Bachof, en DVBl. 1961, p. 129 s.

flicto de este tipo, el ciudadano tiene dos caminos de acción posibles para protegerse de abusos privados:

- Denunciar al agresor ante el tribunal ordinario, reclamando la ejecución privada de lo omitido y una indemnización, según garantiza el Derecho Civil;
- así como solicitar a la administración que ejerza su potestad para defenderle del peligro e interponer la correspondiente acción contencioso-administrativa que obligue a la administración a resolver la cuestión (*Verpflichtungsklage*).

El sistema de protección jurídica de bienes se presenta como un triángulo de relaciones jurídicas entre el Estado, el agresor y la víctima. Entre el Estado y el agresor existe una relación jurídica pública de intervención, y entre el Estado y la víctima, una relación de prestación de asistencia. Pero entre el agresor y la víctima sólo tiene aplicación el Derecho Privado.

b) *La ambivalencia y la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*  
 –“*Drittwirkung der Grundrechte*”–

El concepto de las relaciones de protección e intervención de los derechos constitucionales no tiene ninguna relación con la teoría horizontal de los derechos fundamentales<sup>2</sup>. El efecto horizontal (*Drittwirkung der Grundrechte*) significa vigencia mediata o inmediata de los derechos fundamentales entre particulares. Los ciudadanos no sólo son portadores, sino también destinatarios de los derechos fundamentales, con la consecuencia de que el derecho fundamental a la libertad y la correspondiente obligación constitucional se neutralizan mutuamente, tanto que

<sup>2</sup> *Cum grano salis* puede aceptarse la tesis de Benda de que el deber de protección del Estado para defender los derechos fundamentales frente a los peligros es una “correa de transmisión” esencial para el efecto horizontal de los derechos fundamentales (ob. cit. en nota 18, Cuarta Parte, p. 243). Una clara diferenciación entre el deber fundamental de protección y el efecto horizontal de los derechos fundamentales en Rauschning (ob. cit. en nota 18, Cuarta Parte, pp. 182-185). Material sobre la teoría del efecto horizontal: BLECK-MANN, Albert, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, pp. 137-153.

el Derecho Privado, aun siendo mucho más diferenciado, se ve solapado y aplastado por las lapidarias normas constitucionales; la resolución de los conflictos jurídicos constitucionales entre particulares se sustrae a las reglas del Derecho Privado y se reconduce a consideraciones de bienes de carácter suprallegal.

En cambio, los derechos constitucionales con doble efecto se dirigen exclusivamente al Estado. Se dirige al Estado el *status positivus* del beneficiado por la intervención y se dirige al Estado el *status negativus* del perjudicado por la intervención. La relación de Derecho Privado entre ambos permanece inalterada. El concepto de la ambivalencia de los derechos constitucionales cumple así un objetivo esencial que es el que persigue la doctrina del efecto horizontal<sup>3</sup>, pero no rebasa los límites del sistema jurídico, como sucede con aquélla.

c) *La tutela judicial y los deberes  
fundamentales de protección*

Es presupuesto, pero no contenido de los deberes fundamentales de tutela, que el Estado garantice el ordenamiento jurídico-privado y satisfaga las garantías institucionales de la Constitución, como por ejemplo la garantía de la propiedad. La prestación que cumple aquí el Estado es la configuración de los bienes jurídicos, no su protección. La protección de la que se trata en los deberes fundamentales de tutela se realiza en el mismo plano jurídico que su contrapunto, esto es, la limitación de derechos fundamentales: en el plano de subordinación entre los ciudadanos y el Estado, y no en el plano de la coordinación entre particulares. Los deberes de tutela comprenden los bienes jurídicos privados en el aspecto dirigido al Estado.

<sup>3</sup> La doctrina del efecto horizontal se orienta además hacia una meta social del Estado. Pero en este sentido es deficiente. La Constitución del Estado de Derecho no impone deberes efectivos a los ciudadanos de forma inmediata, sin una ley intermedia. Cargas y prestaciones sociales que forman parte del proceso de repartición del Estado social sólo pueden fundamentarse en una ley, esto es, sólo pueden ser puestos en práctica a través del Estado vinculado por los derechos fundamentales.

Sin duda alguna se dirige al Estado el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos privados. La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del *status positivus libertatis*. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado de Derecho a cambio de la renuncia a la venganza privada que exige a sus ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal.

El derecho a la garantía de la justicia existe con independencia del derecho fundamental a la seguridad, que es de estructura afín. Pero la protección administrativa de los derechos privados suele ejercerse sólo de forma subsidiaria. Entra en escena cuando fracasa la protección regular de los derechos privados. El principio de subsidiariedad de la tutela policial se nos presenta como una máxima limitadora de carácter general: la policía sólo está obligada a proteger los derechos privados cuando la tutela jurídica no se puede conseguir o al menos no a tiempo, y la defensa frente al peligro no puede lograrse sin la ayuda policial<sup>4</sup>. Los deberes fundamentales de protección no sustituyen ni solapan al Derecho Procesal Civil.

A quienes estén en peligro se les pueden abrir las dos vías de defensa jurídica, tal y como se muestra en el ámbito del Derecho industrial y de la construcción. Esta duplicidad resulta de que la administración no sólo se ocupa de asuntos públicos, sino también de restablecer el equilibrio en caso de conflicto

<sup>4</sup> Sobre el principio de subsidiariedad en Derecho policial: § 1 II, Ley de Policía de Renania del Norte/Westfalia (en adelante: nw PolG). Al respecto: MARTENS, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 122-124; GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 35 s. Sobre un problema específico: SCHLINK, Bernhard, *Die polizeiliche Räumung besetzter Häuser*, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1982, pp. 529-531; DEGENHART, Christoph, *Öffentlichrechtliche Fragen der "Hausbesetzung"*, en *JuS* 1982, p. 331.

entre intereses privados, asumiendo con ello responsabilidad en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>5</sup>.

## **2. Contenido y alcance de los deberes fundamentales de protección**

Los deberes fundamentales de protección no se comprenden a través de un único resorte jurídico. La materia jurídico-constitucional está diversificada. No conforma un cuerpo jurídico cerrado. Es normativamente fragmentaria y, como tal, está sujeta a la complementación y configuración a través de la ley.

### *a) El umbral de peligro*

El umbral de peligro que activa los deberes de protección no es único para todos los bienes jurídicos fundamentales. No depende sólo de la cualidad del bien jurídico en peligro, sino también de otro tipo de factores jurídicos y reales: la intensidad del peligro, los medios posibles de defensa o la pérdida de derechos que puede suponer la intervención estatal defensiva tanto para el perturbador como para terceros. Así, determinadas medidas policiales sólo pueden estar autorizadas por la ley en caso de que exista un peligro actual considerable, un peligro acuciante o un peligro para la integridad corporal o la vida<sup>6</sup>. En cambio, hay ámbitos de seguridad sensibles en los que ya es suficiente con que exista una probabilidad más lejana de que se produzca un daño para que se active el deber de protección (ejemplo: peligro proveniente de una central nuclear)<sup>7</sup>. La necesidad de protección surge antes en el caso de los bienes capitales vida e integridad corporal que en el caso de bienes reales como la propiedad y la posesión. El Estado puede exigirle a sus ciudadanos

<sup>5</sup> Cfr. Tribunal Constitucional alemán 53, 30 (58), acerca de la licencia en materia de sustancias radioactivas.

<sup>6</sup> Sobre la evaluación del riesgo en Derecho policial: GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 56-64, 222 s. (con ulteriores referencias).

<sup>7</sup> Cfr. Tribunal Constitucional alemán 49, 89 (142), caso "Kalkar".

que soporten un riesgo cuando el daño pueda ser remediado, y ya no con tanta intensidad que cuando éste sea irreparable.

Están fuera del umbral del peligro todas aquellas molestias que conlleva la convivencia diaria. Aquí el Derecho no puede y no debe intervenir<sup>8</sup>. Son condiciones prejurídicas las que se encargan de reducir el riesgo de fricciones y de proteger a la humanidad: urbanidad, distancia, tacto, modales, cortesía, generosidad, consideración, tolerancia, amor al prójimo.

### b) *Medios de protección*

La Constitución no prescribe a los órganos estatales cómo deben garantizar el derecho fundamental a la seguridad. Deja en manos del legislador la determinación de los medios adecuados. Hay un amplio abanico de posibilidades a disposición.

Una forma de protección típica, aunque no exclusiva, es la medida policial para la defensa frente al perturbador que lesiona un bien jurídico fundamental. Según el Tribunal Constitucional alemán, el deber de protección que incumbe al Estado en el caso de la autorización de centrales nucleares que suponen un peligro para los bienes jurídicos de los vecinos se ve cumplido cuando la explotación económica de la energía atómica se hace depender de una autorización estatal previa y la concesión de la correspondiente licencia se sujeta al cumplimiento de otros presupuestos jurídico-materiales y jurídico-constitucionales regulados más pormenorizadamente: la autorización es, según el Tribunal, un medio adecuado de protección de terceros en pe-

<sup>8</sup> En la frontera entre un problema jurídico y un problema de tolerancia prejurídica está la debatida cuestión sobre si el Estado debe ofrecer protección a los fumadores pasivos frente a las inmisiones de los fumadores. El tema de los deberes fundamentales de protección, que en este ámbito de bagatela se discute seria y profundamente, amenaza con convertirse en algo ridículo. Sobre los deberes de protección en este contexto: OVG Berlín, auto del 18-4-75, en NJW 1975, p. 2261; SCHOLZ, Rupert, *Nichtraucher contra Raucher*, en JuS 1976, pp. 234-236; LOSCHELDER, Wolfgang, *Staatliche Regelungsbefugnis und Toleranz im Immissionsschutz zwischen Privaten*, en ZBR 1977, pp. 337-355; SUHR, Dieter, *Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff*, en JZ 1980, pp. 166-174.

ligo. “Al mismo tiempo, de ese modo el Estado puede dar mejor cumplimiento a su tarea de lograr un equilibrio entre las posiciones jurídicas de los ciudadanos expuestos al peligro, por un lado, y el explotador de la central nuclear por otro”<sup>9</sup>. Por lo demás, todas las formas de acción estatal pueden ponerse al servicio de la tarea de protección: prevención y represión, defensa frente a los peligros e imposición de penas, intervención y asistencia. El Tribunal Constitucional alemán postula la prevalencia de la prevención por encima de la represión; es –sostiene– tarea del Estado recurrir en primera línea a medios sociopolíticos y asistenciales para proteger la vida humana en formación<sup>10</sup>.

Antes que la política social está, sin embargo, la educación. Ello también tiene validez para el caso del *nasciturus*: “la principal meta de los esfuerzos estatales para la protección de la vida debe ser volver a despertar la voluntad de protección de la madre, allí donde se haya perdido, y, en su caso, reforzarla. Sin embargo, aquí las posibilidades de influencia por parte del legislador son limitadas. Las medidas que son puestas en marcha a menudo tienen efectos sólo mediatos o a largo plazo, a través de medidas educacionales y la correspondiente modificación de las actitudes y opiniones sociales”<sup>11</sup>.

En efecto, la seguridad del ciudadano frente al ciudadano es, en primera instancia, una cuestión de conciencia jurídica y del *ethos*. Dicho de forma drástica: la seguridad se sustenta en la cultura de derechos humanos de la sociedad. La cultura crece desde abajo: desde la libertad de los ciudadanos. El Estado tiene limitadas posibilidades de influir sobre ella<sup>12</sup>. Pero en la medida en que existan posibilidades jurídicas a su alcance, el Estado

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional alemán 53, 30 (57 s.), caso de la central nuclear Mülheim-Kärlich.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional alemán 39, 1 (44).

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional alemán 39, 1 (45).

<sup>12</sup> Al respecto, con más detalle: ISENSEE, Josef, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, en *Essener Gespräche*, t. 11, pp. 92-120 (en especial pp. 109-118).

tiene el mandato constitucional de fortalecer el fundamento ético de la seguridad y de cultivarlo en el civismo: en la tolerancia, en el respeto a los derechos de los demás, en los modales cívicos, en la disposición a solucionar las disputas de manera pacífica y en abordar los injustos sólo con mecanismos jurídicos. Pero sería una utopía pedagógica estatal esperar que la seguridad se alcance sólo a través de la educación y promover que la policía sea reemplazada por la escuela.

c) *La discrecionalidad legislativa y las directrices de la Constitución*

La Constitución deja un margen de discrecionalidad al legislador para que en su responsabilidad política adopte las medidas necesarias para salvaguardar los bienes jurídicos. Pero la arbitrariedad está determinada constitucionalmente. La totalidad de las medidas (no necesariamente una medida aislada) debe ser idónea para garantizar de forma real el bien jurídico respectivo<sup>13</sup>. Ello depende a su vez de lo sensible que sea el bien jurídico y de la situación de peligro real. Bajo determinadas condiciones, el margen de elección del legislador puede verse limitado a una única forma efectiva de protección, de tal manera que constitucionalmente se exija el empleo de la potestad punitiva —lo que sucede cuando la protección efectiva no puede alcanzarse de otro modo<sup>14</sup>—.

El legislador es responsable de evaluar los peligros y de poner a disposición suficientes instrumentos de defensa. La evaluación política sujeta a control judicial debe resultar plausible; debe ser defendible<sup>15</sup>. Si el pronóstico de peligro que realiza el legislador se evidencia como falso o los hechos sobre los

<sup>13</sup> Cfr. Tribunal Constitucional alemán 39, 1 (46).

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional alemán 39, 1 (46 y s.). En sentido similar: Tribunal Constitucional alemán 46, 160 (164 s.), caso “Schleyer”.

<sup>15</sup> Sobre el control judicial de los pronósticos legislativos: OSSENBÜHL, Fritz, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, en STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, t. 1, pp. 496-518.

que se sustenta se modifican de forma decisiva, el legislador debe mejorar la regulación y ajustarla a la nueva situación<sup>16</sup>. Una ley que en el momento de su promulgación satisface las exigencias constitucionales puede devenir inconstitucional en el curso de los acontecimientos, ya sea porque perjudica de forma desproporcionada y carente de sentido al perturbador potencial, ya sea porque protege insuficientemente a las víctimas potenciales. Así, las medidas de protección de los vecinos colindantes frente a instalaciones peligrosas pueden quedar desfasadas a consecuencia del desarrollo técnico, el cual puede generar nuevos peligros, pero también nuevos medios de protección frente a peligros<sup>17</sup>. El legislador está obligado constitucionalmente a que sus medidas se mantengan a la altura de los peligros cambiantes. Los deberes de protección de los derechos fundamentales fundamentan por tanto una responsabilidad permanente del Estado para con la seguridad de los ciudadanos. El Estado no puede despojarse de dicha responsabilidad a través de una regulación única.

Por lo demás, la seguridad no es sólo una cuestión de dictar leyes, sino también, y preferentemente, de ponerlas en práctica. Por lo tanto, el efectivo derecho fundamental a la seguridad que disfrutaran los ciudadanos depende principalmente de la administración que tenga que aplicar las leyes o que en base a una autorización legal esté llamada a cumplir los deberes fundamentales de seguridad.

Además de las directrices positivas, la Constitución también contiene la prohibición para el Estado de subvertir el derecho

<sup>16</sup> Sobre el deber del legislador de “mejorar” (actualizar): Tribunal Constitucional alemán 49, 89 (130 s.), licencia nuclear; 56, 54 (78-80), contaminación acústica de los aviones. Al respecto, con otras referencias: BADURA, Peter, *Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen*, en *Festschrift für Eichenberger*, 1982, pp. 481-491.

<sup>17</sup> En general: GRAWERT, Rolf, *Technischer Fortschritt in staatlicher Verantwortung*, en *Festschrift für Broermann*, 1982, pp. 487-490 (especialmente pp. 477-483).

fundamental a la seguridad<sup>18</sup>. El Estado no puede favorecer o incitar a abusos entre particulares. Así, le está negado fomentar atentados contra la vida del no nacido a través de campañas publicitarias, asesoramiento y subvenciones, banalizarlos o legitimarlos a través de medidas de difusión pública, obligar a los asegurados a la Seguridad Social a financiarlos o instalar clínicas de aborto<sup>19</sup>. El Estado no puede contribuir a que en la sociedad se genere un clima de violencia. La escuela pública violaría la Constitución si educara en la realización personal y la consecución de los intereses propios a quienes padecen ceguera jurídica, si suscitara el uso de la propia fuerza y la violencia privada, o si actuara con el fin de que se violen los derechos de otros, se vulnere la ley y las instituciones fundamentales (como, por ejemplo, la propiedad).

La seguridad a la que debe aspirar el Estado es ya de por sí mucho más que un paquete de medidas jurídicas; también más que el propio ordenamiento en su conjunto. Es un estado de paz real de la comunidad que transmite confianza fundamental en la convivencia y, con ello, un estado de ánimo despreocupado que posibilita el poder moverse con libertad.

#### d) *El inevitable riesgo residual*

Los deberes fundamentales de protección no apuntan a la seguridad total. La seguridad total se persigue, como mucho, en los Estados totalitarios; pero ni siquiera éstos pueden alcanzarla. El Estado liberal no tiene ni el poder ni el derecho a estar presente en todos los ámbitos privados y sociales para estar disponible ante cualquier peligro posible. La omnipresencia del Estado garante de la seguridad no es realizable en la práctica debido a la falta de capacidad administrativa. Además, en aras de la propia libertad es algo inexigible para los ciudadanos. El fin constitucional de la seguridad se enfrenta a principios constitucionales opuestos. El

<sup>18</sup> Al respecto, EICHENBERGER, Kurt, *Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe* (cit. en nota 6, Tercera Parte), pp. 76-84; BULL, Hans Peter, *Sie Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, pp. 347-349.

<sup>19</sup> Acertadamente, OSSENBUHL, ob. cit. en nota 1, Cuarta Parte, p. 252.

legislador estabiliza los principios en conflicto y no hace propio a ninguno de ellos de manera incondicional y absoluta<sup>20</sup>.

La seguridad que el legislador debe a los vecinos de centrales nucleares encuentra sus límites en la capacidad de pronóstico normativo y la factibilidad en el ámbito de los riesgos de la técnica. Son éstos los límites de la capacidad del conocimiento humano. El legislador sólo está obligado a prever riesgos dentro de las estimaciones de la razón práctica, que toma en consideración al estado de la ciencia y de la técnica, y se mantiene abierto a nuevos y mejores conocimientos. “Incertidumbres más allá de este umbral de la razón práctica tienen su origen en los límites de la capacidad de conocimiento humano; son ineludibles y, en este sentido, constituyen una carga socialmente adecuada que tiene que ser soportada por todos los ciudadanos”<sup>21</sup>.

Más elevado que el riesgo residual técnico permitido es, en cambio, el riesgo residual humano inevitable. Éste sólo podría ser eliminado a la par que la libertad y la naturalidad de la existencia social. Sin un mínimo de predisposición al riesgo no puede existir vida social. Ninguna ley jurídica puede derogar la ley de vida que formulaba un eremita en la novela de Voltaire *Zadig ou la Destinée*: que aquí en la Tierra todo es peligroso y que lo peligroso es necesario. “*Tout est dangereux icibas, et tout est nécessaire*”.

### 3. La remisión a la ley

#### a) *La reserva de ley*

Los deberes fundamentales de protección no producen resultados jurídicos inmediatos ni a favor ni en perjuicio de los ciudadanos. Precisan su realización a través de la ley, y ello

<sup>20</sup> Más en detalle pp. 63 y ss., y pp. 77, 80 y 81.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional alemán 49, 89 (142 s.). Crítica a la jurisprudencia sobre el riesgo residual: HOFMANN, ob. cit. en nota 6, Cuarta Parte, pp. 328-354. Sobre la previsión legal de los riesgos técnicos: OSSENBUHL, Fritz, *Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtssetzung*, en DÖV 1982, pp. 833-842.

por dos razones: en primer lugar, porque son abstractos y necesitan concreción y, en segundo lugar, porque interviene la reserva de ley. La primera razón surte efecto sobre todo en el ámbito de la relación de protección entre el Estado y la persona expuesta a un riesgo, y la segunda, en relación a la intervención entre el Estado y el perturbador. En el resultado práctico, ambos momentos confluyen en cuanto que la protección se lleva a cabo a través de la intervención y también la omisión de la protección fundamental debida opera como una intervención limitadora de un derecho fundamental<sup>22</sup>.

La reserva de ley no cesa por el hecho de que los deberes de protección se sancionen constitucionalmente. Pues los deberes de protección normalmente se llevan a cabo a través de la intervención. Pero ésta precisa de una ley. La propia Constitución no conforma una base jurídica apropiada. Es cierto que le dirige al legislador el mandato de llevar a cabo limitaciones de derechos fundamentales y de autorizar para ello a la administración, pero sólo obliga a los órganos del Estado y no a los ciudadanos. No establece de manera inmediata deberes fundamentales vinculantes para los ciudadanos, pero sí derechos fundamentales efectivos (de estatus negativo). Los deberes anclados en la Constitución alcanzan validez jurídica y su sanción por medio de la ley<sup>23</sup>.

Los deberes fundamentales de protección y el derecho fundamental a la seguridad de estatus positivo no suspenden, por tanto, los requisitos formales de la actuación estatal. La legitimidad de los derechos humanos no sustituye a la legalidad. Ni siquiera la protección de la vida justifica una intervención sin ley<sup>24</sup>. La policía no puede violar el domicilio de presuntos te-

<sup>22</sup> Sobre la similitud de los requisitos legales para la concesión de licencias para la explotación de centrales nucleares con la legislación de intervención: Tribunal Constitucional alemán 53, 30 (58). Sobre la reserva de ley en general: Tribunal Constitucional alemán 49, 89 (124-140), caso "Kalkar".

<sup>23</sup> Más en detalle: ISENSEE, Josef, *Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers*, en DÖV 1982, pp. 612-615.

<sup>24</sup> En la sentencia del caso "Schleyer", el Tribunal Constitucional alemán parte implícitamente de que los órganos del Estado para proteger la vida tam-

roristas entrando sin una autorización legal y amparándose solamente en los deberes constitucionales de protección. Tampoco encuentra un sustrato legal suficiente en las regulaciones civiles y penales de la legítima defensa de terceros y del estado de necesidad<sup>25</sup>. Éstas se refieren sólo a particulares y no a cargos públicos. Quiebran el monopolio estatal de la fuerza en situaciones excepcionales en las que no se puede obtener la ayuda del Estado. Por ello no son aplicables a la actuación regular del Estado, que ostenta el monopolio de la fuerza. De la competencia excepcional del ciudadano no emana una competencia normal adecuada en favor del Estado.

Serán escasas las lagunas legales en aquellos casos en los que exista una cláusula general del estilo de la del Derecho policial prusiano de antaño, lo bastante amplia y flexible como para dar cobertura jurídica a nuevas formas de peligro. Pero la tendencia político-jurídica de la actualidad es a regulaciones más exhaustivas —con la consecuencia de que en supuestos de emergencia son insuficientes para cumplir los deberes fundamentales de protección—. Con ello conmina al dilema constitucional de que los órganos del Estado responsables tienen, o bien que cumplir la reserva de ley y dejar desprotegidos a sus ciudadanos, o bien que asumir un estado de necesidad suprallegal e intervenir sin el título de la legalidad<sup>26</sup>.

bién pueden *præter legem* ceder al chantaje de los terroristas y liberar presos (sentencia 46, 160, 164 ss.). El deber legal e incluso constitucional del Estado de garantizar la ejecución de las penas privativas de libertad salvo que existan excepciones legales se reconoce en otro contexto (Tribunal Constitucional alemán 46, 214, 222 s.). La justificación de la cesión al chantaje *præter legem* podría buscarse en todo caso en un derecho fundamental al estado de necesidad de carácter suprallegal. En todo caso, una anomalía no da lugar a una regla estatal.

<sup>25</sup> Al respecto: LERCHE, Peter, *Der gezielt tödlich wirkende Schuß...*, en *Festschrift für von der Heydte*, 1977, pp. 1033-1052; KIRCHHOF, Paul, *Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe*, en NJW 1978, pp. 969-973.

<sup>26</sup> Cfr. ISENSEE, Josef, *Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat*, en PEISL/MOHLER (ed.), *Der Ernstfall*, 1979, p. 113 s., und *passim*.

b) *La mediatización legal del derecho fundamental a la seguridad*

El derecho fundamental a la seguridad es, por tanto, un derecho mediatizado legalmente. En este sentido formal es comparable a los derechos fundamentales sociales, de los que en lo demás se diferencia de manera esencial, sobre todo en que no se orienta como aquéllos a prestaciones tendencialmente ilimitadas, sino a la conservación de derechos definidos constitucionalmente.

Pero el derecho fundamental a la seguridad no se vacía de contenido por el hecho de que en su mayor parte tenga sólo validez con sujeción a la ley. Constituye al mismo tiempo el imán constitucional que atrae a su campo y ordena todo el abanico de reglas con relevancia para la seguridad que están repartidas por distintos ámbitos jurídicos.

**4. El estatus jurídico fundamental del perjudicado por la intervención estatal**

Cuando el Estado actúa contra un tercero en el ejercicio de sus deberes fundamentales de protección —ya sea contra el perturbador, ya sea contra una persona ajena—, la intervención tiene que respetar el derecho fundamental del afectado. Los deberes de protección que constituyen el estatus positivo del titular de derechos fundamentales que tiene que ser protegido no anulan los límites a la intervención que aseguran el estatus negativo del titular perjudicado.

a) *Los derechos ajenos como límite general de los derechos fundamentales*

La usurpación de un derecho por parte del particular no está cubierta por los derechos fundamentales del *status negativus*. Y es que nadie goza de la libertad fundamental de lesionar los derechos ajenos. El Estado de Derecho no priva al perturbador de su libertad fundamental cuando le impide la perturbación,

sino que le hace retroceder a los límites de su libertad. Al mismo tiempo restablece la libertad de la víctima.

La Constitución presenta los “derechos ajenos” *expressis verbis* únicamente como límites a la libertad general de acción<sup>27</sup>. Pero con ello hace visible una profunda limitación de los derechos fundamentales: el mandato de *neminem lædere*. La libertad de uno termina en la libertad del otro. Sin embargo, el límite transcurre de distinta forma, dependiendo de si el derecho fundamental está vinculado con una reserva de ley o no. En el primer caso basta con que los derechos ajenos estén consolidados mediante una ley ordinaria para que funcionen como barrera para los derechos fundamentales. En el ámbito de la reserva de ley, el legislador puede introducir, modificar o suprimir dichos derechos. En cambio, el derecho fundamental no reservado sólo puede ser limitado a través de un derecho fundamental u otro derecho del mismo rango que tenga un fundamento constitucional<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, la libertad religiosa no autoriza ni las muertes rituales ni las puestas en peligro de la vida a través de omisiones del deber de socorro. La libertad de opinión no autoriza a la coacción ideológica. La libertad de reunión no da derecho a los desórdenes públicos, los daños y otras conductas violentas que, debido a su carácter distorsionador, ya por el tenor literal del artículo 8º de la Constitución estarían excluidos del ámbito de los derechos fundamentales.

b) *Los derechos fundamentales del “status negativus” del perturbador y del no perturbador*

La mera supresión de una perturbación no entra en colisión con los derechos fundamentales de quien realiza dicha conducta

<sup>27</sup> Al respecto, orientadora la propuesta de BETTERMANN, Karl August, *Grenzen der Grundrechte*, 1976, p. 9 s.

<sup>28</sup> En los resultados prácticos, esta tesis coincide con la opinión del Tribunal Constitucional alemán en que los derechos fundamentales incondicionales como el derecho al arte y la libertad religiosa sólo pueden estar limitados por la propia Constitución, concretamente “de conformidad con orden constitucional de valores y teniendo en cuenta la unidad de dicho sistema fundamental de valores” (cfr. sentencia 30, 173 [193]; 32, 98 [108]).

molesta<sup>29</sup>. En cambio, sus efectos colaterales y sus consecuencias sí pueden menoscabar derechos fundamentales. Ello se hace patente sobre todo en las medidas de prevención de peligros y en la pena. Así, las intervenciones proteccionistas afectan a diversos derechos fundamentales del perturbador: el allanamiento y registro, a la inviolabilidad del domicilio; el embargo de bienes, a la propiedad; la detención, a la libertad de la persona; el uso de armas de fuego, a la vida y la indemnidad corporal<sup>30</sup>. Los diferentes derechos fundamentales afectados son resistentes a su intervención en distinta medida. El regulativo más importante de la delimitación entre el derecho fundamental a la libertad y la intervención coactiva es la prohibición de exceso en sus tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. La intervención de un derecho fundamental sólo es admisible en la medida en que resulte adecuada, necesaria y razonable para el fin de protección de los derechos fundamentales. Los deberes de protección de los derechos fundamentales que obligan al Estado a favor de la víctima nunca pueden justificar intervenciones que sean totalmente incompatibles con los derechos fundamentales del *status negativus* de los destinatarios: por ejemplo, la detención ilegal o el maltrato físico o psíquico. La tortura está prohibida para la policía y la justicia aunque fuese el único medio para salvar una vida humana.

Las cautelas fundamentales se vuelven especialmente estrictas cuando la medida de protección recae sobre una persona que no es responsable de la causación del peligro que debe ser eliminado. La utilización del no perturbador sólo es jurídicamente

<sup>29</sup> Acertadamente: BETTERMANN, ob. cit. en nota 27, Quinta Parte, pp. 10, 20.

<sup>30</sup> El deber de protección fundamental que obliga a la policía a favor de un rehén en una situación de peligro de muerte puede justificar o incluso exigir en un caso extremo que se dé muerte al secuestrador. La paradoja reside en que el derecho fundamental a la vida constituye la legitimación de la muerte del agresor. El aspecto atenuante a los derechos fundamentales en caso de disparos de salvación de la policía lo explica acertadamente: RUPPRECHT, Reinhard, *Die tödliche Abwehr des Angriffs auf das menschliche Leben*, en JZ 1973, p. 266.

exigible como *ultima ratio*. El Derecho policial describe los exigentes requisitos conformes a los derechos fundamentales en el tipo del “estado de necesidad policial”; también regula la obligada consecuencia de su ejercicio: el resarcimiento de acuerdo al principio del sacrificio<sup>31</sup>.

c) *La coordinación de los derechos fundamentales como cometido del Estado de Derecho*

La Constitución no marca siempre de manera clara la frontera entre los ámbitos de los derechos fundamentales. Por ello no hay claridad absoluta acerca de cuándo existe un abuso y cuándo no. El abuso es evidente, sin embargo, cuando se realiza utilizando o amenazando con utilizar la fuerza física, como el robo, la extorsión o el allanamiento de morada. Fuerza física lo es también la muerte del no nacido. Si es cierta la premisa (por todos aceptada) de que al niño ya en el vientre materno se le otorga la cualidad jurídico-fundamental de ser humano y con ello protección autónoma de sus derechos fundamentales, entonces la prohibición legal del aborto es necesaria desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

En cuanto que la Constitución no delimita con suficiente claridad las esferas de libertad, recae en el legislador la tarea de establecer sus límites. Para ello, debe hacer justicia a la importancia de los derechos fundamentales en conflicto y lograr un templado equilibrio a través de una regulación susceptible de generalización<sup>32</sup>. La tarea de coordinación de los derechos fundamentales que atañe al Estado de Derecho puede, de acuerdo a Kant, consignarse como el establecimiento de las condiciones

<sup>31</sup> Cfr. §§ 6, 45 nw PolG und §§ 19, 39 I de la Ordnungsbehördengesetz de Renania del Norte/Westfalia (en adelante: nw OBG). Sobre el estado de necesidad policial, con referencias: GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 112-120 s.; MARTENS, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 210-220.

<sup>32</sup> Sobre el problema de la colisión de derechos fundamentales, RÜFNER, Wolfgang, *Grundrechtskonflikte*, en STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, t. 2, pp. 453-479 (referencias). Sobre la colisión de derechos fundamentales en el ámbito de los suministros radioactivos: HO-FMANN, ob. cit. en nota 6, Cuarta Parte, pp. 317-353.

jurídicas bajo las cuales el libre albedrío de uno y el libre albedrío del otro se pueden conjugar entre sí de acuerdo a una ley general de la libertad. Dentro de la tarea de coordinación del Estado de Derecho se encuentra también el cargo de velador por el respeto mutuo a los límites de la libertad. Por lo tanto, los deberes fundamentales de protección confluyen con el fin liberal clásico de la seguridad.

d) *La carencia de valor de la fórmula*  
*“in dubio pro libertate”*

En su tarea de coordinación de los derechos fundamentales, al legislador no le resulta de gran ayuda la fórmula *in dubio pro libertate*<sup>33</sup>. Para el principio de subsidiariedad inherente al Estado de Derecho, esta locución latina de la presunción de libertad tiene sentido allí donde la legítima autorregulación privada o social de los derechos fundamentales compite con la heterorregulación estatal. La máxima en cuestión contiene la renuncia al exceso de regulación legal que ahoga la autonomía privada y la autonomía del mercado, así como la renuncia a un paternalismo socioestatal que aletarga la iniciativa y la disposición. Sin embargo, la fórmula es inservible en el ámbito de la violencia privada y la violación de la ley. El abuso no es parte integrante de la *libertas* legítima. La imposición arbitraria del Derecho no tiene preferencia sobre la protección jurídica estatal. El Derecho estatal no necesita ceder ante el injusto privado<sup>34</sup>. La presunción de libertad fracasa también allí donde colisionan los derechos fundamentales, esto es, donde compiten

<sup>33</sup> Ejemplos sobre la utilización de la fórmula *in dubio pro libertate*: SCHNEIDER, Peter, *In dubio pro libertate*, en *DJT-Festschrift*, 1960, t. 2, pp. 263-290; MAIHOFER, Werner, *Grundwerte Heute in Staat und Gesellschaft*, en GORSCHENECK (ed.), *Grundwerte heute in Staat und Gesellschaft*, 1977, pp. 94-97.

<sup>34</sup> Sobre los intereses públicos y privados en las actuaciones policiales y administrativas para la defensa frente a peligros, especialmente sobre la intervención policial en las autopuestas en peligro y para la protección de derechos privados: MARTENS, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 113-116, 120 s.; GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 35-38.

libertad contra libertad, como es en el caso de la autorización de una instalación peligrosa para el medio ambiente: la libertad de disfrute de la propiedad y ejercicio de la profesión por parte del operador frente a la vida y la salud de los vecinos.

El *in dubio pro libertate* sólo es aplicable a una relación bipolar de tensión entre los derechos fundamentales de un sujeto (o de un grupo de sujetos) y el Estado. Y, sin embargo, el principio se excluye ya de entrada allí donde las relaciones de derechos fundamentales están diferenciadas de forma poligonal. Pero en la retórica política se pretende vigente también en este ámbito. Sirve para hacer olvidar el enfrentamiento entre derechos fundamentales, para que se destaque uno de los intereses como el único legítimo y se niegue en un principio la responsabilidad del Estado por la coordinación de derechos fundamentales. Esta terrible simplificación de la dogmática de los derechos fundamentales es la que domina la práctica de los tribunales y de la administración cuando se trata de autorizar (o tolerar) grandes manifestaciones: la orientación unilateral según la voluntad del organizador y el abandono de los costes en derechos fundamentales que tienen que ser soportados por los demás. Los demás son los ciudadanos que, en el ejercicio de sus derechos fundamentales tanto profesionales como privados, con motivo de los eventos en masa (incluidos sus efectos secundarios y *a posteriori*, calculables e incalculables) se ven afectados, impedidos, y cuyos bienes jurídicos pueden ser puestos en peligro o lesionados: comerciantes, clientes, usuarios de la vía pública, vecinos y otros hijastros de la dogmática de derechos fundamentales cuyos asuntos escasa vez se colocan en el foco de atención de las autoridades del orden y de los tribunales administrativos, y a los que, a pesar de su calidad de terceros afectados, se les niega la participación en el proceso<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> En el derecho de reunión y manifestación, la protección de terceros afectados ya está infradesarrollada a nivel de legalidad ordinaria si lo comparamos con el derecho urbanístico, industrial o de protección frente a inmisiones. La obligación de comunicación que prevé el § 14 de la Ley de Asociación (en adelante: VersammlG) le da a la administración pocas posibilidades

## 5. El estatus de derechos fundamentales del necesitado de protección

### a) *La defensa frente a una protección impuesta*

Los deberes fundamentales de protección no le dan derecho al Estado a imponerle protección al individuo, a someter la vida profesional y privada al auxilio policial, y a construir así una estatalidad policial asistencial. La protección no puede degenerar en custodia. El Estado de Derecho también le debe al ciudadano necesitado de protección la distancia que impone el respeto a sus derechos constitucionales.

Forma parte del derecho fundamental a la libertad la decisión del afectado sobre si quiere recurrir a la ayuda estatal o prefiere soportar y perdonar la lesión jurídica u ocuparse sólo de las consecuencias jurídico-privadas. El Estado liberal respeta la voluntad del afectado siempre y cuando éste pueda disponer legítimamente del derecho puesto en peligro. Las medidas de protección contrarias a la voluntad del titular del derecho en peligro sólo son admisibles si están justificadas por intereses públicos que se materializan, por ejemplo, en las leyes penales<sup>36</sup>. Pero la ponderación jurídica que es necesaria para determinar el fun-

de intervención y menos responsabilidad que en el caso de una actividad reservada a autorización. Los derechos de los particulares sólo se incluyen de pasada en la norma en blanco “seguridad u orden público” que caracteriza los requisitos para la competencia administrativa para imponer prohibiciones o condiciones (§ 15 I, VersammlG). La autoridad es la única que de forma efectiva puede administrar estos derechos, dado que los terceros afectados no toman parte en el proceso administrativo. La prohibición generalmente sólo se entiende como acto administrativo gravoso para el organizador, y no como un acto administrativo de doble efecto que también afecte a terceros y proporcione con ello derechos de participación y posibilidades de demanda. La protección jurídica que asiste al organizador ante una prohibición de manifestación es en la práctica el procedimiento provisional del § 80 V, VwGO, cuya decisión es inapelable de acuerdo al § 80 VI, VwGO, siempre y cuando haya congruencia con la solicitud del organizador.

<sup>36</sup> El BVerfG otorga al deber de protección de la vida un significado individual y supraindividual. “La Constitución fundamenta el deber de protección no sólo frente al individuo, sino frente a la totalidad de los ciudadanos” (Tribunal Constitucional alemán 46, 160 [165]).

damento, el modo y el alcance de la protección estatal no puede realizarse en el plano constitucional de forma abstracta. Necesariamente pasa por la observancia de los grupos de casos y del caso particular concreto. Esencialmente se lleva a cabo, por tanto, en la legislación y en el cumplimiento de la ley.

El cumplimiento de los deberes fundamentales de protección no puede entonces colisionar con el estatus negativo de los derechos fundamentales del necesitado de protección. Sin embargo, se trata aquí de problemas accesorios al ámbito de los derechos fundamentales. Lo esencial es el aumento del beneficio del necesitado de protección que surge de la acción estatal. El núcleo del problema de los derechos fundamentales está en el estatus positivo.

b) *La ventaja del beneficiado por la protección: ¿Reflejo del derecho fundamental o derecho subjetivo?*

Los deberes fundamentales de protección tienen antes que nada un carácter jurídico-objetivo. Operan como institución al servicio de los derechos fundamentales. Pero también redundan en beneficio de los bienes jurídicos de los titulares de los derechos fundamentales. La cuestión es si contienen el reflejo de un derecho fundamental o un derecho subjetivo<sup>37</sup>.

El carácter de derecho subjetivo público está desarrollado por completo en el aspecto del estatus negativo de los derechos fundamentales de la Constitución. Aquí habilitan constitucionalmente al particular de manera inmediata, así como también obligan de la misma forma al poder estatal. Y en su función de defensa por parte del Estado son reclamables judicialmente. La función de protección de los derechos fundamentales no alcanza la misma configuración técnico-jurídica. Ello resulta de que:

- Los deberes jurídico-fundamentales de protección dependen de la concretización a través de la ley;

<sup>37</sup> Rechaza la existencia de derechos subjetivos públicos: BADURA, ob. cit. en nota 16, Quinta Parte, pp. 489-492. Se muestra indeciso: HESSE, Konrad, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, marg. 350 (p. 139).

- pertenece al arbitrio del legislador elegir qué medio quiere prever para el cumplimiento de un deber de protección;
- la ley de desarrollo deja en mucho al criterio de la administración la decisión de intervenir o no ofreciendo protección en el caso concreto.

Por lo tanto se excluye que cualquiera en cualquier situación de peligro pueda reclamar el derecho a una determinada medida de amparo a partir de los deberes fundamentales de protección. A los deberes de protección del Estado no le corresponden de forma directa derechos de protección de los ciudadanos. Pero que ese estatus positivo no esté modelado jurídico-individualmente de la misma forma que el estatus negativo no implica que se excluya cualquier forma de manifestación de un derecho subjetivo en este ámbito.

### c) *La concesión legal del derecho a la protección*

Queda abierta la posibilidad de que el legislador, en la configuración de los deberes de protección, conceda al que está en una situación de peligro el derecho a determinadas prestaciones de seguridad. Ése es el caso en el que la ley prohíbe, bajo reserva de autorización, el ejercicio de un derecho fundamental con tendencia a generar peligros (como la explotación de una planta de energía atómica) y puede conceder o rechazar la autorización a través de un acto administrativo con doble efecto. El Estado asume aquí responsabilidad jurídica para un adecuado equilibrio de los asuntos en juego. Un exceso de complacencia frente al ejercicio de los derechos fundamentales de un tercero que se ve puesto en peligro tiene como efecto un menoscabo de un derecho fundamental frente a dicho tercero. El abandono de la protección de los vecinos al concederse la autorización se equipara a una auténtica injerencia en un derecho fundamental<sup>38</sup>. El Tribunal Constitucional Federal autoriza la imposición de los derechos de los vecinos a través del recurso

<sup>38</sup> Equiparación de los criterios legales de autorización con injerencias legales: Tribunal Constitucional alemán 53, 30 (58), caso “Mülheim-Kärlich”.

de amparo<sup>39</sup>. Con ello reconoce dos requisitos para la autorización de esta vía de recurso: la cualidad de derecho subjetivo del derecho invocado por el recurrente y la cualidad como derecho fundamental recurrible. La forma de ley ordinaria y la sustancia del derecho fundamental son tratadas como una totalidad en interés del necesitado de protección. Esta forma de proceder es, en efecto, adecuada<sup>40</sup>.

d) *El derecho a la actuación del legislador*

El Tribunal Constitucional Federal también le reconoce al titular del derecho fundamental en peligro el derecho a que el legislador tome medidas para el cumplimiento de los deberes constitucionales de protección, a que las medidas sean efectivas y permanezcan efectivas con el cambio de las circunstancias, es decir, que en caso necesario sean retocadas en función del peligro. Frente al legislador moroso es posible el amparo constitucional basado en que tal omisión menoscaba un derecho fundamental del recurrente<sup>41</sup>.

e) *El derecho subjetivo (formal) a una solución del caso particular sin errores de discrecionalidad*

El que está en peligro no sólo tiene un derecho subjetivo a la protección abstracta de las leyes, sino a medidas de protección concretas en el caso particular. Sin embargo, la protección por lo general no se dirige a una medida determinada, sino a que la autoridad responsable, en el marco de su discrecionalidad, tome en consideración los asuntos de relevancia constitucional

<sup>39</sup> Cfr. Tribunal Constitucional alemán 53, 30 (48-55), caso "Mülheim-Kärlich".

<sup>40</sup> Obviamente se plantea el problema de la delimitación. Dado que una buena parte de las posiciones individuales hace referencia a derechos fundamentales, surge la cuestión aún no resuelta ni por la jurisprudencia ni por la doctrina jurídica acerca de si todo derecho con relevancia constitucional media entra en consideración como criterio del recurso de amparo o si se deben cumplir unos requisitos especiales.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional alemán 56, 54 (70-72), caso de la contaminación acústica de aviones.

de los necesitados de protección. Sólo en un grupo especial de casos podría reducirse la discrecionalidad a una medida determinada, y eso sucede cuando la protección efectiva no puede lograrse de otro modo<sup>42</sup>.

Por ello, en el caso “Schleyer” el Tribunal Constitucional Federal considera admisible la pretensión del secuestrado que obligaría a los órganos del Estado a ceder a las exigencias de los secuestradores como medida de salvación<sup>43</sup>.

La jurisprudencia armoniza con el principio individualista y acogedor de pretensiones de la Constitución<sup>44</sup>. Cuando el ordenamiento jurídico ofrece protección a los bienes jurídicos constitucionales de los particulares, hace suponer la existencia de un derecho subjetivo público y de su aplicabilidad conforme a los derechos fundamentales.

#### f) *La legitimación constitucional del derecho a la protección policial*

También pertenece al contexto de los deberes de protección de los derechos fundamentales el derecho a la protección policial que la teoría jurídica ha desarrollado en los últimos tiempos<sup>45</sup>. Tradicionalmente la dogmática estaba orientada unilateralmente

<sup>42</sup> Cfr. Tribunal Constitucional alemán 46, 160 (164 s.), caso “Schleyer”.

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional alemán 46, 160 (163 s.), admisibilidad de la petición de medida cautelar.

<sup>44</sup> Sobre este principio de la Constitución: BACHOF, Otto, *Wege zum Rechtsstaat*, 1979, pp. 110-103.

<sup>45</sup> La conquista jurídica de la protección de derechos privados en las decisiones discrecionales sobre una intervención policial urbanística y el derecho subjetivo-público formal del particular puesto en peligro: Tribunal Constitucional alemán 11, 95 (96 s.), con comentario de Bachof, citado en nota 1, Quinta Parte. El estado de la discusión actual, con otras referencias: MAUNZ, Rudolf, *Rechtsansprüche auf Einschreiten der Ordnungsbehörde*, en BayVBl 1977, pp. 136-139; MARTENS, Wolfgang, *Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr*, en DÖV 1982, pp. 96-98; VOGEL, Klaus, en DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, 1975, t. 1, pp. 162-172; GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, pp. 74-77; ERICHSEN, Hans-Uwe, *Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte...*, en VVDStRL 35 (1977), pp. 210-215; KNEMEYER, Franz Ludwig, *ebenda*, pp. 249-259.

a la relación de injerencia entre el Estado y el perturbador. Lo protegido por el Derecho policial, la seguridad y el orden públicos, era entendido como el único interés de la generalidad, desvinculado de cualquier interés individual. Las ventajas que aflúan al ciudadano a consecuencia de la efectividad policial se entendían como meros actos jurídicos reflejos. Ahora, en cambio, a la víctima, de la perturbación se la reconoce como sujeto jurídico autónomo en Derecho policial, y a su relación con la policía, como una relación jurídica. Con ello se crea el requisito previo para el derecho del individuo a la intervención. Este derecho surge cuando está en peligro un bien individual que es parte de la seguridad pública. En la medida en que este bien individual tenga la consideración de fundamental, como la vida o la propiedad, la relación jurídico-policial de protección operará como vehículo de los deberes fundamentales de protección, y el derecho a la protección policial, como medio del derecho fundamental a la seguridad<sup>46</sup>. A la luz de los deberes de protección, también se legitima constitucionalmente el derecho a la seguridad pública. La policía, que puede aparecer como enemiga de los derechos fundamentales, se nos revela como una necesidad<sup>47</sup>.

La ley, sin embargo, deja la intervención en manos de la discrecionalidad de la policía y la administración<sup>48</sup>. En el marco del principio de oportunidad, sólo se puede desarrollar por tanto

<sup>46</sup> BUSCHLINGER, Gerold, *Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht*, en DÖV 1965, p. 376 s.; MAUNZ, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, pp. 137-139. En esta línea también: HENKE, Wilhelm, *Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei*, en DVBl 1964, p. 654 s.; SCHOLZ, Rupert, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, 1971, p. 141. Otras referencias en GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 75. Críticamente: KNEMEYER, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 252 s., 259.

<sup>47</sup> Cfr. también OSSENBÜHL, Fritz, *Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts*, en DÖV 1981, p. 4 s.

<sup>48</sup> En cambio, Knemeyer supone *contra legem* un deber de protección continuo de la policía (ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, pp. 233-242). En contra, con razón: MARTENS, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 97.

un derecho público-subjetivo de carácter formal: un derecho a la consideración de los bienes individuales en el ejercicio de la discrecionalidad. El derecho a la protección policial, y con él el derecho fundamental a la seguridad, se ve de este modo relativizado. Pero no queda vacío de contenido. Pues los deberes fundamentales de protección influyen a su vez en la discrecionalidad. Esta interrelación debe ser tratada con más detalle.

## **6. Deber de protección y discrecionalidad: el principio de oportunidad de la policía y la administración**

### **a) *La legítima discrecionalidad de la administración en la adopción de resoluciones***

Los deberes fundamentales de protección dejan un margen limitado de discrecionalidad. El legislador decide discrecionalmente *cómo* cumplir con los deberes de protección. Pero no es libre de decidir *si* los cumple. Así, por ejemplo, no le está permitido, por resentimientos sociopolíticos, dejar sin protección y en manos del poder de los individuos la propiedad privada sobre fincas, viviendas o medios de producción. Semejante “liberalización” le haría entrar en contradicción con la propiedad como institución del ordenamiento constitucional. Pero no por ello está obligado a garantizar una defensa perfeccionista de cualquier lesión de la propiedad en el caso concreto. Puede trasladar a la administración la decisión de si en el caso particular actualiza su potestad de intervención. El principio de oportunidad del Derecho policial y administrativo es compatible con los deberes fundamentales de protección.

La policía y la administración obtienen con ello elasticidad en sus reacciones. Una reacción razonable ante un peligro en un caso concreto puede, vista en su conjunto, favorecer más la seguridad general que un legalismo rígido. La policía se mueve en el terreno jurídico cuando no sólo tiene en cuenta consideraciones de tipo jurídico, sino también los mandatos de la cautela y la serenidad, del conocimiento de la naturaleza humana, de

la lógica económica; cuando protege sus limitadas capacidades de intervención en caso de perturbaciones insignificantes y, confiando en el sentido común, hace la vista gorda aquí y allá; cuando espera que una provocación se desvanezca en el aire. El Derecho Constitucional deja espacio a la *ratio* administrativa. Pero no le deja el campo libre.

#### b) *Las directrices fundamentales de la discrecionalidad*

La discrecionalidad en la adopción de resoluciones se inserta y controla a través de los deberes fundamentales de protección. En su toma de decisiones, la administración debe tomar en consideración los asuntos individuales constitucionalmente protegidos. La policía está obligada a consecuencia de los derechos fundamentales a ofrecer una justificación en caso de que sea testigo de la puesta en peligro de derechos privados. En circunstancias especiales, el derecho a intervenir se torna en una obligación de intervenir<sup>49</sup>.

Así, tolerar una infracción jurídica no puede degenerar en una colusión con el infractor. La tolerancia táctica de la policía frente al abuso de derechos protegido constitucionalmente no debe llevar a que aparezca ante los ojos de la opinión pública como una legitimación policial del injusto y confunda a la conciencia jurídica general. De lo contrario, los derechos fundamentales como institución estarían en peligro.

Los deberes fundamentales de protección pueden obligar a la administración a actuar también bajo el aspecto jurídico-individual. El punto en el que el poder de la administración se convierte en un deber y el derecho público subjetivo formal del amparado por los derechos fundamentales se torna en un derecho material depende de las circunstancias de la puesta en peligro respectiva y del tipo de derecho fundamental afectado. El bien jurídico vida soporta menos riesgos que el bien jurídico propie-

<sup>49</sup> Sobre la reducción de la discrecionalidad: OSSENBÜHL, Fritz, *Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsraum*, en DÖV 1976, pp. 467-469; VOGEL, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, pp. 163-172.

dad privada. Sin embargo, también asiste al propietario un derecho material a la protección policial derivado de su bien jurídico fundamental cuando amenaza o se mantiene una grave lesión jurídica y no es exigible la aceptación temporal de tal abuso<sup>50</sup>. Así, la tolerancia duradera de una ocupación de la vivienda por parte de la policía podría lesionar el deber fundamental de protección que ésta tiene frente al propietario<sup>51</sup>. Cuando un derecho fundamental establece un deber de intervención, éste no se suspende por el hecho de que pudieran producirse reacciones de resistencia por parte de los perturbadores o desórdenes públicos. Un repliegue de la policía ante la violencia privada lesionaría doblemente el Estado de Derecho: en su juridicidad y en su estatalidad, basada en el monopolio de la fuerza<sup>52</sup>. El principio de proporcionalidad no legitima una retirada. Únicamente puede evitar la acción defensiva contra el perturbador en una situación límite como es aquella en la que los efectos colaterales y las consecuencias son desproporcionados en relación a la obtención de protección deseada<sup>53</sup>. Pero, ya sea

<sup>50</sup> Sobre la delimitación de las tareas policiales de la protección jurídica a través de los tribunales ordinarios de acuerdo con el principio de subsidiariedad: *supra* nota 4.

<sup>51</sup> En la jurisprudencia y en la discusión policial se encuentra la opinión de que la policía podría dejar sin protección a la propiedad (a modo representativo: VG Berlín, auto del 6-4-81, en DVBl 1981, p. 785; OVG Berlín, auto del 29-4-81, OVG 1, p. 19.81). Esta postura no sólo puede conducir a que el propietario en el caso particular abandone su propio bien del que abusa otro particular, sino a una lesión de la propiedad como institución del ordenamiento fundamental. Sobre la problemática actual de la ocupación de viviendas: MARTENS, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 97 s.; DEGENHART, ob. cit. en nota 4, Quinta Parte, p. 334 s.

<sup>52</sup> Cfr. MERTEN, Detlef, *Rechtstaat und Gewaltmonopol*, 1975, pp. 62-66; MARTENS, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 213 s.; el mismo, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 97; ERICHSEN, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 200.

<sup>53</sup> Sobre estas cuestiones límite de la proporcionalidad: MARTENS, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 213 s.; GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 114. Sobre el estado de necesidad "impropio" en el conflicto entre la reunión legal y la contramanifestación ilegal: OVG Saarlouis, auto del 16-11-69, en JuS 1970, pp. 283-286 (con comentario de PAPPERMANN, Ernst,

con razón (como puede suceder excepcionalmente), ya sea sin ella (como suele ser el caso), si la policía no cumple su deber de protección considerando un interés público y sacrifica el derecho del ciudadano en favor de necesidades políticas, debe indemnizarle<sup>54</sup>. La administración que exige de sus ciudadanos una tolerancia más allá de lo normalmente exigible, por lo menos debe dejarle finiquitar el asunto.

*ebenda*, p. 286 s.); SCHMIDT-JORTZIG, Edzard, *Polizeilicher Notstand und Versammlungsverbot*, en JuS 1970, pp. 507-510.

<sup>54</sup> Desde el punto de vista indemnizatorio, la víctima con derecho a protección tiene que hacer frente a la perturbación de la misma manera que el no perturbador en cuyos derechos interfiere la autoridad del orden (cfr., por ejemplo, §§ 39-43, nw OBG). El derecho al sacrificio hecho a la medida de la intervención positiva de protección debe aplicarse de forma analógica también a la omisión. Además del derecho al sacrificio (o a una intervención equivalente a una desposesión), puede entrar en juego un derecho a exigir responsabilidad oficial. El nacimiento de estas pretensiones en caso de que se omita la protección lo considera posible OSSENBÜHL, ob. cit. en nota 47, Quinta Parte, p. 5. Acerca de la compensación de la privación de protección policial mediante resarcimiento económico: GÖTZ, ob. cit. en nota 6, Tercera Parte, p. 77; OSSENBÜHL, ob. cit. en nota 49, Quinta Parte, p. 468; MARTENS, ob. cit. en nota 45, Quinta Parte, p. 98. Sobre el estado de opinión y la problemática de los derechos de resarcimiento en casos de omisión estatal: LÖWER, Wolfgang, *Staatshaftung für unterlassenes Verwaltungshandeln*, 1979, pp. 1-65, 91-322.