
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional

Editor: Miguel Carbonell

Robert Alexy
Carlos Bernal Pulido
José Juan Moreso
Luis Prieto Sanchís
Laura Clérico
Ignacio Villaverde Menéndez
M.^a Teresa Castiñeira / Ramón Ragués
Rubén Sánchez Gil
Gloria Patricia Lopera Mesa
Ramiro Avila Santamaría

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional

Miguel Carbonell,
Editor



Dr. Gustavo Jalkh Röben
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

ISBN: 978-9978-92-686-4
Derecho de autor: 030134
Miguel Carbonell, *Editor*
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: diciembre 2008

Contenido

Presentación	7
<i>Gustavo Jalke Röben, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Introducción	9
El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales	
<i>Miguel Carbonell, IIJ-UNAM</i>	
La fórmula del peso	13
<i>Robert Alexy</i>	
La racionalidad de la ponderación	43
<i>Carlos Bernal</i>	
Alexy y la aritmética de la ponderación	69
<i>José Juan Moreso</i>	
El juicio de ponderación constitucional	85
<i>Luis Prieto Sanchís</i>	
El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto	125
<i>Laura Clérico</i>	
La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad	175
<i>Ignacio Villaverde</i>	

Three Strikes

El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia
del Tribunal Supremo de los Estados Unidos189
M.^a Teresa Castiñeira y Ramón Ragués

El principio de proporcionalidad
en la jurisprudencia mexicana221
Rubén Sánchez Gil

Principio de proporcionalidad y control constitucional
de las leyes penales269
Gloria Patricia Lopera Mesa

El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad
(reflexiones sobre la constitucionalidad
de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)307
Ramiro Avila Santamaría

Presentación

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encuentra empeñado en crear y reproducir la mejor doctrina constitucional que se está escribiendo en el Ecuador y el mundo, como se demuestra con las cinco publicaciones realizadas en su primer año de funcionamiento. En esta ocasión me honro en presentar la obra denominada *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editada por Miguel Carbonell.

En esta obra se encuentran los escritores más selectos de la academia europea y latinoamericana que forman parte de la denominada escuela neoconstitucional del derecho, y de quienes nos hemos nutrido para comprender el fenómeno jurídico contemporáneo. La interpretación del derecho, como podrá apreciarse, dista mucho de lo que aprendimos en la universidad y que, lamentablemente, se sigue enseñando. Las formas tradicionales de resolver las antinomias y la oscuridad de la ley, siendo importantes son ahora harto insuficientes. La interpretación constitucional del derecho requiere de la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación, que es precisamente de lo que trata este libro.

La publicación de esta obra no hubiese podido realizarse sin la generosa contribución de Miguel Carbonell, constitucionalista mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a quien agradecemos infinitamente por permitir la difusión de ideas que, de otro modo, serían de difícil acceso.

Esperamos que, a través de estos ensayos, los abogados y abogadas encuentren pistas para solucionar los complejos problemas jurídicos a los que nos avocamos al tener una carta de derechos ambiciosa y una Constitución garantista.

Gustavo Jalkh Röben

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Introducción

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales

Miguel Carbonell
IIJ-UNAM

Durante décadas la lucha en favor de los derechos fundamentales tuvo por objetivo lograr su reconocimiento constitucional. Primero no se hablaba de derechos, sino de deberes. Luego fue creada la categoría de los “derechos naturales”, que eran una suerte de pretensiones morales, todavía no recogidas en textos jurídicos. Finalmente, luego de siglos de luchas y enfrentamientos, se pudo llegar a la etapa de la “positivación” de los derechos, lo que supone un cambio radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida¹.

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el *Bill of rights* de la Constitución estadounidense de 1787 son los dos documentos señeros en esa etapa), se van expandiendo en las décadas sucesivas. La última estación dentro de esa historia fantástica es la que se produce en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la que se expiden textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

Se trata de una tendencia que se agudiza a partir de los años 70 del siglo XX y que da lugar a Constituciones que no se limitan a establecer compe-

1 Una narración más detenida de este proceso de evolución histórica puede verse en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, CNDH, 2005.

tencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

A partir de la consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo. No se trata ahora de abogar por su constitucionalización (aunque se sigue discutiendo sobre la pertinencia de aumentar el número de derechos, por ejemplo para contemplar como tales el derecho al agua o el derecho a la renta básica), sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad, objeto de estudio de los distintos trabajos que integran la presente obra colectiva.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

La idea de quienes participamos en este libro es la de difundir entre los interesados una serie de herramientas hermenéuticas que son necesarias para lograr la adecuada protección de los derechos fundamentales. Las constituciones de América Latina, siguiendo la tendencia que ya se apuntaba sobre el carácter fuertemente “materializado” de las cartas supremas de nuestros días, contienen todas ellas un amplio catálogo de derechos fundamentales. Pero su aplicación práctica ha dejado y sigue dejando mucho que desear.

Hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado. Actualmente los problemas son otros. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales. Esto es lo que produce, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo². Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos³. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfruta-

2 Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.

3 Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 93 y siguientes.

zar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener⁴.

Una parte de esas dificultades es lo que se propone explicar este libro, a partir de la participación de los mejores especialistas en el tema de la proporcionalidad. Ojalá que con su publicación se inicie un debate provechoso sobre las mejores formas de proteger los derechos fundamentales, a partir de una correcta interpretación de los mismos.

Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales en América Latina. La sociedad ecuatoriana, y también sus autoridades, han participado recientemente en un intenso debate sobre su futuro constitucional. De esa manera, nos han obligado a todos los constitucionalistas de la región a dirigir nuestra mirada a sus avances, así como a repensar nuestros propios destinos constitucionales. Esperamos que esta publicación venga a enriquecer de alguna manera esa experiencia tan intensamente vivida por los ecuatorianos. Ojalá que sea un motivo más para mantener vivo el diálogo latinoamericano sobre los temas centrales del constitucionalismo del siglo XXI.

Antes de terminar deseo agradecer el apoyo incondicional de todos los autores que participan en este volumen, pero especialmente la generosidad y el alto sentido de la colaboración académica de Carlos Bernal Pulido, distinguido jurista colombiano y el más destacado promotor en lengua castellana del principio de proporcionalidad. Asimismo, quisiera agradecer el apoyo y correspondencia académica de Ramiro Ávila Santamaría, quien desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador encabeza un fabuloso equipo de constitucionalistas, todos ellos fuertemente comprometidos con los postulados de la mejor teoría jurídica contemporánea.

México D. F., agosto de 2008.

4 Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de Andrés Ibáñez, Perfecto, “El juez” en Díez Picazo, Luis María (editor), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”.

La fórmula del peso*

Robert Alexy

Universidad Christian - Albrechts de Kies (Alemania)

Sumario

I. La base de teoría de las normas: reglas y principios. II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto. III. La escala triádica. IV. La fórmula.

Existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Mientras la subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación, aún hay muchas preguntas por responder. Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racio-

* Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá) del texto alemán original publicado en: "Die Gewichtsformel", en Joachim Jickeli et al. eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, p. 771 – 792.

nalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho.

I. La base de teoría de las normas: reglas y principios

El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios¹. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos *definitivos*. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

1 Cfr. Sobre esta diferencia, entre otros textos: R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3ª. Edición, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, p. 71 s. (Tiene traducción al castellano de E. Garzón Valdez como: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997); e Id., “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en B. Schilcher, P. Soller y B. – C. Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Viena, 2000, p. 31 s. (Tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto

Al igual que las diferenciaciones en general, las diferenciaciones teórico-normativas pueden tener un mayor o menor significado. El significado de la diferenciación entre la reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas². En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir³, se trata del óptimo de Pareto⁴. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación, el único que interesará en este texto.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁵

2 Cfr. L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 26 s.

3 Cfr. Sobre la relación entre los subprincipios de idoneidad y necesidad, por una parte, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por otra: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: “Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 13-64).

4 Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 149 s.

5 *Ibidem*, p. 146.

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, “para la que hacen faltan criterios racionales”, se lleva a cabo “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”⁶ o cuando dicen que “en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...se hace valer] sólo la subjetividad del juez” y que “las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo”⁷. Estos autores tienen que discutir que los juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y los grados de importancia sean viables. Con todo, es posible encontrar ejemplos fáciles en los cuales juicios como estos pueden llevarse a cabo de esta manera. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de poner en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que fumar implica. La imposición de este deber constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de esta índole, leves y graves, existen otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener

6 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 4ª. Edición, 1994, p. 315 f. (Tiene traducción al castellano de M. Jiménez Redondo como: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998).

7 B. Schlink, “Freiheit durch Eingriffabwehr – Rekonstruktion des klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ*, 1984, p. 462; Id. “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en: P. Badura y H. Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo 2, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001, p. 456, 460 s.; B. Pieroth y B. Schlink, *Grundrechte*, 17a. Edición., C. F. Müller, Heidelberg, 2001, núm. 293.

N. T. En ésta y en las siguientes referencias jurisprudenciales Alexy se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. Este ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. Para ello, basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.

La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco, es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal? no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, “de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual”, que fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares⁸. De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, garantizada por el Art. 12.1 LF?. Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado “evidente”⁹.

Alguien podría opinar que este ejemplo no dice mucho. De un lado, se trata de actividades económicas. En este ámbito es fácil aplicar escalas, por-

8 BVerfGE 95, 173 (184).

N. T. LF se utilizará como abreviatura para referirse a la Ley Fundamental alemana.

9 BVerfGE 95, 173 (187).

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

Para desvirtuar esa objeción debe analizarse un caso en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La popular revista satírica TITANIC llamó primero “asesino nato” y luego, en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista TITANIC, en razón de una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 Marcos Alemanes. La revista TITANIC interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una “ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto”¹⁰ entre la libertad de expresión de la revista implicada (Art. 5.1. Apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (Art. 2.1 LF en conexión con el Art. 1.1. LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como “dura”, es decir, como una intervención grave en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento¹¹. Paralelamente, el apelativo de “asesino nato” fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista TITANIC. Esta publicación se refería de ordinario a muchas personas de

10 BVerfGE 86, 1 (11).

11 BVerfGE 86, 1 (10).

una manera “ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería”, tal como ocurre con la expresión nato; lo mismo sucedió con el Presidente Federal de aquél entonces, Richard von Weizsäcker, que fue llamado “ciudadano nato”¹². Este contexto excluye entrever en este apelativo una “vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor”¹³. Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad media, e incluso tal vez sólo una intensidad leve. Esto es correlativo a una importancia media y quizás sólo leve de la protección del derecho al honor del oficial de la reserva, protección que se logra por medio de la indemnización. La primera parte de la Sentencia se determinó de acuerdo con estos rangos. Para que la condena a la indemnización, en cuanto intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, estuviera justificada, sería necesario que la afectación del derecho al honor, compensada mediante la indemnización, fuera en todo caso por lo menos una afectación grave. Según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal ello no era así. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva “asesino nato” no podía sancionarse con una indemnización.

Sin embargo, el asunto debía adoptar un tono distinto en lo concerniente al apelativo de “tullido”. Este apelativo vulnera “gravemente el derecho al honor”¹⁴ de este oficial de la reserva que era parapléjico. Esto quiere decir que, desde este punto de vista, la importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización es grande. Esta apreciación se fundamenta de la siguiente manera: llamar “tullido” a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como “una humillación” y expresa una “falta de respeto”. De este modo, frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un “error en la ponderación en contra de la

12 BVerfGE 86, 1 (11).

13 BVerfGE 86, 1 (12).

14 BVerfGE 86, 1 (13) – La negrilla es de R.A.

libertad de expresión”¹⁵. Por lo tanto, el recurso de amparo de la revista TITANIC fue estimado sólo en cuanto a que se impuso una indemnización por el apelativo de “asesino nato”. En lo concerniente al apelativo de “tullido”, se consideró carente de fundamento¹⁶.

Puede ser discutible si el apelativo de “asesino nato” realmente representa sólo una intervención media o leve en el derecho al honor. A este tipo de dudas habrá que referirse a propósito de los principios formales. Aquí sólo es significativo destacar que apenas caben dudas de que tanto imponer una indemnización, como llamar “tullido” a un minusválido, afectan de una manera intensa los respectivos principios de la libertad de expresión y del derecho al honor. Ahora bien, en lo concerniente a la persona gravemente impedida, es posible elaborar una calificación más refinada, sobre la base de las consideraciones del Tribunal. El Tribunal Constitucional Federal consideró atinadamente que llamar “tullido” a un parapléjico, implicaba una humillación y una falta de respeto. Una humillación pública y una falta de respeto semejantes afectan la dignidad del afectado. No se trata entonces simplemente de una afectación grave, sino de una afectación muy grave o extraordinariamente grave. Con ello se entra en un ámbito en el que una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención. Esta circunstancia está en correspondencia con la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución¹⁷. Por lo tanto, el caso TITANIC no sólo constituye un ejemplo de que también es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en que entran en juego bienes inmateriales como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras.

Las sentencias sobre el tabaco y sobre el caso TITANIC muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de impor-

15 *Ididem.*

16 BVerfGE 86, 1 (14).

17 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 162.

tancia en que se ven afectados los principios, y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Desde luego, en estos juicios se presuponen medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de la ponderación. Así, por ejemplo, en la consideración de que la condena impuesta a la revista TITANIC relativa al pago de una indemnización representa una intervención grave en la libertad de expresión, hay implícitas algunas estimaciones de lo que es peligroso para la libertad de expresión. Del otro lado de la balanza, el juicio según el cual el apelativo de “tullido” constituye una intervención grave en el derecho al honor, implica algunas estimaciones acerca de lo que significa el honor de una persona y sobre lo que significa tener dignidad. Con todo, esta circunstancia no significa, para utilizar las palabras de Habermas, que la ponderación se aplique “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”¹⁸. Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias. Existen razones plausibles que las respaldan. Asimismo, cabe dudar de que dichas estimaciones hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal “de manera irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”. Los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes. Sólo estaría justificado hablar aquí de estándares acostumbrados, si el sentido de la decisión proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación “irreflexiva”, si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones. Sin embargo, aquí no hay una carencia de argumentación. Todas estas consideraciones también pueden ser aplicadas válidamente a la Sentencia del tabaco.

18 J. Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 332 y 281.

III. La escala triádica

Hasta aquí solo se han considerado algunos ejemplos. Estos han mostrado que sí existen casos en los cuales el resultado de una colisión entre principios puede establecerse de forma racional. Así se desvirtúa la tesis de que la ponderación admite en definitiva cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales. Sin embargo, todavía con ello no se ha hecho explícita la estructura de la ponderación. Lo que hasta ahora se ha expuesto, está unido a los ejemplos. Para hacerse exitosamente una idea general, que vaya más allá de los ejemplos, sobre la posibilidad de que la ponderación sea racional, debe considerarse ahora el sistema que subyace a las catalogaciones utilizadas hasta el momento.

Todas las catalogaciones conforman un modelo triádico o de tres intensidades. Desde luego, no es forzoso aplicar el modelo de tres intensidades a la ponderación. Esta puede llevarse a cabo ya con sólo dos grados, y de ahí hacia delante queda abierto el número de grados posibles. Lo que a continuación se expondrá también es acertado, si se reduce a dos el número de grados o si se aumenta a más de tres. Sin embargo, como se verá, esta cifra no puede ser demasiado grande. Frente a otras alternativas, la escala triádica ofrece la ventaja de que ella refleja especialmente bien la práctica de la argumentación jurídica. Asimismo, ella permite ser ampliada en una forma que intuitivamente resulta muy adecuada.

Como ya se ilustró, los tres rangos pueden designarse con las expresiones “leve”, “medio” y “grave”. Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras “l”, “m” y “g”. “l” no sólo representa la expresión “leve” del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como “reducido” o “débil”, y “g”, junto a “grave”, también representa términos como “elevado” o “fuerte”.

Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m*, o *g*. Por una parte, la combinación entre la “no satisfacción” y la “afectación” conforman un doble concepto. Este concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección. Cuando se trata de un derecho fundamental como derecho de defensa, entonces la medida *sub judice* representa una intervención. Las

intervenciones son restricciones. Por consiguiente, en lugar del “grado de restricción” puede hablarse también de la “intensidad de la intervención”. En lo sucesivo se utilizará esta terminología. El hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse a la vez “no satisfacción” es un signo de la flexibilidad del lenguaje. La expresión “no satisfacción” opera de una manera natural, cuando se trata de los derechos de protección. A diferencia de los derechos de defensa, estos derechos no exigen una omisión, sino un actuar positivo. Aquí también puede hablarse de “restricción” y, por tanto, de “intervención”, lo cual de nuevo es un indicador de la flexibilidad del lenguaje. Cuando un principio exige protección, pero no ha sido garantizado, no sólo puede hablarse de una “no satisfacción” de ese principio, sino también de una intervención en el mismo, y, por tanto, de una “intervención por medio de una no satisfacción”.

Con este trasfondo ahora es posible definir ciertas cosas. Si se utiliza “ P_i ” como variable para el principio cuya vulneración se examina –para tomar de nuevo la fórmula de la ley de la ponderación–, a causa de la no satisfacción o de su restricción, entonces la intensidad de la intervención en P_i puede denotarse como “ IP_i ”. Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Por esta razón, la intensidad de la intervención es una magnitud concreta. Como tal, se distingue del peso abstracto de P_i , que se denotará como “ GP_i ”. El peso abstracto de un principio P_i es el peso que se le asigna a P_i en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Hay muchos principios de la Constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción. Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones. Esto muestra que esta situación guarda correspondencia con lo que se acaba de formular, es decir, con el caso en que los pesos abstractos de los principios son iguales y, por lo tanto, no juegan ningún papel. Ahora bien, todavía debe definirse lo que haya de ocurrir cuando los pesos abstractos difieran. Baste aquí definir que siempre es importante, por razones de claridad, hacer explícito si en cada caso se

habla de una magnitud abstracta o concreta. Si se trata de IPi , esto no resulta necesario, porque las intensidades de las intervenciones son concretas necesariamente. Sin embargo, no resulta perjudicial hacer explícito el carácter concreto de IPi , agregando la especificación “C”. “C” expresa las circunstancias del caso, relevantes para la decisión. “C” juega un papel central en la ley de colisión¹⁹, sobre el cual aquí no puede profundizarse. El primer objeto de valoración como l, m o g es entonces la intensidad de la intervención, que puede denotarse como $IPiC$.

$IPiC$ hace explícitos tres aspectos. “Pi” pone de manifiesto que se trata del principio Pi , “I” que se trata de la intensidad de la intervención en el principio Pi y “C” que se trata de un caso concreto. Por razones de claridad, resulta conveniente representar estos tres aspectos en una expresión compleja como $IPiC$. Por el contrario, se trata de una magnitud, es decir, la intensidad de la intervención. Por lo tanto, y para no mencionar siempre los tres aspectos, se habrá de escribir sólo “I” en lugar de $IPiC$. “I” no se diferencia entonces en nada de $IPiC$. Como consecuencia, la relación de igualdad: $Ii = IPiC$ es válida. “I” se utiliza como una forma corta para referirse a la expresión más completa $IPiC$ ²⁰. Se utiliza la letra “I”, por cuanto se trata de la intensidad de la intervención. Asimismo, se utiliza “I” con el index “i” para hacer explícito que se trata de una intervención en el principio Pi . Que se trata de una magnitud concreta es algo que se entiende por la propia intensidad de la intervención.

Notaciones análogas se aconsejan para los pesos abstractos. Antes ya se denotó el peso abstracto de Pi como GPi . Si se quiere hacer explícito el carácter abstracto, entonces puede adicionarse “A” para formar una analogía con “C”. Por lo tanto, la denominación completa del peso (G) abstracto (A) de Pi es $GPiA$. La versión corta toma la forma Gi . Ya se mencionó que el peso abstracto expresado con “Gi” o $GPiA$ sólo juega un papel en la ponderación cuando los principios en colisión se diferencian en su peso abstracto. Si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente.

19 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 94 – 95.

20 La expresión completa se utiliza en: R. Alexy, “Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, en: *Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität zu Tokio*, núm.17, 2001, p. 77.

La segunda magnitud de valoración como l , m , o g es, según la fórmula de la ley de la ponderación, la “importancia de la satisfacción” del otro principio. A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta. Es posible construir un concepto de importancia que esté integrado por una magnitud concreta y una abstracta. Qué tan importante sea la satisfacción del principio contrario depende entonces, al mismo tiempo, de qué tan intensa sería la restricción del principio contrario, si no se le reconociera la prioridad, así como también, de cuál es la magnitud de su peso abstracto. Sin embargo, como ya se ha mencionado, debe reconocerse que el primer enunciado de la ley de la ponderación se restringe sólo a la intensidad de la intervención, cuando esta ley se refiere a una constelación en la que los pesos abstractos son iguales y, por ello, no juegan ningún papel. También debe decirse que cuando se habla de la importancia, en el sentido de la ley de la ponderación, sólo debe entenderse la importancia concreta.

Todo esto se refiere a la pregunta de qué es la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario, de la que habla la ley de la ponderación. Como quiera que en la ley de la ponderación se trata en definitiva de la relación entre los dos principios en colisión, ella sólo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en P_i tenga en la satisfacción del principio contrario, que debe denotarse con P_j . La importancia concreta de la satisfacción de P_j se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre P_j la omisión de la intervención en P_i . Esto puede ilustrarse con ayuda del caso Titanic. Para este efecto, únicamente debe considerarse el calificativo de “tullido”, dirigido al oficial de la reserva parapléjico. A fin de determinar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión, debe preguntarse simplemente en qué intensidad interviene en la libertad de expresión la prohibición de ese calificativo, junto con la imposición de la indemnización. Este es el sacrificio que la Constitución exige a ese derecho fundamental, cuando permite que se prohíba ese calificativo, como lo establece la Sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf, al imponer la indemnización. Para determinar la importancia de la satisfacción del principio del derecho al honor, debe preguntarse ahora en sentido contrario, que significaría para el derecho al honor, si se omitie-

se la intervención en la libertad de expresión o no fuese ejecutada, es decir, si el apelativo de “*tullido*” fuese catalogado como permitido y, en consecuencia, no se condenara al pago de la indemnización. Con ello no se trata de algo distinto que de los costes que se originan para la protección del honor, a partir de la protección de la libertad de expresión. La importancia del principio de protección del honor en el caso TITANIC resulta entonces del cálculo acerca de cuán intensa sería la intervención en el derecho al honor del oficial de la reserva, de no llevarse a cabo una intervención en la libertad de expresión de TITANIC. Esto puede generalizarse y expresarse mediante la siguiente fórmula: la importancia concreta de P_j se mide según qué tan intensamente la no intervención en P_i interviene en P_j .

De nuevo se plantea la pregunta acerca de la notación. Sobre este aspecto podría pensarse en utilizar la letra “ W ” para la importancia y denotar la importancia concreta del principio contrario de una manera análoga a “ IP_iC ” mediante “ WP_jC ”. Esto tendría la ventaja de la proximidad con los usos lingüísticos comunes y de que es conforme con lo que establece la fórmula de la ley de la ponderación²¹. Sin embargo, algunas consideraciones sistemáticas conducen a otra solución. El concepto de importancia concreta de P_j es, como se menciono, idéntico al concepto de la intensidad en la intervención en P_i . Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención. Esto se esclarece de la mejor forma, si se aplica también el signo de la intensidad en la intervención, es decir, “ T ”, del lado del principio contrario. El correlato de “ IP_iC ” es entonces “ IP_jC ”. De nuevo puede reemplazarse esta denominación completa por una forma corta, es decir, por “ I_j ”. Aquí también tiene validez: $IP_jC = I_j$. En adelante se utilizarán sólo las formas de expresión corta²².

De esta manera quedan establecidos cuáles son los objetos que deben ser valorados como l , m o g . Al enunciar la ley de ponderación se advirtió que esta ley divide la ponderación en tres pasos. A partir de este momento, los dos primeros pasos pueden llevarse a cabo con ayuda de nuestro mode-

21 Esta es la razón por la cual, en trabajos anteriores, para referirse al principio contrario, se eligió una letra diferente a la intensidad de la intervención. Cfr R. Alexy, “Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, *op. cit.*, p. 73.

22 En adelante se utilizara la letra “ W ” para una magnitud que está conformada por la importancia concreta en el sentido de la intensidad de la intervención (I) y el peso abstracto (G).

lo triádico: la valoración de “*IPiC*” como *l, m o g* y la valoración de “*WPjC*” como *l, m o g*. La pregunta relevante es ahora, cómo debe efectuarse el tercer paso, en el cual estas dos valoraciones se ponen en mutua relación.

Puede opinarse que valoraciones de este tipo no pueden ponerse en relación. Lo que entra en colisión es inconmensurable²³. De este modo podría hacerse valer en relación con el caso TITANIC que llamar a alguien “asesino nato” y la condena a una indemnización de 12.000 Marcos son dos objetos sociales que tendrían menos en común que dos objetos naturales como manzanas y peras. Este, sin embargo, no es el punto decisivo. No se trata de la comparabilidad directa de cualquier objeto, sino de la comparabilidad de su significado para la Constitución, lo cual conduce indirectamente a su comparabilidad. El concepto de comparabilidad del significado para la Constitución implica dos elementos que bastan para fundamentar la conmensurabilidad. El primero es el punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Desde luego, es discutible, qué puede valer desde este punto de vista. Esto sucede ininterrumpidamente. Sin embargo, siempre existe una controversia acerca de lo que es correcto desde la perspectiva de la Constitución. La inconmensurabilidad aparece tan pronto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común. Este caso se presentaría si un intérprete de la Constitución le dijese a otro que, desde su punto de vista, cierta cosa es válida, mientras lo contrario fuese válido desde el punto de vista del otro. Entonces, cada uno estaría en lo correcto desde su punto de vista y no sólo ninguno se equivocaría, sino que tampoco podría ser criticado, porque no existiría ni podría existir un punto de vista unitario o común desde el cual pudiese demostrarse que algo es falso. Como consecuencia, sería imposible un discurso sobre la respuesta correcta que fuese más allá de la retórica vacía y que, en este sentido, fuese racional. Ahora bien, asimismo es válido lo contrario. Si es posible un discurso racional sobre aquello que es válido desde la perspectiva de la Constitución, entonces es posible predicar la existencia de un punto de vista común. Este aparece tan pronto se inicia un discurso racional, que se deja guiar por las ideas regulativas de lo correcto desde la perspectiva de la Constitución. Quien

23 *Cfr.* Sobre este aspecto: A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *The Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 972 s.

quiera hacer fracasar la posibilidad de valoraciones en razón de la imposibilidad de un punto de vista común, debe, por lo tanto, afirmar la imposibilidad de un discurso racional sobre las valoraciones en el marco de la interpretación constitucional. Es preciso rebatir esta afirmación, a pesar de que aquí no puede llevarse a cabo su refutación²⁴. El segundo elemento que posibilita la conmensurabilidad es una escala, construida artificialmente como siempre, que establezca los grados para la valoración de las pérdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La escala triádica l , m y g es un ejemplo de este tipo de escala. Su utilización desde el punto de vista común de la Constitución es también un factor que produce conmensurabilidad.

Una vez que se ha establecido la conmensurabilidad mediante el punto de vista y la escala, entonces aparece sin dificultad la respuesta a la pregunta de cómo debe llevarse a cabo el tercer paso de la ponderación. Existen tres constelaciones en las que la intervención en P_i es más intensa que la intervención en P_j :

- (1) $I_i: g, I_j: l$
- (2) $I_i: g, I_j: m$
- (3) $I_i: m, I_j: l$

En estos casos P_i tiene precedencia frente a P_j . La relación de preferencia condicionada ($P_i P P_j$) C^{25} adquiere validez en el sentido de la ley de colisión. A estos tres casos de primacía de P_i son correlativos tres casos de primacía de P_j :

- (4) $I_i: l, I_j: g$
- (5) $I_i: m, I_j: g$
- (6) $I_i: l, I_j: m$

24 Cfr. Sobre este aspecto: R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 4ª. Edición, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2001, p. 53 y s. (Tiene traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo como: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989).

25 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 94 – 95.

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada ($P_j P P_i$) C. A estos seis casos, que pueden ser decididos mediante la escala triádica, se suman tres casos de empate:

(7) $I_i: l, I_j: l$

(8) $I_i: m, I_j: m$

(9) $I_i: g, I_j: g$

En los casos de empate la ponderación no determina ningún resultado. Los casos de empate se sitúan en un margen de acción para la ponderación, y, por lo tanto, en un margen de acción estructural para la ponderación. Este margen de acción para la ponderación es de gran importancia para la delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y, por una parte, el Legislador, y, por otra, la jurisdicción ordinaria. Sobre este aspecto no puede profundizarse más aquí²⁶.

Los tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica. Una catalogación en tres rangos de esta naturaleza difiere radicalmente de una medición de las intensidades de la intervención y los grados de importancia por medio de una escala cardinal, como, por ejemplo, una escala de 0 – 1, y eso debe ser así, porque las intensidades de la intervención y los grados de importancia no pueden ser medidos con ayuda de una escala de este tipo²⁷. Es posible que con frecuencia deba utilizarse una escala triádica más refinada (como más adelante se mostrará, sobre todo se apela a una escala triádica doble). Con todo, esta utilización tiene límites. La simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente ya presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede

26 *Cfr.* Sobre este aspecto: R. Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 61, 2002, p. 7 y s. (Tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: “Derecho Constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, *op. cit.*)

27 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 156 – 157.

parecer imposible²⁸. Las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos y esto ni siquiera ocurre así en todos los casos. La naturaleza del derecho constitucional es, en definitiva, la que establece límites al refinamiento de las escalas y excluye escalas completas de tipo infinitesimal²⁹. Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1³⁰. Lo que sí resulta posible, sin embargo, es presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas.

IV. La fórmula

Existen dos diferentes posibilidades fundamentales de relacionar I_i e I_j . Quien trabaja con series aritméticas escoge la primera; quien trabaja con series geométricas elige la segunda. Una serie particularmente simple es la serie 1, 2, 3. Con su ayuda puede presentarse una fórmula que expresa de la siguiente forma el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, es decir, su peso concreto:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

Esta fórmula debe denominarse “fórmula diferencial”³¹.

El único signo aún no introducido en la fórmula diferencial es “ $G_{i,j}$ ”. “ $G_{i,j}$ ” no debe confundirse con “ G_i ”. Como ya se señaló, “ G_i ” representa el peso abstracto de P_i . La notación más completa “ GP_iA ” lo expresa de forma

28 Con esta imposibilidad desaparece toda diferencia entre las intensidades de la intervención. Una ponderación apoyada de esta diferencia no puede llevarse a cabo. La escala l, g es la escala mínima.

29 Cfr.: R. Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, p. 25 y s.

30 No se excluye la utilización de semejantes escalas en modelos ideales, que representen lo que ocurriría si una escala infinitesimal fuese posible en el derecho. Cfr. Sobre este aspecto: N. Jansen, “Die Abwägung von Grundrechten”, *Der Staat*, núm. 36, 1997, p. 29 y s.

31 Sobre la representación de las relaciones de los pesos de valores o principios con ayuda de la substracción y de la adición, Cfr.: H. Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, Heymann, Colonia – Berlín – Bonn – Munich, 1977, p. 26 s., 162 s.

clara. “ $G_{i,j}$ ”, por el contrario, representa el peso concreto de P_i , es decir, el peso e P_i bajo las circunstancias del caso concreto. En la notación más completa se lee de la siguiente manera:

$$“G_{i,j}C”^{32}.$$

La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (P_i) y la importancia concreta del principio contrario (P_j), la cual, a su vez, consiste en definitiva en la intensidad de la intervención hipotética en P_j mediante la omisión de la intervención, es decir, mediante la no intervención en P_i . Esta relatividad se expresa mediante “ $G_{i,j}$ ”. El peso concreto de P_i es el peso concreto de P_i relativo a P_j .

Si se utilizan las cifras 1, 2 y 3 en la fórmula diferencial, entonces se obtienen resultados esclarecedores a primera vista. Es necesario considerar de nuevo las antes mencionadas nueve posibles constelaciones del modelo triádico. En las tres primeras constelaciones, en las cuales P_i precede a P_j —a continuación se presentan de una manera simplificada—, $G_{i,j}$ adquiere los siguientes valores positivos:

$$(1) \quad g, l = 3 - 1 = 2$$

$$(2) \quad g, m = 3 - 2 = 1$$

$$(3) \quad m, l = 2 - 1 = 1$$

En los casos de primacía de P_j , $G_{i,j}$ adquiere los siguientes valores negativos:

$$(4) \quad l, g = 1 - 3 = -2$$

$$(5) \quad m, g = 2 - 3 = -1$$

$$(6) \quad l, m = 1 - 2 = -1$$

32 La fórmula diferencial adopta, por tanto, en la notación más completa la siguiente forma:

$$G_{i,j}C = I_iC - I_jC$$

En todos los tres casos de empate el peso concreto, y, por tanto, relativo, de P_i es 0:

$$(7) \quad l, \quad l = 1 - 1 = 0$$

$$(8) \quad m, \quad m = 2 - 2 = 0$$

$$(9) \quad g, \quad g = 3 - 3 = 0$$

Esta ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta ventajosa por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva. Sobre todo, por medio de ella se expresa correctamente que el caso de empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro, independientemente de si tiene una fuerza positiva o negativa. Sin embargo, la fórmula diferencial no da cuenta de una propiedad que resulta central para los principios. Esto se hace explícito, si se compara la ilustración del modelo triádico con ayuda de una serie aritmética con la ilustración que se hace al utilizar una serie geométrica.

Relativamente fácil y al mismo tiempo altamente intuitivo resulta tomar, como serie geométrica, los valores 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, 1, 2 y 4. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución.³³

El carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de P_i ; no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una fórmula de cociente. Esta fórmula es la siguiente:

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

Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva que debe llamarse “la fórmula del peso”. En su versión completa, la fórmula del

³³ Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 147.

peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia. Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, estos deben ser utilizados en la fórmula sólo cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente. En consecuencia, la utilización de la fórmula antes presentada, significa que, a causa de su respectiva igualdad, los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas fueron eliminados. La fórmula que se restringe a las intensidades de la intervención no es, por tanto, ninguna fórmula diferente a la fórmula completa, sino la misma después de una reducción. Esto es lo que quiere expresarse cuando, en lo sucesivo, la fórmula del cociente se denomine “fórmula del peso”.

Hasta el momento, cuando se ha presenta la fórmula del peso, incluso en la forma completa que incluye los tres pares de factores, se ha tratado siempre de una colisión solo de dos principios. La complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios. Es posible intentar representar esta complejidad mediante una fórmula que se construya sobre la base de la fórmula completa que se refiere a dos principios. Esta fórmula debe llamarse, en vez de “fórmula de peso”, “fórmula del peso extendida”. Sin embargo, ante de emprender cualquier tipo de extensión de la fórmula del peso basada en definitiva en las intensidades e la intervención, debe analizarse este modelo más simple con mayor precisión.

La fórmula del peso es entonces sólo aceptable, si los valores que $G_{i,j}$ recibe en las diferentes constelaciones, pueden reconstruir adecuadamente la ponderación. En primer lugar debe tenerse en cuenta la escala triádica simple. En los casos en los cuales P_i precede a P_j , $G_{i,j}$ recibe un valor mayor que 1:

$$(1) \quad g, l = 4 / 1 = 4$$

$$(2) \quad g, m = 4 / 2 = 2$$

$$(3) \quad m, l = 2 / 1 = 2$$

En los casos de primacía de P_j , el peso concreto de P_i desciende por debajo de 1:

$$(4) \quad l, g = 1 / 4 = 1/4$$

$$(5) \quad m, g = 2 / 4 = 1/2$$

$$(6) \quad l, m = 1 / 2 = 1/2$$

También aquí el valor es el mismo en todos los casos de empate, esta vez es siempre 1:

$$(7) \quad l, l = 1 / 1 = 1$$

$$(8) \quad m, m = 2 / 2 = 1$$

$$(9) \quad g, g = 4 / 4 = 1$$

A primera vista este esquema parecería tener muy pocas ventajas frente a la secuencia aritmética. Las grandes distancias ($g, l; l, g$) tienen, en relación con las cortas ($g, m; m, l; m, g; l, m$), un valor doble o medio respectivamente. Incluso podría pensarse que el 0 ilustra mejor que el 1 el caso de empate.

Sin embargo, el panorama cambia cuando el modelo triádico se extiende a un modelo triádico doble. La secuencia aritmética se aumenta entonces hasta la serie 1-9, al paso que la secuencia geométrica lo hace hasta la serie $2^n - 28$. Estas series expresan respectivamente los valores $ll, lm, lg, ml, mm, gl, gm$ y gg , lo cual quiere decir que ll corresponde a una intervención levemente leve, o muy leve, gg a una intensamente intensa o muy intensa y ml a una levemente media, es decir a una muy baja dentro del rango medio. La diferencia entre la fórmula diferencial y la fórmula del cociente se hace manifiesta cuando se comparan los casos de justificación mínima y máxima de una intervención en un derecho fundamental. La intervención que menos se justifica se representa mediante la combinación gg, ll en el modelo triádico doble. Puede suponerse que una intervención muy severa (gg), como por ejemplo una pena restrictiva de la libertad de siete años, se justifique con una razón que, en comparación con ella, tenga un peso mínimo, como por ejemplo, haber dejado caer una coletilla de tabaco en la acera. Sobre la base de los valores 9 (gg) y 1 (ll), la fórmula diferencial conduce a

atribuir un peso específico de 8 a los derechos fundamentales del artículo 2 inciso 1 y el artículo 2 inciso 2 LF. Por el contrario, sobre la base de los valores 28 (gg) y 2° (ll) del modelo triádico doble, la fórmula del cociente permite incrementar el peso concreto de esta externa constelación de una intervención injustificada en los derechos fundamentales a 256^{34} . Correlativamente, la máxima justificación de una intervención se representa mediante *ll*, *gg*. Según la fórmula de la diferenciación, esto representa -8 , al paso que, según la fórmula del cociente, representa $1/256$, es decir: 0,00390625. En la fórmula del cociente, los valores de las constelaciones extremas tienden a cero y al infinito. Esto corresponde a la idea de que existe algo así como la injusticia sin límites. Desde luego, estas tendencias también pueden representarse mediante la fórmula diferencial. Lo único que debe hacerse es orientar hacia el cero y hacia el infinito la escala, con base en la cual ella se aplica. No obstante, de este modo la escala diferencial deviene muy compleja. La serie simple 1, 2, 3 reproduce los valores *l*, *m* y *g* de una manera que refleja claramente la estructura global de nuestra capacidad de catalogar las intervenciones según su intensidad. Esto también puede decirse de la representación de la tríada doble mediante la serie 1-9. Ahora bien, es bastante dudoso que esta correspondencia también pueda existir cuando la serie se aproxima hacia el cero y hacia el infinito. La serie geométrica no se enfrenta a estos problemas. Ella se adecua tanto a la estructura triádica como a la fuerza creciente de resistencia de los derechos correspondiente a un aumento en la intensidad de la intervención en ellos.

Ya se señaló que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos. Esta posibilidad se vuelve real, cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son

34 Podría pensarse en casos todavía más extremos, como, por ejemplo, en la imposición de una pena de prisión perpetua por carraspear en una clase universitaria. Este caso es desde luego más extremo que el de la coletilla de tabaco. Sin embargo, el modelo triádico doble no tiene la capacidad de comprender y expresar esta diferencia en lo extremo de estos dos casos. Para ello, sería necesario establecer diferencias subsecuentes en el ámbito de lo extremo. Desde luego, una diferenciación de este tipo sería posible. Ella sería un intento de construir la idea de que hacia los extremos, la tasa de discriminación aumenta, mientras que hacia la mitad disminuye. Con todo, esta idea no puede desarrollarse aquí.

iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.

Existen tres constelaciones fundamentales en relación con las intensidades de la intervención (I_i, I_j) y los pesos abstractos (G_i, G_j). En la primera los pesos abstractos son diferentes, al paso que las intensidades de la intervención son iguales. En esta constelación las intensidades de la intervención se neutralizan. El asunto entonces se centra sólo en los pesos abstractos. Esta constelación tiene como contrapartida una segunda constelación fundamental —mucho más frecuente y por ello bastante más significativa desde el punto de vista práctico—, en la cual los pesos abstractos son iguales, pero las intensidades de la intervención son distintas. En la tercera constelación fundamental, por el contrario, tanto los pesos abstractos como las intensidades de la intervención son diferentes. En este caso entonces los cuatro valores son relevantes. Estas posibilidades pueden expresarse mediante la siguiente variante extendida de la fórmula del peso:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Si esta fórmula es acertada, entonces, con base en ella puede llevarse a cabo una ulterior clarificación conceptual. Los productos de $I_i \cdot G_i$ y de $I_j \cdot G_j$ expresan que de manera no poco frecuente, junto a $G_{i,j}$, la expresión peso se utiliza para referirse a G_i y G_j . La expresión “peso” entonces deviene ambigua y adquiere tres significados. Las ambigüedades no son nocivas, siempre que se pueda claramente decidir el contexto de lo que se quiere decir. Esto último no siempre acontece en la discusión sobre la ponderación. Por esta razón, es necesario llevar a cabo una definición terminológica. Para ello se ofrecen dos posibilidades. Es posible denominar el producto de $I_i \cdot G_i$ tanto “peso concreto no relativo” como “importancia” de P_i . Lo primero es circunstancial pero claro. Sitúa de forma palmaria el peso concreto no relativo ($I_i \cdot G_i$) entre el peso concreto relativo ($G_{i,j}$) y el peso abstracto (G_i). La denominación de “importancia” es, por el contrario, más elegante y más próxima a los usos lingüísticos. Sin embargo, es necesario aclarar que cuando se denominó “ I_i ” como “importancia”, al enunciar la

formulación de la ley de la ponderación, con ello no se hizo ninguna referencia a la inclusión del peso abstracto, pues en ese contexto se entiende que los pesos abstractos se neutralizan. Si se elige este camino, entonces puede definirse de la siguiente forma el peso concreto no relativo en términos de importancia (W_i , W_j)*:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j$$

De esta manera puede diluirse completamente la ambigüedad de la expresión “peso”.

Es recomendable referir también G_i y G_j a las escalas triádicas que se representan mediante series geométricas. De esta forma, todo lo que se dijo en relación con los valores I_i e I_j , vale para G_i y G_j . Esto no es evidente, sino que expresa la aceptación de que al peso abstracto y a la intensidad de la intervención corresponde un mismo peso —este concepto es pertinente de nuevo en este metanivel de uso— en la determinación del peso concreto o relativo que se representa por medio de G_i, j . Esta aceptación de una igual importancia posibilita llevar a cabo compensaciones plenas. Una intervención (I_i) leve (l) en un principio con elevado (g) peso abstracto (G_i) tiene una igual importancia (W_i) que una intervención (I_j) grave (g), que se lleva a cabo a causa de su omisión, en un principio con escaso (l) peso abstracto. De este modo entonces se obtiene un empate.

Ya se ha mencionado también el tercer par de variables de la fórmula del peso completa. Se trata del grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro. El Tribunal Constitucional Federal ha determinado con razón, en la sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmung*), que no es pertinente atribuir siempre ni certeza ni incertidumbre a los pronósticos empíricos que subyacen a las apreciaciones que el legislador lleva a

N. T. He preferido mantener la inicial W de la palabra alemana: “*Wichtigkeit*” para hacer referencia a la importancia y no utilizar la inicial I , a fin de no crear confusión con el uso de la I para intervención.

cabo en el examen de proporcionalidad³⁵. Entre los criterios según los cuales debe determinarse la certeza de la medida ordenada, está sobre todo el de la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto. Desde este trasfondo puede formularse una ley epistémica de la ponderación, en paralelo a la antes enunciada ley de la ponderación. Esta nueva ley señala lo siguiente:

Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.

Esta segunda ley de la ponderación lleva el predicado “epistémica”, porque no se basa en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica. La primera ley de la ponderación que, como ya se mostró, define el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, puede llamarse “ley material de la ponderación”, si se quiere expresar su diferencia con su correlativo, es decir, la ley epistémica de la ponderación.

También en relación con la ley epistémica de la ponderación es aconsejable utilizar la escala triádica. En la Sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmungsurteil*), el Tribunal Constitucional Federal diferenció entre tres grados de intensidad en el control: “el control material intensivo”, “el control de plausibilidad” y “el control de evidencia”³⁶. Estos tres grados corresponden a los tres grados de epistémicos de cierto o seguro (*s*), plausible (*p*) o no evidentemente falso (*e*). Es posible utilizar “*Si*” y “*Sj*” o, en la forma completa “*SPiC*” y “*SPjC*” como notación para referirse a la seguridad de los presupuestos empíricos, que se relacionan con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de *Pi* y la realización de *Pj*. Con el fin de expresar que, tanto la fuerza de defensa como la de ataque se reduce ante la creciente incertidumbre de las premisas que soportan cada una de las partes, *s* debe valorarse con 2^0 , *p* con 2^{-1} y *e* con 2^{-2} . Aquí desde luego también es posible refinar la escala triádica, es decir, mediante la escala triá-

35 BVerfGE 50, 290 (332).

36 BVerfGE 50, 290 (333).

dica doble. La fórmula del peso completa adquiere entonces la siguiente forma:³⁷

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Para ilustrar la manera como funciona esta fórmula, pueden observarse dos constelaciones. Con el fin de hacer más simple la ilustración, en ambas serán iguales los pesos abstractos (G_i , G_j). En el primer caso se trata en ambos lados de una intervención intensa (g), que se lleva a cabo mediante la adopción de la medida en P_i y mediante su omisión en P_j . La intervención intensa en P_i es segura (s), pero en P_j es sólo plausible (p). De este modo, $G_{i,j}$ se determina de la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 2$$

Como consecuencia, P_i debe preceder en este caso.

También en la segunda constelación debe suponerse que la intervención en P_i es segura (g) y el daño en P_j , que se produce por la omisión de la intervención en P_i , es sólo plausible (p). Una distribución semejante de los valores relativos a la seguridad epistémica del par de variables S_i , S_j , puede encontrarse en la sentencia del cannabis³⁸. Si el Tribunal Constitucional Federal declara, desde este trasfondo que es proporcionada la penalización

37 La formulación completa es la siguiente:

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

38 BverfGE 90, 145 (182): "Asimismo, con base en los fundamentos del actual estado del arte, como puede deducirse suficientemente de las fuentes antes mencionadas..., la concepción del Legislador es *plausible*, en cuanto que él no dispone de otro medio igualmente efectivo pero menos severo que la sanción penal para alcanzar el fin" (Énfasis de R. A.).

de la manipulación de productos del cannabis, entonces la desigualdad de los valores de S_i y S_j se refleja en una desigual distribución de los valores en I_i e I_j o en G_i y G_j . No es este el lugar para examinar con precisión los variopintos argumentos del Tribunal. Sólo debe anotarse que existe una posibilidad de compensar la seguridad empírica sólo media de las premisas que sustentan la penalización con la aceptación de que se trata de una intervención de intensidad sólo media en los derechos que están ligados con la prohibición de manipulación del cannabis en razón de los peligros asociados con el mismo. De este modo, los valores que se debería atribuir a $G_{i,j}$ serían los siguientes:

$$G_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 1$$

De esta manera se obtiene un empate, lo cual significa que una prohibición penal de la manipulación de productos derivados del cannabis cae dentro del margen de acción del legislador.

V. La fórmula extendida

Hasta ahora se ha tratado siempre de la colisión entre dos principios. Estas pueden comprenderse completamente mediante la fórmula del peso. Sin embargo, con frecuencia, en uno o en los dos lados, hay varios principios en juego. Como quiera que incluso en estos casos puede tomarse sólo una decisión, entonces es necesario relacionar de alguna manera todos los principios relevantes. La pregunta es si esto puede suceder mediante la introducción de un efecto acumulativo en la fórmula del peso. La versión más simple sería la de una mera acumulación aditiva. Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción³⁹. Si aquí se admite la acumulación aditiva, entonces se obtiene la siguiente fórmula:

39 Si se tiene en cuenta también el lado del derecho fundamental (P_i) cuya vulneración se examina, entonces la acumulación conduce inevitablemente a un holismo de derecho fundamental. P_i representaría a todos los derechos fundamentales que se afectan negativamente mediante la intervención en P_i . De este modo, se desvanece el esquema tradicional, según el cual, debe examinarse

$$G_{i,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Esta fórmula puede denominarse como “fórmula del peso extendida”.

Si se prescinde de la pregunta de teoría general de la argumentación jurídica, de si la acumulación de argumentos puede representarse como adición, el problema principal de la fórmula del peso extendida es qué es aquello que es acumulable aditivamente. Es fácil reconocer la dirección en la cual debe darse respuesta a esta pregunta. Los principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes. Sus objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes. También tiene validez la regla según la cual la heterogeneidad es una condición de la acumulación aditiva. Esta regla se aplica a veces con facilidad. De este modo, por ejemplo, es posible identificar fácilmente a la libertad general de acción como un contenido que ya aparece en los derechos fundamentales especiales. Por el contrario, es posible imaginar casos en los que una intervención pueda fundarse en varios principios que no tienen ninguna intersección entre sí. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un principio tiene como objeto bienes colectivos y otros derechos individuales. Sin embargo, aquí debe hacerse una advertencia. En consideración de las relaciones complejas entre los derechos individuales y los bienes colecti-

separadamente cada intervención en un derecho fundamental. Más radical sería ese desvanecimiento, si se admitiera la posibilidad de acumular todos los principios constitucionales relevantes. En este caso, todos los principios que jugaran en contra de la medida que se examina se opondrían en conjunto a todos los que jugaran a favor de ella. El derecho fundamental, cuya vulneración se examina, dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa. El peso concreto del derecho fundamental cuya vulneración se examina, sería el peso concreto de este principio en el *sistema completo* de la constitución. Todo esto puede representarse mediante la siguiente fórmula:

$$G_{i-m,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \dots I_m \cdot G_m \cdot S_m}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Esta fórmula debe llamarse “fórmula del peso extendida completa”.

40 Cfr: R. Alexy, “Individuelle Rechte und kollektive Güter”, en Id., *Rechts, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 232.

vos siempre debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una redundancia sustancial entre ellos. El mero hecho de que sean, por una parte derechos individuales y, por otra, bienes colectivos, los que entran en relación, no es por sí misma una garantía de heterogeneidad.

La cosa sería simple si la heterogeneidad fuese un asunto de todo o nada. Con todo, este no es el caso. Los principios pueden intersecarse sustancialmente más o menos. Sin embargo, ello no constituye una razón para no comenzar siempre con el análisis de las relaciones relativamente fáciles que deben tenerse en cuenta en la colisión de dos principios y tampoco una razón para, a partir de ese análisis, no dar un paso ulterior hacia las regiones complejas de las uniones de principios.

La racionalidad de la ponderación

Carlos Bernal Pulido

Universidad Externado (Colombia)

Sumario

I. Introducción. II. Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación. 2.1. La indeterminación de la ponderación. 2.2. La inconmensurabilidad en la ponderación. 2.3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. III. Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación. 3.1. Los límites de racionalidad de la ponderación. 3.2. La pretensión de racionalidad de la ponderación. IV. Un modelo racional para la ponderación. 4.1. El concepto y la estructura de la ponderación. 4.2. La función y la estructura de la fórmula del peso. V. Conclusión

I. Introducción

En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación¹. Mientras

1 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81 s.; Id., “Sobre la estructura de los

las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. Este es un interrogante filosófico jurídico que, sin embargo, irradia sus efectos sobre un segundo problema, relevante desde el punto de vista del derecho constitucional. El segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Más de un connotado autor ha sostenido que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico² y que, por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes el Estado³.

El objetivo de este artículo es analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas. Para tal fin, es necesario indagar, en primer lugar, por qué se pone en

principios jurídicos”, en Id., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 93 s.; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (traducción de Marta Gustavino), Ariel, Barcelona, 1989, p. 61 s.; Jan R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden - Baden, 1990; Id., *Modelle des Eigentumsschutzes: eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG*, Nomos, Baden - Baden, 1998, p. 37 s.; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª. Edición, 2005, 571 s.

- 2 Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, 327 s. J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73.
- 3 Charles Fried, “Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test”, *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, p. 759 s.; Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Colonia et al., 1961, p. 130.

tela de juicio la racionalidad de la ponderación (II). En segundo término, debe determinarse hasta qué punto puede ser racional la ponderación y como puede ser esto posible (III). Finalmente, se examinará si la fórmula del peso, propuesta por Alexy, puede ser considerada como un modelo que soluciona en la mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación (IV).

II. Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación

De acuerdo con los críticos, la ponderación es irracional por una amalgama de razones. Las más prominentes se refieren a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

2.1. La indeterminación de la ponderación

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder⁴ que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios⁵. Desde este punto de vista, la ponderación sería una estructura formal y vacía⁶, basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez⁷. Las apreciaciones subjetivas del juez constituirían la balanza con la que se

4 Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171.

5 Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Weisshauses, Halle, 2ª. Edición, 1923, p. 447. En tiempos más recientes: Ernst W. Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen", en: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 184 s.; Ingeborg Maus, "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, p. 197 s.; Kent Greenawalt, "Objectivity en Legal Reasoning", en: Id., *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992, p. 205.

6 Fritz Ossenbühl, "Abwägung im Verfassungsrecht", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, p. 905.

7 Karl A. Betterman, "Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit", *Juristenzeitung*, 1964, p. 601 s.

pondera⁸. Como consecuencia, la ponderación no podría ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

2.2. La inconmensurabilidad en la ponderación

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no serían comparables⁹. La inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos¹⁰, que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. En el ámbito de los principios no existiría una “unidad de medida”¹¹, así como tampoco una “moneda común que posibilite la ponderación” entre los principios que en cada caso entrarán en colisión¹².

2.3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación

La crítica final mantiene que la ponderación es irracional porque sería imposible predecir sus resultados. Todos los resultados de la ponderación

8 Juan A. García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivo de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII – XIV, 1996 – 1997, p. 71.

9 Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, p. 72 s., 132 s. 153 s.; Nils Jansen, “Die Struktur rationaler Abwägungen”, en: Annette Brockmüller et al. eds., *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, ARSP, Beiheft 66, 1997, p. 152 s.; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, p. 275 s.; Lawrence Tribe, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, p. 595; Louis Henkin, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, *Columbia Law Review*, núm. 78, 1978, p. 1048; Louis Frantz, “Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelssohn”, *California Law Review*, núm. 51, 1963, p. 748.

10 Sobre el concepto de inconmensurabilidad, cfr.: Joseph Raz, “Incommensurability and Agency”, en: Id., *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 46.

11 Jürgen Habermas, “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en: Id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., 1996, p. 369.

12 Thomas Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law en the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 973.

serían particulares, dependerían de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia *ad hoc*¹³, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determinaría esta falta de precisión conceptual sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

III. Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación

3.1. Los límites de racionalidad de la ponderación

Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional, cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites¹⁴. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. El silogismo también es formal en este sentido, porque tampoco puede excluir las apreciaciones subjetivas de quien lo lleva a cabo. No obstante, nadie se serviría de esta razón para afirmar que el silogismo es irracional.

13 Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Munich, 1977, p. 276; Hans Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión “particularismo” para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. Cfr. José J. Moreso, Conflictos entre principios constitucionales, in: Miguel Carbonell, ed, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003; Bruno Celano, “Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisión stabili”, *Ragione Pratica*, núm. 18, 2002.

14 John Elster, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (traducción de Carlos Gardini), Gedisa, Barcelona, 1999, p. 11 s.

Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse¹⁵ en ningún ámbito normativo¹⁶ y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por el completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva¹⁷.

Debe reconocerse que la existencia un sistema jurídico de este talante no es posible ni conveniente. Es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Más aún, dichas disposiciones han sido expedidas en situaciones en que existen limitaciones de tiempo, de información y de acuerdo entre los Constituyentes o los miembros del Parlamento. En la práctica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. A ello debe aunarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, tampoco sería deseable que existiese un sistema jurídico que garantizase una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiese de un catálogo de principios constitucionales y

15 Para profundizar sobre esta perspectiva escéptica acerca de una perfecta objetividad en la interpretación judicial, véase el planteamiento de Hans Kelsen sobre la “ilusión de la certeza jurídica” expuesto en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nilve), Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 134 s.

16 Cfr. Sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: Jan R. Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung – Das Problem der Begrenzung der Besteuerung”, *Der Staat*, núm. 41, 2002, p. 392 s.; M. Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales” (traducción de Rodolfo Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, p. 46.

17 Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, cfr. Klaus Günther, “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special - Case Thesis’”, *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, p. 151 s.

legales totalmente determinados, que además estuviesen revestidos de un “efecto de irradiación”¹⁸ sobre todo el ordenamiento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política. Si los derechos fundamentales proyectasen asimismo su fuerza expansiva sobre la legislación, el margen de acción del Parlamento se comprimiría al mínimo. El legislador se transformaría en una autoridad competente sólo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática. Más allá de ello, las disposiciones que establecen los principios constitucionales predeterminarían no sólo el contenido de la legislación, sino incluso el de las decisiones administrativas y judiciales. Como efecto colateral, el derecho se aprisionaría en el pasado y perdería su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad. Todo cambio jurídico haría necesaria una reforma constitucional.

Como consecuencia, resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. Por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción. Todo aquél que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre entonces en hiperracionalidad. Es meridiano que la tarea de determinar el contenido normativo de los principios siempre depara al juez un margen de deliberación. Dentro de este margen, el juez adopta diversas apreciaciones normativas y empíricas, relativas a controversias concernientes a preguntas tales como de qué tanta libertad dispone el individuo en un Estado Constitucional, qué restricciones pueden o deben ser impuestas al principio de la mayoría, o hasta qué punto puede un Estado Social intervenir en la economía a fin de garantizar la redistribución de las condiciones materiales para lograr el bienestar y asegurar que cada individuo disfrute por lo menos de su procura existencial. No puede esperarse

18 Sobre el efecto de irradiación de los principios de derecho fundamental, cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 507 s.

que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad.

3.2. La pretensión de racionalidad de la ponderación

Esta posición escéptica en relación con la perfecta objetividad en la aplicación de los principios no implica, sin embargo, que la única alternativa sea la irracionalidad. El hecho de que la perfecta objetividad sea utópica por naturaleza no significa que deba renunciarse a pretender alcanzar su valor, como un ideal, en la mayor medida posible. La ponderación es un procedimiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana. Esta circunstancia atribuye, entonces, sentido a preguntarse, cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación. Para contestar este interrogante, es necesario explicar primero qué significa racionalidad y qué exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación.

a. *El concepto de racionalidad*

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica¹⁹. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción²⁰. Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evalua-

19 *Cfr.* Sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de Luis M. Valdés Villanueva), Ediciones Nóbel, Barcelona, 2000, p. 109 s. De un modo similar: Jürgen Habermas, "Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla", en: Id., *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de Pere Fabra y Luis Díez, Trotta), Madrid, 2002, 1999, 103 s.

20 Ota Weinberger, *Alternative Handlungstheorie*, Böhlau, Vienna et alt., 1996, p. 67 s.

tivo de racionalidad²¹ que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías de razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones mediante las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser consideradas racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer²². No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho²³. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes²⁴, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas²⁵, de observar las reglas de la lógica²⁶ y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia²⁷ y la coherencia²⁸.

21 Kurt Baier, *The Rational and the Moral Order*, Open Court, Chicago - La Salle, 1995, p. 35 s.

22 Cfr. Sobre la discusión acerca del concepto de racionalidad desde el punto de vista de las teorías de la argumentación jurídica: Ernst Tugendhat, "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht", *ARSJ* Beiheft 14, 1980, p. 1 s.; Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 94 s.

23 Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht - Bostón, 1992, p. 209

24 R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 185 s.

25 *Ibidem*, p. 185 - 187.

26 Manuel Atienza, "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 193.

27 Una fundamentación es consistente desde el punto de vista normativo, si se llega a los mismos resultados cuando tienen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 185; Alexander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer, Vienna - New York, 1983, p. 189; Neil MacCormick, Coherence en legal justification, en: Werner Krawietz et al., eds., *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, p. 43 s.

28 Cuanto más se base una fundamentación en principios, reglas, decisiones, conceptos generales del sistema jurídico y premisas normativas y empíricas relevantes en este sistema, tanto más coherente será. Cfr. Robert Alexy, "Juristische Begründung, System und Kohärenz", en: Okko Behrends et al., eds., *Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Vondenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1990, p. 97 s.; Robert Alexy y Alexander Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, núm. 1, 1990, p.

b. *Las exigencias de racionalidad en la ponderación*

Ambos sentidos de la racionalidad son relevantes en las críticas a la ponderación. La objeción concerniente a la falta de precisión conceptual se opone al uso de la ponderación con el argumento de que ésta no es clara ni tiene una estructura precisa. Si se quiere superar esta objeción, es necesario proponer un modelo que dote a la ponderación de un concepto claro y una estructura precisa. Por otra parte, la racionalidad práctica es relevante desde la perspectiva de las tres objeciones antes expuestas. Las objeciones de falta de precisión conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional en sentido práctico. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.

Con fundamento en estas premisas debe preguntarse si existe un modelo de ponderación que pueda satisfacer estas exigencias teóricas y prácticas de racionalidad. Aquí se analizará si la fórmula del peso de Alexy puede ser considerado como un modelo es estas características.

IV. Un modelo racional para la ponderación

En *La teoría de los derechos fundamentales*²⁹ y en otros escritos, Alexy expone una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación. En su última versión, la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de argumentación. Aquí es preciso concentrarse en el segundo elemento, es decir, la fórmula del peso (2). Sin embargo, de antemano es indispensable aclarar

115 s.; B. Baum Lavenbook, "The Role of Coherence en Legal Reasoning", *Law and Philosophy*, núm. 3, 1984, p. 355 s.

29 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 87 s.

el concepto y la estructura general que ostenta la ponderación en el modelo propuesto por Alexy (1).

4.1. El concepto y la estructura de la ponderación

a. *El concepto de ponderación*

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización. Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.³⁰ El ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. Por su parte, los enunciados fácticos acerca del caso determinan el ámbito de lo fácticamente posible.

A fin de establecer “la mayor medida posible” en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación como esta, todos estos principios están en colisión. Ellos fundamentan *prima facie* normas incompatibles (por ejemplo, la norma N1 que prohíbe \emptyset y la norma N2 que ordena \emptyset), que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto.

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* que fundamentan. Una hipotética solución de este tipo para las colisiones entre principios³¹ debe rechazarse por presuponer algo imposible de concebir en el ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que refleje una jerarquía de todos los valores.

30 *Ibidem*, p. 86.

31 Para una defensa de esta solución hipotética, cfr.: Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, en: Id. y Paul Kirchhof eds., *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, Vol. 5, p. 236; Friedrich Müller, Duncker & Humblot, Berlín, 3ª. Edición, 1989, p. 60.

La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales ni de un orden lexicográfico de principios de justicia. Un modelo de esta índole fue propuesto por Rawls al defender la regla de la prioridad absoluta de su primer principio de justicia sobre el segundo y, en consecuencia, que “la libertad sólo puede ser restringida en razón de la propia libertad”³². La idea de un orden lexicográfico debe descartarse asimismo, porque presupone la posibilidad de separar absolutamente las libertades de los derechos sociales (especialmente el derecho al mínimo existencial) y los bienes colectivos que se relacionan con el segundo principio de justicia. Esta posibilidad debe negarse, por cuanto la garantía del mínimo existencial es una condición para que las libertades no permanezcan sólo como aspiraciones retóricas³³. La ponderación, por su parte, es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino “una relación de precedencia condicionada” entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso³⁴, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.

b. La estructura de la ponderación

De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

1.) La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación,

“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³⁵.

32 John Rawls, “The Basic Liberties y Their Priority”, en: Id., *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, 1983.

33 See Robert Alexy, “John Rawls’ Theorie der Grundfreiheiten”, en: W. Hinsch et al., eds., *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1997, p. 282 s.

34 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92 s.

35 *Ibidem*, p. 161.

De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”³⁶.

Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos³⁷. Alexy sostiene que en ambos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades “leve”, “moderada” y “grave” especifican el grado de importancia de los principios en colisión³⁸.

La importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el “peso abstracto” de los principios³⁹. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este

36 Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 32.

37 De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de no satisfacción o afectación del primer principio en el caso concreto como *IpiC* y la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto como *WPjC*. *Cfr. Ibidem*, p.40.

38 Debe aclararse que también sería posible alcanzar la conmensurabilidad entre los dos principios mediante una escala compuesta por dos o más grados. Sin embargo, la utilización de una escala de dos grados para establecer una relación de precedencia condicionada entre dos principios sólo reiteraría la precedencia de un principio sobre otro en dicha relación, por cuanto el principio precedente siempre tendría el grado mayor y el principio derrotado el grado menor. Asimismo, la aplicación de una escala de cuatro o más grados genera dificultades mayores. Cuanto más aumente el número de grados de la escala, tanto más aumentará la dificultad de precisar, con base en premisas normativas y fácticas, el grado exacto de importancia de los principios en colisión, y, por lo tanto, fundamentar el resultado de la ponderación. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que resultaría graduar en 77 la importancia de un principio, en una escala de 1 a 100, y más difícil aún, poder diferenciar la importancia de 77 de la importancia que corresponde a los grados 76 y 78.

39 De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como *GpiA* y el peso abstracto del segundo principio como *GPjA*. *Cfr.* Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 41, nota 68.

peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana.

A lo anterior debe sumarse una tercera variable S , que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación.

Ahora bien, le pregunta es: ¿cómo puede articularse la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios, a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación? De acuerdo con Alexy, la formula del peso es la respuesta.

2.) La fórmula del peso

Esta formula tiene la siguiente estructura⁴⁰:

$$GP_{i,j}C = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{GPjA \cdot SPjC}$$

Esta formula establece que el peso concreto del principio Pi en relación

40 *Ibidem*, p. 56. Cfr. También Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", en Joachim Jickeli et al. eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, p. 771 s.

con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2^0 , es decir, 1; medio 2^{-1} , es decir, 2; y grave 2^{-2} , es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2^0 , es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir, 1/2; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, 1/4.⁴¹

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el “peso concreto”⁴² del principio P_i en relación con el principio P_j en el caso concreto. Si el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i es mayor que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j , entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio P_j . Si P_i fundamenta la norma $N1$ que prohíbe \emptyset y P_j fundamenta la norma $N2$ que ordena \emptyset , en el primer caso debe prohibirse \emptyset y en el segundo caso debe ordenarse.

3.) La carga de la argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es la carga de la argumentación. Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico (o expresado formalmente $GP_i, jC = GP_j, iC$).

41 Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, p. 789 s.

42 Robert Alexy, “On Balancing y Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, p. 433 s.

Alexy parece defender dos diferentes formas de superar este tipo de empates, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el *Epílogo* a esta obra, escrito quince años después de su publicación inicial. Esta doble solución resulta problemática, por cuanto puede implicar resultados incompatibles, tal como a continuación veremos.

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy aduce argumentos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica. El principio “*in dubio pro libertate*”⁴³ expresaría el significado de esta carga de argumentación. De acuerdo con este principio, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor “razones más fuertes”⁴⁴. En otras palabras, los empates deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica. No obstante, en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende una carga de argumentación diferente. En todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como “no desproporcionada”, y por tanto debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia⁴⁵. Desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

4.2. La función y la estructura de la fórmula del peso

a. *La función de la fórmula del peso*

De acuerdo con Alexy, la aplicación de la fórmula del peso es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio *P_i* en relación con el principio *P_j*, a la luz de las circunstancias de un caso. De este modo, la fórmula del peso representaría un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que Alexy enuncia con base en la formulación clásica del tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de pro-

43 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 549 s.

44 *Ibidem*, p. 550.

45 Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 43 s.

porcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán⁴⁶.

Sin embargo, a mi modo de ver, la fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación. El objetivo de esta fórmula es establecer “una relación de precedencia condicionada” entre los principios a la luz de las circunstancias del caso. Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, “del grado de no satisfacción o de afectación de un principio” y “la importancia de la satisfacción del otro”), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios. Esto implica que la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación y que es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuando explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

La nueva formulación de la ley de la ponderación debe ser entonces la siguiente:

Cuanto mayor sea el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i a la luz de las circunstancias del caso.

Esta nueva ley de la ponderación también puede expresarse así:

$$GP_{i,j}C \leq GP_{j,i}C$$

46 Cfr. Por ejemplo la sentencia BVerfGE 30, 296 (316). Cfr. Asimismo sobre el concepto de este subprincipio en el derecho constitucional alemán: Laura Clerico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden – Baden, 2001, todo el capítulo III.

O, con mayor explicitud,

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \leq \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

El funcionamiento de esta nueva ley de la ponderación puede aclararse con la ayuda de un ejemplo concreto. Imaginemos que la vida de un niño depende de una transfusión de sangre, que sus padres rehúsan en razón de sus creencias religiosas. Esta situación implica un conflicto entre el principio de protección de la vida y el derecho a la libertad de conciencia. Ante este conflicto puede preguntarse si es contrario a la Constitución ordenar la práctica de la transfusión en contra de la voluntad de los padres. Un Tribunal Constitucional puede considerar que el grado de no satisfacción o de afectación del principio Pi (libertad de conciencia) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio Pj (protección de la vida del niño) (4). Además, el Tribunal puede considerar que el peso abstracto de la libertad de conciencia Pi es medio (2) y que el del derecho a la vida es intenso (4); por último, puede estimar que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras (1). En este caso, la aplicación de la nueva ley de la ponderación llevaría a la siguiente conclusión:

$$\frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} < \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1}$$

Esto quiere decir:

$$\frac{8}{16} < \frac{16}{8}$$

$$\frac{1}{2} < 2$$

En el ejemplo, la medida consistente en ordenar la práctica de la transfusión de sangre satisface las exigencias de la ley de la ponderación, porque tras su aplicación: $GP_{i,j}C < GP_{j,i}C$. Por lo tanto, proteger la vida del niño debe considerarse como una medida constitucional.

b. La estructura de la fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso suscita varios interesantes problemas. El más importante es si existen criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la integran. En esta sección exploraré las posibles respuestas para este interrogante, mediante una consideración específica de cada variable.

1.) El grado de importancia de los principios en colisión

Debe admitirse que en ciertas ocasiones existen juicios racionales acerca del grado de importancia de los principios en colisión, o lo que es igual, existen casos fáciles en relación con el grado de importancia de los principios. Por ejemplo, el hecho de que una revista satírica se refiera a un tetrapléjico con el apelativo de “tullido”, claramente constituye una grave ofensa contra su honor (y por tanto, al ser grave, ameritaría la atribución del valor numérico 4), mientras que al mismo tiempo contribuiría muy poco al desarrollo de la libertad de expresión (y por tanto, el valor de este principio debería ser 1). No obstante, también existen casos difíciles en que las premisas fácticas y normativas, que deben considerarse para determinar la importancia de un principio, son inciertas. Un caso típico se presenta cuando la libertad de conciencia está en juego. Cabe dudar de si es posible determinar en abstracto el grado de intervención de cierta medida en la libertad de conciencia, sin tomar en cuenta las apreciaciones subjetivas del creyente relativas a su experiencia religiosa. Por consiguiente, debe decirse que el grado de intervención en la libertad religiosa que pueda tener la práctica de una transfusión de sangre forzosa depende claramente de cómo los individuos viven su fe. Un acto como este puede ser intrascendente para muchos individuos, pero muy serio para un testigo de Jehová. En la determinación de este grado de intervención median desacuerdos genuinos. Este ejemplo muestra que,

en un caso como este, la graduación de la importancia del principio de la libertad de conciencia sólo puede hacerse después de haber fijado un concreto punto de vista. La propia fórmula del peso no puede determinar esta variable. Como consecuencia, la aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política. La utilidad de la fórmula del peso en estos casos reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez.

Del mismo modo, el juez goza de un ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es un caso fácil o un caso difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, es decir, la importancia de los principios. Puede suceder que incluso si un caso parece ser fácil, después de considerar argumentos adicionales, se llegue a la conclusión de que se trata de un caso difícil. Este fenómeno puede verse con claridad en un caso concreto, la sentencia acerca del tabaco del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que Alexy cita como ejemplo de un caso claro.⁴⁷ En esta sentencia se analizaba si era constitucional el deber legal impuesto a los productores de tabaco, consistente en hacer conscientes a los consumidores acerca de los riesgos para la salud asociados con el tabaco, mediante la inclusión de etiquetas de advertencia en los paquetes de tabaco. Alexy sostiene que la imposición de este deber es “comparativamente una intervención leve en la libertad de profesión u oficio”⁴⁸, en especial, si se compara como otras medidas alternativas potenciales, tales como la prohibición de venta de tabaco o la imposición de severas restricciones a su venta. Asimismo, Alexy sostiene que es evidente que esta medida protege la salud con considerable intensidad. Es así como concluye que “el Tribunal Constitucional Federal no exageraba al sostener en su decisión acerca de las advertencias para la salud que ‘de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, es seguro’ que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares”⁴⁹. De este modo, en la ponderación se compara una intervención leve en la libertad de profesión u oficio y una protección intensa de la salud. A pesar de estas afirmaciones, debe señalar-

47 Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 33 s.

48 *Loc. cit.*

49 *Loc. cit.*

se que no es imposible llevar a cabo otras consideraciones acerca de las variables relevantes en esta ponderación. Desde un punto de vista fáctico, podría decirse que no es tan cierto que el deber de advertir acerca de los riesgos del tabaco mediante etiquetas en realidad contribuya a la protección de la salud de los consumidores. Podría catalogarse a esta medida como ineficiente, por ejemplo, porque los consumidores ya son conscientes de lo que las etiquetas pretenden informarles; o porque la adicción al tabaco persiste incluso si los consumidores están informados acerca de sus consecuencias, pues se trata de un asunto de debilidad de la voluntad y no de falta de información; o, en fin, porque incluso la información de las etiquetas puede hacer más apetecible el fumar. Como dice el refrán: lo prohibido es lo más apetecido. Si se observa desde este ángulo, el grado de protección de la salud no sería necesariamente alto. Sería posible discutir entonces acerca de la graduación de esta variable y, por esta razón, el caso se convierte en este aspecto en un caso difícil.

Lo que de todas maneras es manifiesto es que el grado de importancia de los principios relevantes depende de premisas fácticas y normativas. En este punto es posible complementar la fórmula del peso, mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta. Un primer tipo de premisa normativa tiene que ver con el “significado”⁵⁰ (*Si*) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del ‘concepto de persona’ presupuesto por el sistema jurídico y político⁵¹. En una sociedad liberal a la Rawls, debe atribuirse un peso mayor a los derechos liberales vinculados de manera estrecha con las capacidades morales de la persona. Estos derechos ostentan un significado sobresaliente y, por tanto, toda intervención del poder público en ellos debe considerarse como una intervención seria en el principio al que se adscriben. En una sociedad rawlsiana, cuanto más esté conectada con las capacidades morales de la persona una posición jurídica adscrita a un principio, tanto mayor deberá ser la importancia que debe atribuirse a tal principio.⁵²

50 *Cfr.*, sobre el concepto de significado: John Rawls, *El liberalismo político* (traducción de Antoni Doménech), Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, p. 373 s.

51 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 762.

52 Una observación análoga podría hacerse cuando se considera el concepto de persona desde un punto de vista diferente, es decir, como ciudadano cuya dignidad exige que sus derechos sociales sean protegidos.

Una segunda clase de premisa normativa es la importancia de la posición jurídica (*PJ*)⁵³ considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. Por ejemplo, un acto de censura del gobierno en contra de un partido de oposición en época de elecciones es una intervención más seria en la libertad de expresión que una regulación de estricta de las revistas que publiquen detalles acerca de la vida sexual de la gente famosa. Asimismo, una restricción al acceso a la educación básica para muchos niños constituye una afectación más seria del derecho a la educación que una regulación estricta de un programa de master o de doctorado.

En cuanto se refiere a las premisas empíricas, debe señalarse que estas tienen que ver con el significado que tenga la medida bajo examen para los principios relevantes. Desde esta perspectiva, la importancia de los principios depende de la eficiencia (*E*), velocidad (*V*), probabilidad (*P*), alcance (*A*) y duración (*D*) con que la medida afecta y satisface, correlativamente, los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios.

En consideración de estas premisas normativas y empíricas debe decirse entonces que las variables *IPiC* y *SiPjC* en la fórmula del peso pueden ser formuladas de un modo más explícito y extendido como sigue:

$$IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$$

$$WPjC = (SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC)^{53}$$

53 En estas dos formulaciones, el objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de *IPiC* y de *WPjC*. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática. El signo de multiplicación también tiene sólo un valor metafórico. Indica que todas esas variables deben tomarse en cuenta. No tiene un valor matemático, pues ello implicaría que afirmar que el valor de cada variable debe ser idéntico. En este aspecto, este modelo de la fórmula del peso se separa del modelo de Alexy. Mientras las pretensiones del modelo de Alexy parecen ser más matemáticas, las de nuestro modelo son únicamente metafóricas.

2.) El peso abstracto de los principios en colisión

El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. Desde luego, la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza. Ahora bien, los casos en que esto no sucede pueden ser fáciles o difíciles. Existen casos fáciles acerca de la determinación del peso abstracto de los principios. Puede pensarse, por ejemplo, que a la protección de la vida o a ciertos derechos fundamentales relacionados de forma estrecha con los principios de la dignidad humana y la democracia deba otorgarse un peso abstracto mayor que el de otros principios⁵⁴. Sin embargo, los casos fáciles de determinación del peso abstracto son la excepción. La regla general son los casos difíciles, en los cuales el juez goza de un margen de deliberación considerable. Este margen supone un límite para la racionalidad. Es obvio que no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que pueda formularse en los términos de la escala triádica. Es cierto que la protección de la vida merece el valor más alto (4), pero, a partir de allí, puede discutirse si debe atribuirse este mismo valor a los derechos estrechamente ligados con la dignidad humana o con el principio democrático. De la misma manera, puede preguntarse si es preciso atribuir a todos los derechos ligados con la dignidad humana o con el principio democrático el mismo valor o si éste debe variar en razón del grado de conexión con estos principios más abstractos. Y ¿qué decir de principios como la igualdad jurídica o el derecho búsqueda de la igualdad real? ¿Qué peso debe atribuirse a estos principios? La determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario esta teoría es comunitarista,

54 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 762, 772, 774

entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que la Constitución no puede dar ninguna respuesta correcta.

3.) La seguridad de las premisas

También es posible identificar algunos límites de racionalidad en la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios. Desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso. Los límites de racionalidad tienen que ver con varios factores. En primer lugar, es difícil determinar la fiabilidad de todas las apreciaciones empíricas desde todas estas perspectivas. El conocimiento del juez es limitado. A veces el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de estas variables. En segundo lugar, la combinación de estas variables es un asunto complejo. Por ejemplo, ¿cuál debe ser la seguridad de una apreciación empírica plausible en relación con la eficacia de una medida, no evidentemente falsa en cuanto concierne a la velocidad, fiable en cuanto a la probabilidad, plausible en relación con su alcance y fiable en lo que concierne a su duración? Y, correlativamente, ¿la seguridad de esta apreciación sería la misma si las variables tuviesen los mismos valores pero en diferente orden?

Quizás esta complejidad explica por qué Alexy sólo tiene en cuenta la certeza de las apreciaciones empíricas. Sin embargo, también existen problemas epistemológicos concernientes a la certeza de premisas normativas relevantes para la ponderación, que determinan la importancia y el peso abstracto de un principio. La falta de certeza de estas premisas da lugar a un “margen de acción epistémico normativo”⁵⁵ del Parlamento y de los demás poderes públicos. En los casos concretos debe establecerse si las premisas normativas relevantes son fiables, plausibles o no evidentemente falsas. Si se distinguen la seguridad de las premisas empíricas (*SEIPiC* y *SEWPjC*) de la

55 Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *op cit.*, p. 58.

seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto ($SNIPiC$ y $SNWPjC$) y a su peso abstracto ($SNPPiA$ y $SNPPjA$), tendríamos entonces una nueva definición más completa de la seguridad de las premisas, de la siguiente forma:

$$SPiC = SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA$$

$$SPjC = SEWPjC \cdot SNWPjC \cdot SNPPjA$$

V. Conclusión

Todas estas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:⁵⁶

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \cdot PjPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC) \cdot GPiA \cdot (SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA)}{(SiPjC \cdot PjPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC) \cdot GPjA \cdot (SEPPjC \cdot SNPPjC \cdot SNPPjA)}$$

Esta formula persigue dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes para la ponderación. Sin embargo, esta fórmula no puede determinar el valor de cada variable, así como tampoco, si el valor de cada variable debe ser el mismo. Es por ello que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico. Este signo solo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas estas variables. En una ponderación racional, primero es necesario determinar el valor en cada variable y luego el valor de cada variable. Además, la complejidad de este modelo puede dar lugar a la objeción de que sus posibilidades de aplicación en la práctica no son evidentes. Con todo, debe reconocerse que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí misma un procedimiento altamente complejo. Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda

⁵⁶ El objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de la fórmula del peso. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática.

ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso. Este es un procedimiento claro incluso en cuanto a que explicita con claridad sus propios límites. Asimismo, se ofrece como una estructura jurídica que dota a la ponderación de un concepto preciso, libre de toda contradicción. En esta estructura, la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes para la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula, puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras. Por último, la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos del derecho constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones de filosofía del derecho.

Alexy y la aritmética de la ponderación*

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España)

(I)

En la teoría jurídica contemporánea la concepción más articulada de la ponderación, es decir, de la técnica consistente en resolver los conflictos entre principios que establecen derechos, es la de Robert Alexy.¹ La pretensión de Alexy consiste en mostrar que la ponderación es un procedimiento racional de aplicación del derecho. Normalmente la aplicación del derecho se asocia con la operación conocida como subsunción. Subsumir un caso individual

* Este texto es una versión revisada de la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía del Derecho: *La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad los días 8 y 9 de noviembre de 2004. Quedo en deuda con el coordinador de las jornadas, Ricardo García Manrique, y con el Colegio de Registradores, por la invitación; quedo asimismo en deuda con las contribuciones en la misma sesión de Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado y agradezco especialmente los comentarios de réplica de Robert Alexy. También quiero agradecer las observaciones que Víctor Ferreres hizo a una primera versión de este trabajo.

1 Véase su primera presentación en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986] trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-98. Los ulteriores desarrollos pueden hallarse en Robert Alexy, 'Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*', trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66 (2002): 13- 64; Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Juris*, 16 (2003): 131-140 y Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris*, 16 (2003): 433-449. Vd. También el texto de este libro: 'On Constitutional Rights to Protection'.

en una regla general equivale a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada. Un caso genérico está definido mediante una propiedad o una combinación de propiedades. De este modo la regla, al correlacionar dicho caso genérico con una determinada solución normativa, realiza una selección de propiedades. Son relevantes las propiedades que la regla selecciona, el resto de propiedades de un caso individual determinado son irrelevantes. Si matar a otro con alevosía es una ase-sinato castigado con determinada pena, entonces las propiedades relevantes son el hecho de matar a otro y el hecho de hacerlo a traición y sobre seguro. Que el asesino llevara o no gafas o que la víctima fuera más alta o más baja son propiedades irrelevantes.²

Es posible, sin embargo, que exista otra norma jurídica aplicable que correlacione dicho caso con una solución normativa distinta e incompatible con la primera. Ahora bien, la diferencia, según Alexy, entre los conflictos de reglas y los conflictos de principios reside en que los conflictos de reglas se resuelven o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas. Por ejemplo: hay una (al menos aparente) antinomia entre la norma del Código penal que obliga a los jueces a castigar a los homicidas y la norma penal que considera justificado el homicidio en legítima defensa. Algunos penalistas consideran que el problema se resuelve (la denominada teoría de los elementos negativos del tipo) considerando las causas de justificación como integrantes negativos de la descripción del tipo penal, es decir que las causas de justificación actúan, con arreglo a esta concepción, como excepciones. Hay casos, por otra parte, en que un conflicto entre una disposición de rango legal y otra de rango reglamentario se resuelve declarando simplemente la invalidez de la disposición de rango reglamentario.

Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida

2 Sobre esta noción de relevancia puede verse Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (New York-Wien: Springer, 1971), cap. VI y R.M. Hare, *Essays in Ethical Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 1989), pp. 191-211.

y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez.

(II)

La dimensión de peso, entonces, configura el núcleo de la ponderación. Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario —que no exista otro menos lesivo— para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido,³ y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: ‘cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.’⁴

Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del pri-

3 Estas dos operaciones deben ser comprendidas como distintas en un sentido sólo heurístico y no conceptual. Quiero decir que, conceptualmente, si un medio A es necesario para obtener B también es adecuado. Ahora bien, según creo, hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios menos lesivos que A de alcanzar B.

4 Dos exposiciones breves y claras en Robert Alexy, ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’, supra en nota 1, pp. 135-136 y Luis Prieto Sanchís, ‘El juicio de ponderación’ en Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2003), cap. 4, en pp. 199-203.

mer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Entonces, en la fórmula más simple, el peso *concreto* de un principio P_i que colisiona con otro principio P_j , es decir, $W_{i,j}$, es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio (I_i) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero (I_j). Esta es, entonces, la fórmula:

$$W_{i,j} = I_i / I_j$$

En los casos en los que el valor es mayor que 1 el principio P_i precede a P_j , en los casos en que es menor que 1, P_j precede a P_i . El empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 2^0 , las moderadas a 2^1 y las graves a 2^2 .

Insisto en que se trata del peso concreto, es decir, de la precedencia de un principio sobre otro para un caso individual. Como Alexy afirma:⁵ ‘Interferences are always concrete interferences’. Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir la importancia en abstracto de un principio sobre otro, al margen de las

5 Robert Alexy, ‘On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison’, supra en nota 1, p. 440.

circunstancias del caso concreto. Esto da como resultado la fórmula siguiente:⁶

$$W_{i,j} = I_i \cdot W_i / I_j \cdot W_j$$

Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella un actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética.

(III)

Voy a continuación a referirme a algunas dudas que esta reconstrucción de Alexy me plantea. Pero antes de referirme a ellas considero conveniente recordar la noción de principio de Alexy, como mandato de optimización:⁷

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. [notas omitidas]

Es importante retener esta idea de Alexy, puesto que en su concepción los principios ordenan maximizar, en el mayor grado posible, estados de cosas que juzgamos valiosos.

La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia

6 En realidad, Alexy añade otra complicación en la fórmula, de la que aquí prescindiré, relativa a la confiabilidad de las asunciones empíricas concernientes a las diversas interferencias en juego. Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', supra en nota 1, p. 446-448.

7 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, supra en nota 1, pp. 86.

concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una *escala de ordenación abstracta* de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar.⁸ Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales. Sin esa escala, en cada caso concreto a enjuiciar se planteará de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza. Además, ¿cómo sabemos si por ejemplo la libertad de expresión e información tiene o no más peso abstracto que el derecho al honor? No creo que tenga mucho sentido preguntarnos si preferimos una sociedad con la máxima libertad de expresión y el mínimo derecho al honor o al revés, ni siquiera creo que tenga sentido preguntarnos si preferimos una sociedad con el máximo respeto a la vida de las personas pero sin ningún respeto a la libertad de actuar, se trataría de algo como si es preferible una sociedad de esclavos donde el homicidio está prohibido a una sociedad de hombres libres en la cual el homicidio estuviera permitido. En resumen, no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales.

El segundo punto al que quiero referirme guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? Quiero decir que, por ejemplo, mientras una interferencia determinada puede ser grave para la libertad de información de un determinado medio, puede ser en cambio leve para la libertad de información de esa sociedad. En los últimos años estamos asistiendo en España al crecimiento enorme de diversos medios (prensa, radio y televisión) de lo que se conoce como ‘información rosa o del corazón’ que no tienen respeto alguno por la intimidad de algunas personas; pues bien la limitación de la libertad de información a favor de la intimidad de las personas, representaría una interferencia grave para

8 Robert Alexy, ‘On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison’, supra en nota 1, p. 440.

algunos de estos medios que, lamentablemente, no se dedican a otra cosa, pero leve –en mi opinión– para la libertad de información en general. Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí. O, dicho de otro modo, sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o, al menos, comparativos y en el ámbito de la ponderación entre derechos sólo disponemos de razones a favor y en contra, por lo tanto únicamente podemos generar conceptos clasificatorios.

La tercera y última duda que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que conlleva una concepción que ha sido denominada una concepción *ad hoc* de la ponderación. Mientras la ponderación en abstracto es una ponderación definicional –es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias–, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre *ad hoc* y ello conlleva que ‘una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior’.⁹ De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más, se sustituye un modelo

9 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pp. 188-189. Para la distinción entre ponderación definicional y ponderación *ad hoc* vd. por ejemplo T. Alexander Aleinikoff, ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’ *Yale Law Journal* 96 (1987): 943-1005, en p., 948.

generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones.

(IV)

¿Existe, entonces, alguna alternativa a la reconstrucción de Alexy de la ponderación o más bien hemos de abrazar la triste conclusión conforme a la cual la ponderación es una actividad no sujeta a control racional?

Creo que existe alguna alternativa que paso a explicar sumariamente.¹⁰ Lo hago valiéndome de un ejemplo que Alexy ha usado en varias ocasiones (*BverfGE* vol. 86,1,11): un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado ‘asesino nato’ y, en otra edición posterior, ‘tullido’ a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser llamado de nuevo a filas para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y, de acuerdo con la reconstrucción de Alexy, el Tribunal Constitucional consideró que mientras llamar al oficial ‘asesino nato’ era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar ‘tullido’ a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea

¹⁰ La he desarrollado previamente en José Juan Moreso, ‘Conflitti tra principi costituzionali’, *Ragion Pratica* 18 (2002): 201-221 y ‘Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales’, inédito 2003.

que por este segundo apelativo únicamente estimó el Tribunal el recurso de amparo.

En este caso se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial ‘asesino nato’ es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de ‘tullido’ es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación de Alexy)? Y ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión ‘asesino nato’ la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de ‘tullido’ ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?

Por estas razones, creo que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–,¹¹ a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como ejemplo el caso del *Titanic*.¹²

11 Para esta noción de principios vd. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), cap. 1.

12 Las ideas aquí esbozadas transcurren cercanas al análisis de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, ‘Rules and Principles Revisited’, *Associations*, 4 (2000): 147-156 y a lo que se denomina función

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*.¹³ Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso del *Titanic*, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas.

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente.¹⁴ Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. Es más, el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáti-

de coherencia en los siguientes trabajos de Susan Hurley, *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press, 1989), cap. 12 y 'Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990): 221-251.

13 Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (New York-Wien: Springer, 1971), cap. I.

14 Vd., para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; Susan Hurley, *Natural Reasons*, supra en nota 24, p. 212 y Timothy Endicott, 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4 (1998): 283-301.

cos. En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y b) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos Tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada),¹⁵ y que la noticia no sea injuriosa.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

15 Se trata de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en donde se aplica el denominado ‘malice test’: ‘knowledge of falsehood or reckless disregard for falsity’. recogida por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Para España (que, por otra parte, en el propio texto constitucional, en el art. 20.1 d) reconoce explícitamente el derecho a ‘comunicar o recibir libremente información veraz...’) pueden verse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, de 21 de enero, STC 40/1992, de 30 de marzo y STC 240/1992, de 21 de diciembre.

Tal y como parecen en *Normative Systems*, (New York-Wien: Springer, 1971).

Vd. la STC 105/1990, de 6 de junio.

R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.¹⁶ Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

La concepción aquí defendida adopta, como es obvio, lo que se ha denominado una estrategia *especificacionista* de reconstrucción de los derechos. Dicho en palabras de Russ Shafer-Landau:¹⁷

When our rights appear to conflict with other moral considerations, including other rights, we may resolve the tension by reducing either the scope

¹⁶ Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Vd. el desarrollo de esta idea en José Juan Moreso, 'Conflitti tra principi costituzionali', supra en nota 10.

¹⁷ Russ Shafer-Landau, 'Specifying Absolute Rights', *Arizona Law Review*, 37 (1995): 209-225, en p. 225.

of the right, or its stringency. I have argued that the best resolution of such cases is to retain maximal stringency while reducing scope through the addition of exceptive clauses.

Mientras la estrategia de Alexy, que podemos denominar proporcionalista, parece conservar –en abstracto– el alcance máximo de los derechos a costa de sacrificar su fuerza, es decir su capacidad de ser aplicados a los casos individuales; la estrategia especificacionista conserva íntegramente la fuerza de los derechos, sacrificando su alcance mediante las cláusulas que delimitan el contenido del derecho.

Es obvio que en muchos casos individuales la solución ofrecida por una y otra reconstrucción será la misma. No obstante, insistiré en aquello que las distingue. La concepción aquí defendida requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*. Guiar el comportamiento es, en realidad, seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas. Obviamente que esta selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, principalmente porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán casos de duda: ¿Es determinada expresión un *insulto* o no, como por ejemplo llamar al oficial de la reserva ‘asesino nato’ en el contexto satírico de la revista *Titanic*? Esta podría ser una forma de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional alemán con el esquema presentado. La ventaja, en mi opinión, es que el Tribunal en el futuro sólo ha de plantearse si determinada expresión es o no injuriosa y no el grado de interferencia de dicha expresión en la libertad de información.

Por otra parte, en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia. El derecho a la vida que parece un candidato a tener mayor peso, también está sujeto a especificación: en primer lugar, porque algunas veces el derecho a la vida de una persona entra en conflicto con el derecho a la vida de otra persona, pero también porque aunque el derecho a la vida genera un deber especial de, por ejemplo, los médicos para asistir a aquellos cuya vida corre peligro, dicho deber es exceptuado cuando la persona cuya vida corre peligro ha expresado seria y libre-

mente su rechazo a determinado tratamiento (así las transfusiones de sangre) en virtud de sus convicciones religiosas.

Por último y más importante: el modelo proporcionalista de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados.

(V)

Voy a terminar con tres observaciones con las cuales confío en acotar adecuadamente el marco y el alcance de mi propuesta:

- a) La estrategia especificacionista no promete ingenuamente una reconstrucción completa y consistente del universo definido por los derechos fundamentales. Tal vez esta noción pueda funcionar como ideal regulativo, al que podemos acercarnos en mayor o menor medida, pero los seres humanos no estamos en disposición de alcanzar dicho ideal. Tal vez ello no sea únicamente por razones epistémicas sino también por razones conceptuales, dado que hay infinitos modos de describir una acción individual tal vez no podamos nunca delimitar todas las propiedades relevantes de un universo tan amplio.
- b) Por esta razón, la estrategia especificacionista es también dependiente del contexto, pero no del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto –como en el modelo de Alexy– sino del contexto delimitado por el universo del discurso escogido y por los principios considerados. Si cambiamos cualquiera de los dos elementos, las soluciones normativas pueden variar. Así, por ejemplo, no debemos suponer que las propiedades señaladas en el ejemplo, relevancia pública, veracidad y ausencia de expresiones injuriosas, hagan siempre vencer la libertad de información sobre cualquier otro derecho. Si la empresa editora de un periódico distribuye algunos ejemplares con polvo de ántrax, poniendo

en grave riesgo la vida y la salud de algunos de sus lectores, entonces la libertad de información es desplazada. Pero lo es porque ahora entra en juego otro principio: el principio que protege la vida y la integridad física de las personas. Sin embargo, de este modo limitado, el modelo permite que el discurso de la aplicación del derecho esté sometido al control racional, puesto que permite la aplicación subsuntiva.

- c) Para terminar, tal vez no sea ocioso señalar que, aún en un modelo especificacionista, hay lugar para la indeterminación. No porque se produzcan empates en el sentido de Alexy, sino por las dos siguientes razones al menos: en primer lugar, como ya he recordado, por la vaguedad de los conceptos con los que representamos nuestras propiedades y, en segundo lugar, porque es posible imaginar supuestos en los cuales a partir de dos principios en conflicto se puedan generar dos o más reconstrucciones alternativas, las cuales, si bien resuelven de modo unívoco los casos paradigmáticos, representan diferencias significativas en otros casos y no hay, sin embargo, razones para elegir entre ellas.

El juicio de ponderación constitucional

Luis Prieto Sanchís

Universidad de Castilla - La Mancha (España)

Sumario

I. Sobre las antinomias y los conflictos constitucionales. II. El juicio de ponderación. III. Ponderación, discrecionalidad y democracia.

I. Sobre las antinomias y los conflictos constitucionales.

Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito¹. La antinomias son muy frecuentes en cual-

1 Cuando en la contradicción una de las normas es permisiva, como ocurre con muchos derechos fundamentales, la antinomia puede calificarse de consecencial: el sujeto no puede ampararse en

quier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente –ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado– lo cierto es que ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas.

Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son bien conocidos: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial². Son numerosas las dificultades y peculiaridades que presentan estos criterios³, pero creo que todos ellos se caracterizan por lo que pudiéramos llamar su generalidad o vocación de permanencia, de manera que constatada la antinomia entre N1 y N2 siempre habrá de resolverse del mismo modo a la luz de cada criterio⁴: si N1 es superior a N2, deberá siempre preferirse N1; si N2 es posterior, será N2 la que deba imponerse también siempre; y lo mismo ocurre con la norma especial respecto de la general, siempre naturalmente que estemos en presencia del caso descrito en

el permiso sin violar otra norma, “con lo que como resultado de la acción –dado que la norma permisiva es un compromiso de no interferencia de la autoridad– puede aparecer una contradicción normativa entre la prescripción de sancionar al contraventor y ese compromiso de no interferencia”, J.R. Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Barcelona, 1999, p.109.

- 2 Ciertamente, la expresión “deroga” no tiene el mismo significado en todos los casos y sobre ello vid. R. Guastini, “Antinomias y Lagunas” en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2ªed., 2000, p. 72. Por otra parte, conviene advertir que a los tres criterios tradicionales que acabamos de enunciar hoy suelen añadirse otros dos, el de competencia y el de prevalencia, sobre los que puede verse M. Gascón, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho* de J. Betegón y otros, McGraw-Hill, Madrid, 1997. Sin embargo, a los fines aquí perseguidos, podemos prescindir de la consideración de estas dos última reglas.
- 3 Vid., por ejemplo, el trabajo de N. Bobbio, “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 339 y ss; también recientemente entre nosotros M. Ruiz Sanz, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 73 y ss.
- 4 Otro problema, que aquí no tratamos, es el de las llamadas antinomias de segundo grado, donde los distintos criterios nos suministran razones contradictorias.

aquella. Se trata, por tanto, de reglas de segundo grado que pretenden resolver los conflictos entre normas, eliminando así la indeterminación que supondría no saber cuál debe aplicarse en un caso particular.

Lógicamente, de los tres criterios enunciados, los dos primeros se muestran inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En tales casos, sólo resulta procedente observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la norma general. Pero excepción –insisto– que pretende operar en todos los casos: siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general. Incluso en el seno de la normativa constitucional relativa a los derechos es posible advertir el juego del criterio de especialidad; por ejemplo, en la sucesión a la Corona de España se preferirá “el varón a la mujer” (art. 57,1 C.E.) y ésta es una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley del artículo 14, que además expresamente prohíbe discriminación alguna por razón de sexo⁵.

Sin embargo, el criterio de especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias, concretamente aquellas donde no es posible establecer una relación de especialidad entre las dos normas; por ejemplo, porque las normas carezcan de condición de aplicación o porque ésta se halle configurada de tal manera que no permita decir cuál de ellas representa una excepción frente a la otra. Supongamos un sistema normativo en el que rigen simultáneamente estas dos obligaciones: se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en caso de necesi-

5 Aunque espero que el ejemplo pueda valer, conviene aclarar que en realidad no hay ninguna norma constitucional que imponga el trato jurídico igual para hombres y mujeres; es más, de ser así, resultarían inviables las medidas que pretenden equilibrar por vía jurídica la previa desigualdad social de la mujer. Lo que el artículo 14 prohíbe es la desigualdad inmotivada o no razonable, es decir, lo que se llama discriminación. Lo que hace el artículo 57,1 es excluir toda deliberación en la esfera del Derecho positivo: en orden a la sucesión a la Corona no procede discutir si es razonable o no preferir al varón; así lo impone una norma especial y ello es suficiente. Por lo demás, este es un ejemplo de cómo un principio puede ser desplazado o excepcionado por una regla; mejor dicho, de cómo un principio “abierto” (no sabemos *desde* la Constitución en qué casos procede un trato igual o desigual) se “cierra” mediante una regla (el caso de la sucesión a la Corona).

dad⁶. De la lectura de ambos preceptos no se deduce contradicción alguna en el plano abstracto, pues la obligación de cumplir las promesas y de ayudar al prójimo en ciertas situaciones, como tantos otros deberes impuestos por el Derecho o por la moral, son perfectamente compatibles; y por eso, ni siquiera es posible decir cuál de las normas resulta más especial o más general. Pero el conflicto es evidente que puede suscitarse en el plano aplicativo; por ejemplo, si cuando me dispongo a asistir a una entrevista previamente concertada presencio un accidente y estoy en condiciones de auxiliar al herido, me encuentro ante el siguiente dilema: o acudo a la entrevista y entonces incumpliré la obligación de ayudar al prójimo, o atiendo a la víctima y entonces infringiré el deber de cumplir las promesas. Interesa advertir que no son dos obligaciones sucesivas o jerarquizadas, de manera que el sujeto deje de estar sometido a una desde el momento en que es llamado al cumplimiento de la otra, sino que se trata de dos obligaciones superpuestas: el sujeto está llamado aquí y ahora al cumplimiento de ambas, pero ello es en la práctica imposible.

Estas son las que podemos llamar antinomias contingentes o en concreto⁷, o antinomias externas o propias del discurso de aplicación⁸, que deben diferenciarse de las antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez. Trataré de explicarlo. Decimos que una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. Por ejemplo, una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se hallan en una posición de conflicto abstracto, puesto que la especie de los abortos terapéuticos forma parte del género de los abortos; en consecuencia, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera. Podemos constatar la antinomia y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto.

6 Este es el ejemplo que propone K. Günther en “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. de J.C. Velasco, *Doxa* 17-18, 1995, pp.271 y ss.

7 R. Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, p.167.

8 K. Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación”, citado, p.281.

No parece ocurrir así con las antinomias contingentes o externas. Aquí no podemos definir en abstracto la contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello mismo de una regla segura para resolver el problema. En el ejemplo antes comentado, cumplir las promesas y ayudar al prójimo son dos normas válidas que en principio resultan coherentes; sabemos que en algunos casos pueden entrar en conflicto, pero ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes que nos permitan otorgar el triunfo a una u otra. Es más, sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos en favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto⁹. Para decirlo con palabras de Günther, “en el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el estatus de razones *prima facie* para la justificación de enunciados normativos particulares tipo ‘debes hacer ahora p’”. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones *prima facie relevantes* en base a una descripción completa de la situación”¹⁰.

Moreso ha observado que este género de antinomias aparecen cuando estamos en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables¹¹, esto es, de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la concurrencia de ninguna condición, pero que son *prima facie* o que pueden ser derrotados en algunos casos¹²; y, en efecto, así ocurre entre

9 Como es obvio, lo prometido no siempre es igual de importante o urgente; y lo mismo cabe decir de la situación de necesidad del prójimo. Nuestro juicio definitivo dependerá de las circunstancias del caso, esto es, de cómo valoremos las razones que, por ejemplo en aras del imperativo de ayudar al prójimo, pretenden justificar el incumplimiento de la promesa

10 K. Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, citado, p.283.

11 J.J. Moreso, “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion Pratica*, nº18, 2002, p.212.

12 La idea de que las normas jurídicas son derrotables o, al menos, de que lo son algunas significa que, aun cuando debieran ser aplicadas por contemplar un cierto supuesto de hecho, sin embargo en algunas circunstancias pueden quedar desplazadas por otras normas también relevantes cuyo peso se considera más decisivo a la vista de un propiedad que se halla también presente en el caso. Vid. la caracterización de J.C. Hage y A. Peczenik, “Law, Morals and Defeasibility”, *Ratio Juris*, nº13, 2000, pp.305 y ss. El concepto de derrotabilidad de las normas o, quizás mejor, de los enun-

nuestros deberes de cumplir las promesas y ayudar al prójimo. Sin embargo, desde mi punto de vista, los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación no responden a un modelo homogéneo, como tampoco lo hacen los principios¹³. De un lado, en efecto, creo que llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos fundamentales; no puede en tales supuestos observarse el criterio de especialidad porque éste requiere que la descripción de la condición de aplicación aparezca explícita¹⁴. Pero, de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan, no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida. Aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios

ciados normativos viene siendo hoy muy utilizado, si bien su alcance es dudoso y no siempre uniforme, y sobre ello puede verse en castellano J. Rodríguez y G. Sucar, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho", *Doxa*, 21, II, 1998, pp.403 y ss; J.C. Bayón, "Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico", *Isonomía*, 13, 2000, pp.87 y ss.

- 13 La caracterización de los principios, que aquí entendemos simplemente como las normas aptas para la ponderación, ha dado lugar en los últimos tiempos a una rica y compleja literatura teórica, de la que no procede ocuparse ahora. Por mi parte, he tratado el tema en "Diez argumentos sobre los principios", en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp.47 y ss.
- 14 R. Guastini ha sugerido que la clase de antinomias que "de hecho" son resueltas mediante ponderación bien podrían encontrar respuesta mediante el criterio de la *lex specialis*, "reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión", "Los principios en el Derecho positivo", citado, p. 168 y s. Si he entendido bien, creo que más o menos en eso consiste la ponderación, en afirmar que cuando se produce cierta situación o concurre determinada circunstancia fáctica, una norma desplaza a la otra, de modo que dicha situación o circunstancia excluye o representa una excepción a la eficacia de esta última. Sin embargo, aunque el resultado sea el mismo, ello no obedece a que la condición de aplicación descrita en una norma sea un "caso especial" respecto de la descrita en aquella con la que se entabla el conflicto, y ello porque justamente, como se ve en ejemplo propuesto, estos principios carecen de condición de aplicación. De ahí que merezca subrayarse la matización de Guastini, "reformulando en sede interpretativa" lo que no aparece formulado en sede de los enunciados normativos.

en pugna. En la primera acepción, los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción, creo que los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación o, al menos, no es esto lo decisivo¹⁵.

Un caso ejemplar de colisión de principios entendidos como normas abiertas o carentes de condición de aplicación nos lo proporciona el juego de la igualdad reconocida en el artículo 14 y que, en realidad, encierra dos subprincipios: tratar igual aquello que es igual, y tratar de forma desigual lo que es desigual¹⁶. Existe discriminación cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”¹⁷; para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual “esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable”¹⁸. Conviene subrayar que la exigencia de justificación del tratamiento legal no sólo ha de aportar alguna razón lícita que pueda ser usada por el legislador, sino que ha de ser además razonable desde la perspectiva de la desigualdad o diferenciación introducida: “no basta con que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito... sino que han de ser razonables y proporcionados”¹⁹. Sobre el criterio de proporcionalidad volveremos más adelante, pero ¿cuál es la fuente de lo razonable?

15 Esta afirmación puede ser controvertida. Atienza y Ruiz Manero han sostenido que las directrices configuran siempre de forma abierta también sus condiciones de aplicación, razón por la cual no resultaría operativo el criterio de especialidad; en concreto, la diferencia entre las llamadas reglas de fin y las directrices “se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que los segundos lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como en el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles”, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p.11; en igual sentido M. Ruiz Sanz, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, citado, p.115.

16 Como ya advirtiera Aristóteles, “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”, *Política*, ed. de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p.83.

17 STC 34/1981. Un buen análisis del tratamiento jurisprudencial de la igualdad en A. Ruiz Miguel, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, nº19, 1996, pp.39 y ss.

18 STC 33/1983.

19 STC 144/1988.

La Constitución proclama la igualdad, pero obviamente no establece (sino sólo por aproximación y discutida vía de ejemplo en la segunda parte del artículo 14) cuándo una determinada circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que primero hace el legislador y luego el Tribunal Constitucional, pero no con base en la Constitución, que nada dice de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual. Parece evidente que “no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador” y ese otro lugar resulta ser algo tan evanescente como la conciencia jurídica de la comunidad, “sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador... lo que significa sin duda una politización de la justicia”²⁰; en otras palabras, en la aplicación de la igualdad no puede haber nada parecido a la subsunción de una propiedad fáctica en un supuesto de hecho o condición de aplicación, pues no existe propiamente una premisa mayor constitucional. En realidad, la apelación a la razonabilidad en que consiste el juicio de igualdad nos remite a un esfuerzo de justificación racional de la decisión y encierra un conflicto entre principios, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas. Luego si hay razones en favor y razones en contra será preciso ponderarlas o sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte.

A su vez, los principios entendidos como mandatos de optimización encuentran numerosos ejemplos en la parte más programática de la

20 F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”(1991), en *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp.658 y ss.

Constitución, aquella que recoge los llamados derechos sociales o “principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título I). Con independencia ahora de cuál sea su formulación lingüística, no siempre uniforme, estos derechos suelen traducirse en mandatos dirigidos a los poderes públicos a fin de que observen determinadas conductas, como realizar una política orientada al pleno empleo (art.40,1), mantener un régimen público de Seguridad Social (art.41), promover las condiciones que permitan el acceso a una vivienda digna (art.47), realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos (art.49) o proteger los intereses de los consumidores (art.51). Ahora bien, ¿hasta qué punto o en qué grado son exigibles tales conductas?. Por supuesto, cabe responder que no son exigibles en forma alguna porque estas son cuestiones que pertenecen a la exclusiva competencia del legislador. Pero esta respuesta equivale a negar fuerza normativa a la Constitución, opción que por lo demás cuenta con firmes partidarios en la doctrina y en la jurisprudencia. Si no queremos seguir ese camino nos encontramos, sin embargo, con un grave obstáculo y es que la Constitución no nos proporciona orientación alguna para decidir por debajo de qué umbral de satisfacción hemos de considerar vulnerados dichos mandatos constitucionales.

Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva. La idea fundamental es que, *desde* la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles, justamente porque ella no nos indica ese umbral mínimo de cumplimiento preceptivo; las exigencias prestacionales del tipo de las que se acaban de enumerar entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con las prerrogativas de regulación que han de reconocerse al legislador democrático y con los requerimientos de otros derechos o mandatos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión

de Alexy, esta condición se cumple “en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...”²¹

En definitiva, creo que estos conflictos o antinomias se caracterizan: 1) porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales; bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo. De este modo, en un sistema normativo pueden convivir el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de propiedad y la tutela del medio ambiente o el derecho a la vivienda, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia. No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una antinomia en el plano abstracto; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra.

De acuerdo con la conocida clasificación de Ross, Guastini ha propuesto concebir estas antinomias contingentes o aptas para la ponderación como

21 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.495.

antinomias del tipo parcial/parcial²². Ello significa que los ámbitos de validez de las respectivas normas son parcialmente coincidentes, de manera que en ciertos supuestos de aplicación entrarán en contradicción, pero no en todos, pues ambos preceptos gozan también de un ámbito de validez suplementario donde la contradicción no se produce. No estoy del todo seguro de que el esquema de Ross sea adecuado para explicar el conflicto entre principios, al menos entre los que hemos llamado incondicionales, que carecen de una tipificación del supuesto de aplicación. Me parece que las tipologías total/total, total/parcial y parcial/parcial están pensadas, en efecto, para dar cuenta de las antinomias entre normas en las que se produce una superposición (parcial o total) de sus condiciones de aplicación, pero esto es algo que no ocurre con nuestros principios. A mi juicio, la intuición de Guastini tiene razón, pero sólo en parte: tiene razón en el sentido de que, al igual que acontece en la antinomia parcial/parcial, en las contingentes o en concreto la contradicción es eventual, no se produce en todos los casos de aplicación; pero la diferencia estriba en que en la antinomia parcial/parcial podemos catalogar exhaustivamente los casos de conflicto, es decir, sabemos cuándo se producirá éste, ya que las normas presentan supuestos de aplicación parcialmente coincidentes que es posible conocer en abstracto, lo que no ocurre con los principios.

Incluso cabría pensar si en algunos casos la antinomia entre principios pudiera adscribirse mejor a la tipología total/parcial o incluso total/total, en el sentido de que *siempre* que se intentase aplicar un principio surgiría el conflicto con otro. De modo que ya no serían antinomias circunstanciales o contingentes, sino necesarias. Así, entre el art. 9,2 C.E., que estimula acciones en favor de la igualdad sustancial, y el art. 14, que proclama la igualdad ante la ley, se produce un conflicto necesario, en el sentido de que *siempre* que se trate de arbitrar una medida en favor de la igualdad social o sustancial para ciertos individuos o grupos nos veremos obligados a justificar cómo se supera el obstáculo del art.14, que nos ofrece una razón en sentido contrario. En realidad, lo que ocurre con el principio de igualdad es que, como ya se ha comentado, la Constitución no suministra la descrip-

22 R. Guastini, "Los principios en el Derecho positivo", citado, p. 169. De A. Ross vid. *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 125.

ción de las situaciones de hecho que imponen, como razón definitiva, un tratamiento jurídico igual o desigual; no sabemos, *desde* la Constitución, qué personas y circunstancias, ni a efectos de qué, han de ser tratados de un modo igual o desigual. Esto es algo que no cabe resolver en abstracto, sino en presencia de los casos de aplicación. Entre el art. 9,2 y el 14 es obvio que no existe una relación de jerarquía o cronológica, pero tampoco de especialidad, dado que precisamente carecemos de una tipificación de los supuestos de hecho que nos permita discernir cuándo procede otorgar preferencia a uno u otro. Y, sin embargo, el conflicto resulta irremediable, pues siempre que deseemos construir igualdades de facto habremos de aceptar desigualdades de iure; pero ese conflicto hemos de resolverlo en el discurso de aplicación o ante el caso concreto²³.

Estos conflictos no son infrecuentes en Derecho y tampoco constituyen una novedad propia del régimen constitucional²⁴, pero han cobrado una particular relevancia y, tal vez también, una fisonomía especial en el marco de aplicación de los documentos constitucionales dotados de un importante contenido sustantivo, de una densidad material y de una fuerza jurídica desconocidas en el viejo constitucionalismo²⁵. Las normas materiales de la Constitución, que impregnan o irradian sobre el conjunto del sistema²⁶, concurren de modo simultáneo y en ocasiones conflictivo sobre los casos concretos, sin que exista entre esas normas un orden de prelación o una

23 Del mismo modo, si concebimos la existencia de un principio general de libertad, cabría decir que todas las normas constitucionales que ofrecen cobertura a una actuación estatal limitadora de la libertad se encontrarían siempre *prima facie* en conflicto con dicho principio y, por ello, requerirían en todo caso un esfuerzo de justificación. Esta idea la he intentado desarrollar en “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, nº8, 2000, pp. 429 y ss.

24 Vid. J.M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 2000, pp.31 y ss. y 42 y ss.

25 De las características del constitucionalismo contemporáneo he tratado más ampliamente en “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº5, 2001, pp.201 y ss.

26 El efecto irradiación (*Austrahlungswirkung*) suele aludir en la doctrina alemana a la eficacia o proyección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. De impregnación habla R. Guastini en “La `constitucionalización´ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, ed. y presentación de M. Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp.153 y ss.

especificación de los supuestos de prioridad. Para establecer esa prioridad no hay una voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador. Lo que hay son “principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las ‘colisiones’ y la fijación de los puntos de equilibrio”²⁷.

Así, la libertad de expresión y el derecho al honor están recogidos en normas válidas y coherentes en el plano abstracto, pero es obvio que en algunos casos entran en conflicto; concretamente, en aquellos casos en que, ejerciendo la libertad de expresión, se lesiona el derecho al honor. Si otorgamos preferencia al artículo 20 la conducta del sujeto se verá amparada por el régimen de derechos fundamentales; si nos inclinamos por el artículo 18, que recoge también un derecho fundamental pero en favor de otro sujeto, habremos de imponer la pena prevista para el delito de injurias o calumnias o, en su caso, el resarcimiento merecido según la ley civil²⁸. Del mismo modo, el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24) no tiene por qué entrar necesariamente en conflicto con el ejercicio de las competencias que la Constitución encomienda al legislador a fin de regular los procedimientos jurisdiccionales (art.117,3); más bien al contrario, la regulación legal de esos procedimientos parece una condición indispensable para hacer efectivo el derecho a la jurisdicción. Sin embargo, también es claro que el conflicto puede plantearse si, por ejemplo, la ley arbitra requisitos o condiciones que, estén o no justificados por las exigencias de una buena administración de justicia, terminan cercenando el derecho a la jurisdicción²⁹. En abs-

27 G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, p.76.

28 Como dice la STC 104/1986, “nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto del ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades (las del art. 20), ni tampoco hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras”. Precisamente la estimación del amparo no se basa en una defectuosa ponderación por parte del juez ordinario, sino en la ausencia de la misma: el juez “no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental”.

29 Vid., por ejemplo, la STC 3/1983, en la que, a propósito de ciertos requisitos legales para la interposición de un recurso en el ámbito laboral, puede leerse que “es evidente que el legislador no goza

tracto, es imposible decidir en favor del derecho fundamental o en favor de las facultades de configuración que corresponden al legislador –y que, a su vez, pueden servir a la seguridad jurídica (art.9,3) o a otros derechos fundamentales– y sólo en presencia de un supuesto concreto, en este caso de un requisito procesal establecido por la ley, podemos inclinarnos por una de las opciones.

De lo dicho cabe observar que algunas antinomias, aquellas en las que resultan operativos los criterios tradicionales, sólo pueden resolverse de alguna de estas dos formas: o una de las normas en conflicto no es válida o no está vigente por entrar en contradicción con otra norma superior o posterior; o una de las normas actúa como excepción a la otra, precisamente en virtud del principio de especialidad. Suele decirse que estas son las modalidades de antinomia que adoptan las reglas, que justamente se distinguirían de los principios por la forma de entrar en contradicción, y de resolverla. Los principios, en efecto, se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas³⁰; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción en favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario. Por eso, desde esta perspectiva, resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo últimamente indicado y que entonces las normas reciben el nombre de principios. Por ejemplo, hemos visto que la igualdad del artículo 14 es un caso típico de estructura principial pero no cabe excluir por hipótesis que funcione como regla; así, si se pretendiese dar entrada en la Constitución al régimen de *apartheid* o segregación racial, uno de los dos

de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan considerarse excesivos, que sean producto de un excesivo formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados o proporcionados...”.

30 Tal vez por ello dice F. Laporta que el conflicto no se produce propiamente entre los principios, sino entre las reglas que constituyen un caso o concreción de los principios, “Is `counter-majoritarian difficulty` so difficult?” (inédito), p.16 del texto mecanografiado.

habría de resultar necesariamente inválido u operar como excepción permanente³¹.

Interesa advertir que, a mi juicio, esta fisonomía de principios es la que adoptan los derechos fundamentales, no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de limitación por el legislador. Lo cual significa aceptar que entre el derecho y su límite constitucional se entabla un verdadero conflicto, de manera que sus respectivos supuestos de hecho presentan un ámbito de validez parcialmente coincidente o, dicho de otro modo, que una misma conducta o situación fáctica presenta propiedades adscribibles a ambos principios, al derecho y a su límite; por ejemplo, que un cierto comportamiento es en cierto sentido ejercicio de la libertad religiosa, pero que es también, en otro sentido, infracción de la cláusula limitativa del orden público. Y aceptar asimismo que dicho conflicto no puede resolverse mediante un criterio de especialidad.

II. El juicio de ponderación

Pues bien, como venimos diciendo, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en

31 Por lo demás, a mi juicio, la técnica de los principios, es decir, de la ponderación es aplicable siempre y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, y ello por que siempre queda al alcance del juez transformar en principios las reglas que está llamado a observar. Dicho de forma algo más técnica, si no podemos conocer en abstracto los casos en que triunfará un principio sobre otro y, a su vez, la aplicación de toda regla puede ser objeto de excepción por causa de un principio, entonces cualquier norma jurídica puede verse involucrada en un juicio de ponderación entre principios. He desarrollado esta idea en "Diez argumentos sobre los principios", citado, pp.57 y ss.

pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministrarán justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

Además, los supuestos hasta aquí examinados se caracterizan por la existencia de un conflicto constitucional que, por las razones ya conocidas, no es posible resolver mediante el criterio de especialidad. Nos hallamos en presencia de razones de sentido contradictorio y el intérprete en principio no puede prescindir de la consideración de ninguna de ellas, pues son razones constitucionales, ni tampoco afirmar que alguna o algunas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”³², y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”³³. En palabras del Tribunal Constitucional, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada,

32 R. Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”, citado, p. 170.

33 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 161.

ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”³⁴.

Se ha criticado que la máxima de la ponderación de Alexy es una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro³⁵. Y, ciertamente, si lo que se espera de ella es que resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, el juego de la ponderación puede parecer decepcionante; la “cantidad” de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna, y, a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto. Pero creo que esto tampoco significa que sea una fórmula hueca, sino que no es una fórmula “infalible”, al modo como pretenden serlo los tradicionales criterios de resolución de antinomias; o mejor dicho, que no es una fórmula en ningún sentido, sino un camino para alcanzarla, un camino que no sería preciso recorrer si contáramos con normas de segundo grado que nos indicasen el peso de cada razón y, con ello, la forma de resolver el conflicto. Lamentablemente, no estamos en presencia de un criterio como el jerárquico o el cronológico, que tan sólo reclaman comprobar el rango formal o la fecha de promulgación de las normas. A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna. Precisamente, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la

34 STC 320/1994.

35 P. de Lora, “Tras el rastro de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº60, 2000, p. 363 y s. Ya antes una crítica similar en J.A. García Amado, “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?. Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Escritos sobre filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, 1997, p.208.

Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás³⁶.

Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

En realidad, esta última afirmación debe ser matizada. El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en pureza no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos³⁷. Es más, creo que en el lenguaje común ese es el

36 Tiene razón A. Ollero cuando rechaza la imagen de unos derechos rígidamente jerarquizados y listos para una aplicación técnica inmediata; la “ponderación delimitadora” supone un “entrecruce de principios inevitablemente valorativos”, de manera que el perfil definitivo de cada derecho es el resultado de un proceso de positivación en el que concurren todos los demás derechos y bienes constitucionales. Sin embargo, no comparto la opinión de que con ello se eviten a priori las antinomias o conflictos entre derechos. Más bien al contrario, el camino (acertado) que propone Ollero comienza a recorrerse a partir de la constatación del conflicto; salvo que se mantenga una firme confianza en la posibilidad de acometer la empresa hercúlea de catalogar exhaustivamente en abstracto todas las circunstancias que otorgan primacía a un principio o derecho sobre otro, lo que por lo demás tampoco me parece muy comprensible desde su idea de proceso de positivación. Vid. “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en *Pensamiento y Cultura*, nº3, Bogotá, 2000, pp.157 y ss.

37 Si esto fuera así, parece que la caracterización de los principios en sentido estricto como normas que sólo admiten un cumplimiento pleno, como proponen M. Atienza y J. Ruiz Manero en *Las piezas del*

significado más preciso de ponderación; se dice que alguien observa una conducta ponderada cuando rehusa abrazar por completo alguna idea a propósito de algo y prefiere armonizar o cohesionar ideas diferentes, seleccionando para el caso lo mejor de cada una de ellas. Ciertamente, en el mundo del Derecho una solución conciliadora no siempre será viable, en ocasiones incluso por dificultades procesales, pero representa con toda probabilidad el camino más adecuado, sobre todo en los conflictos de carácter civil que pueden desembocar en una indemnización o en otras medidas susceptibles de graduación. Este es el llamado principio de concordancia práctica, que en ocasiones parece sugerido por el Tribunal Constitucional: “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, *tratando de armonizarlos si ello es posible* o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”³⁸.

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro³⁹. A mi juicio, ope-

Derecho, citado, p.9, no sería del todo adecuada. Pero no es claro que los principios en sentido estricto requieran siempre un cumplimiento pleno y sobre ello vid. J.J. Moreso, “El encaje de las piezas del Derecho” (primera parte), en *Isonomía*, nº14, 2001, p.252, si bien recurriendo a unos ejemplos, a mi juicio, no del todo convincentes. En cambio, M. Ruiz Sanz considera que la concordancia práctica sólo puede buscarse entre directrices, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, citado, p.120.

38 STC 53/1985 (el subrayado es mío). Vid. J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, citado, p. 28 y s. Así, por ejemplo, el juez que examina el acto administrativo de prohibición de una manifestación dispone de hecho de tres posibilidades de decisión: confirmar el acto y con ello la prohibición, declarar la procedencia de la manifestación en los términos solicitados o, en fin, establecer unas condiciones de ejercicio que intenten preservar al mismo tiempo el derecho fundamental y la protección del orden público. Vid. sobre el particular J.C. Gavara de Cara, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 108 y ss.

39 Con razón observa A. García Figueroa que “ponderación y subsunción tienen una recíproca relación... la subsunción es el ideal de la ponderación y la ponderación la realidad de la subsunción”, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p.199.

ran en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido, no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental⁴⁰. Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa —que lo constituyen—, pero es imprescindible “subsumir” tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación.

Pero si antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, siquiera sea en el sentido débil que acaba de indicarse, esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, después de ponderar creo que aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción. Y ello es así porque, como se verá, la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del

40 Aquí se plantea una cuestión interesante sobre la que no es posible detenerse ahora: que en el caso enjuiciado resulten relevantes al *mismo tiempo* un tipo penal y un derecho fundamental significa que entre este último y sus límites (penales) no existe una frontera nítida. En otras palabras, un caso puede presentar propiedades adscribibles tanto al tipo penal como al tipo iusfundamental; por ejemplo, una conducta puede representar delito de colaboración con banda armada y reputarse sin embargo una forma de ejercicio del derecho fundamental de participación política, beneficiándose entonces del juicio de ponderación o, al menos, así parece deducirse de la STC 136/1999, relativa a la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción. La ponderación nos debe indicar que en las condiciones X,Y,Z el principio 1 (por ejemplo, la libertad religiosa) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la tutela del orden público); de donde se deduce que quien se encuentra en las condiciones X,Y,Z no puede ser inquietado en sus prácticas religiosas mediante la invocación de la cláusula del orden público. La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados⁴¹. Por eso, decir que la ponderación opera a la luz de los casos concretos no significa –o no debe significar– que suministre respuestas irrepitibles para casos también singulares, sino que ofrece respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización. La ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible⁴².

Dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. No es que el legislador no pueda ponderar. Al contrario, nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediablemente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional. Ahora bien, lo que a mi juicio no puede hacer el legislador es eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo algo así como que siempre triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de gene-

41 Vid. J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, citado, pp. 150 y ss.

42 Por eso, la decisión sobre un caso concreto sólo puede reputarse correcta si es posible considerarla como una instancia de una generalización que rige más allá del contexto particular, es decir, si resulta susceptible de universalización consistente, vid. J.C. Bayón, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, 2001, p.58.

ralidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente. La ley, por muy ponderada que resulte, ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamenta (por ejemplo, la protección de la seguridad ciudadana) pueda ser ponderada con otros principios (por ejemplo, la libertad ideológica, de manifestación, etc.).

La ley, por tanto, representa una forma de ponderación en el sentido indicado, aunque puede, a su vez, ser objeto de ponderación en el curso de un enjuiciamiento abstracto por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la virtualidad más apreciable de la ponderación quizá no se encuentre en el enjuiciamiento abstracto de leyes, sino en los casos concretos donde se enjuician comportamientos de los particulares o de los poderes públicos. No se trata sólo de preservar el principio democrático expresado en la ley. Lo que ocurre es que la ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir -es importante destacarlo- las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales principios. Así, cuando un juez considera que, pese a que una cierta conducta lesiona a primera vista el derecho al honor de otra persona y pese a resultar de aplicación el tipo penal o la norma civil correspondiente, debe primar sin embargo el principio de la libertad de expresión, lo que hace es prescindir de la ley punitiva o protectora del honor, o moderar su alcance, pero no cuestionar su constitucionalidad. Y hace bien, porque la ley no es inconstitucional, sino que ha de ser interpretada de manera tal que la fuerza del principio que la sustenta (el derecho al honor) resulte compatible con la fuerza del principio en pugna, lo que obliga a reformular los límites del ilícito a la luz de las exigencias de la libertad de expresión.

Una cuestión diferente es si la ley ya constitucional, esto es, una ley confirmada por el Tribunal Constitucional o de cuya constitucionalidad no se duda, puede sustituir o hacer innecesaria la ponderación judicial, realizando “por adelantado” y en el plano abstracto lo que de otro modo habría de verificarse en el juicio de ponderación aplicativa. La ley, en efecto, puede establecer que en la circunstancia X debe triunfar un principio sobre otro,

cerrando así el supuesto de hecho o, si se prefiere, convirtiendo en condicional lo que era un deber incondicional o categórico, y en tal caso cabe decir que la ponderación ha sido ya realizada por el legislador, de modo que al juez no le queda más tarea que la de subsumir el caso dentro del precepto legal, sin ulterior deliberación. En definitiva, lo que pretende el juicio de ponderación es concretar o hacer explícita una de las excepciones implícitas que caracterizan a los principios como normas abiertas, y esto es algo que también puede hacer y de hecho hace la ley. Ahora bien, creo que esto es cierto en la medida en que no concurran otras circunstancias relevantes no tomadas en consideración por el legislador y que, sin embargo, permitan al principio postergado o a otros conexos recobrar su virtualidad en el caso concreto.

Por ejemplo, del art. 21,2 de la Constitución se deduce que el principio de protección del orden público constituye un límite y, por tanto, entra en colisión con el principio de la libre manifestación ciudadana. Este es un caso claro de conflicto entre dos principios incondicionales y recíprocamente derrotables, apto pues para la ponderación. Sin embargo, el art. 494 del Código Penal castiga a quien se manifieste ante el Parlamento cuando está reunido. Si no albergamos dudas sobre la constitucionalidad de este último precepto (porque en otro caso no hay cuestión), bien puede interpretarse el mismo como un “caso” del principio de orden público, esto es, como el resultado de una ponderación legislativa: la ley ha cerrado uno de los supuestos o condiciones de la cláusula del orden público, determinando (o presumiendo) que manifestarse ante las Cortes representa un exceso o abuso en el ejercicio del derecho. Pero, ¿se elimina toda posibilidad de ponderación judicial?. Como regla general, creo que cabe ofrecer una respuesta afirmativa: el juez no debe ponderar si en el caso concreto enjuiciado el sacrificio de la libertad de manifestación es proporcional o no, pues eso ya lo ha hecho el legislador. Con todo, me parece que no cabe excluir la concurrencia de otras circunstancias relevantes, no tomadas en consideración por la ley, que pueden reactivar la fuerza del principio derrotado o hacer entrar en juego otros conexos. Así, modificando el ejemplo, si en el curso de una rebelión o golpe de Estado que amenazase las instituciones democráticas, los ciudadanos se manifiestan ante el Congreso reunido a fin de mostrar su adhesión, ¿sería de aplicación el tipo penal?. Intuitivamente sabemos que no, pero argumentativamente podemos justificarlo a través de la pondera-

ción, no ya del derecho de libre manifestación, sino de otros, como la cláusula del Estado de Derecho, la defensa de la soberanía parlamentaria, etc. De manera que, durante largos tramos, la ponderación del legislador desplaza a la del juez, pero sin que pueda cancelarse definitivamente en abstracto lo que sólo puede resolverse en concreto.

Desde mi punto de vista, la cuestión de si la ley puede ser objeto de ponderación por el Tribunal Constitucional, y la de si la ley puede ponderar por sí misma, postergando o haciendo innecesaria la ponderación judicial, son problemas intimamente conectados o, más exactamente, problemas cuya respuesta resulta en cierto modo paralela; y esa respuesta tiene que ver con el nivel o grado de concreción del supuesto de hecho o condición de aplicación descrito en la ley. En efecto, cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamenta, cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, más difícil ha de resultar un juicio de ponderación por parte del Tribunal Constitucional, pero, a su vez, menor ha de ser también la virtualidad de dicho precepto en orden a evitar la ponderación judicial; esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el tipo de injurias o con las normas de protección civil del derecho al honor: son “ponderaciones” legales que difícilmente podrían considerarse injustificadas en un juicio de ponderación abstracta, pero que, del mismo modo, tampoco impiden una ponderación judicial en el caso concreto que puede conducir a su postergación en favor de la libertad de expresión o información. Por el contrario, a mayor concreción de la condición de aplicación, esto es, a mayor separación de la estructura principal, más fácil resulta que el Tribunal Constitucional pondere la solución legal, pero, a cambio, mayor peso tiene ésta a la hora de evitar la ponderación judicial; así sucede en el ejemplo antes propuesto: la norma que prohíbe manifestarse ante el Congreso es perfectamente controlable por el Tribunal Constitucional mediante un juicio de ponderación, pero, si supera cualquier sospecha de inconstitucionalidad (lo que, dicho sea de paso, a mi juicio no es nada claro), convierte en prácticamente innecesaria la ulterior ponderación judicial. En conclusión, cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más factible resulta la ponderación del Tribunal Constitucional en un juicio abstracto y más inviable la de la justicia ordinaria en un juicio concreto.

La ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial y doctrinal bastante cuidadosa⁴³. En España, el Tribunal Constitucional viene haciendo uso desde época temprana del juicio de ponderación, si bien parece que hasta la sentencia 66/1995 no fijó con nitidez las concretas exigencias o pasos que comprende⁴⁴ y que pueden resumirse en cuatro. Primero, que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional: resulta imposible ensayar cualquier ponderación “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes”⁴⁵. Ciertamente, no queda del todo claro si el fin perseguido con la norma o actuación enjuiciada ha de coincidir precisamente con un principio o valor constitucional o basta cualquiera que no esté proscrito. En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política –que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional– de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico⁴⁶. El legislador dispone de una

43 Puede verse el número 5, monográfico, de los *Cuadernos de Derecho Público*, coordinado por J. Barnes, INAP septiembre-diciembre 1998; también J.M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, citado. En relación con el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, especialmente en Derecho alemán, J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; y, para España, M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

44 Vid. M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, citada, p.122; I. Perelló, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, nº28, 1997, pp.69 y ss.

45 STC 55/1996.

46 Por ejemplo, la STC 120/1983 invocó la “buena fe” del artículo 7 del Código civil, la 62/1982

facultad de regulación general y puede proponerse cualquier fin que no sea inconstitucional, de manera que este primer requisito desempeña una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos.

En segundo lugar, la máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención⁴⁷. En realidad, este requisito es una prolongación del anterior: si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada. Pero también aquí se abren algunos interrogantes⁴⁸; por ejemplo, si el juicio de adecuación ha de tomar en consideración el momento en que se dictó la norma o debe proyectarse sobre el momento posterior en que se enjuicia; si el Tribunal puede verificar un juicio técnico, valorando las consecuencias económicas o sociales de la medida discutida, o si ha de conformarse con un genérico control de razonabilidad que dé por válido el juicio técnico realizado por los poderes públicos en tanto no resulte manifiestamente absurdo o infundado: al parecer, en relación con las leyes, su falta de efectividad no resulta justiciable⁴⁹, aunque el propio Tribunal no ha dejado de considerar esa circunstancia en algunos casos⁵⁰. En

una genérica “moral pública” que no figura en la Constitución, mientras que la 169/1993 quiso apelar simplemente a “razones de interés público”. Vid. I. de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en L. Martín Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 113 y ss.

47 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.114 y s.

48 Vid. J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp.337 y ss.

49 STC 48/1995.

50 Así, cuando mantuvo que la jubilación forzosa no era, por sí sola, una medida eficaz para alcanzar el pleno empleo, STC 22/1981.

mi opinión, dado el carácter fundamentalmente técnico y empírico del juicio de idoneidad, procede mantener también un criterio respetuoso con el legislador: no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces.

La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser, en tercer lugar, necesaria; esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna⁵¹. No cabe duda que el juicio de ponderación requiere aquí de los jueces un género de argumentación positiva o prospectiva que se acomoda con alguna dificultad al modelo de juez pasivo propio de nuestro sistema, pues no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a “imaginar” o “pronosticar” si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva. De ahí que el Tribunal Constitucional se haya mostrado muy circunspecto a la hora de utilizar este juicio, al menos cuando se trata de controlar al legislador: éste goza de un amplio margen de apreciación y la labor de ponderación “se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos..., de modo que si sólo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma...”⁵².

Finalmente, la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta

51 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.112 y s.

52 STC 55/1996.

vez tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares. En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna. A diferencia de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión. Se trata, en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso concreto tienen ambos principios; un peso definitivo que no coincide necesariamente con su peso abstracto, aun cuando aceptásemos que éste es diferente en cada principio, sino que se obtiene de esa valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio.

III. Ponderación, discrecionalidad y democracia

No creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación. Cada uno de los pasos o fases de la argumentación que hemos descrito supone un llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o decisión enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos o empíricos; cuando se interroga sobre la posible existencia de otras intervenciones menos gravosas, tarea en la que el juez ha de asumir el papel de un diligente legislador a la búsqueda

de lo más apropiado; y en fin y sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación “coste beneficio” resulta casi inevitable. En suma, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho, al menos la indeterminación *ex ante* que es la única que aquí interesa⁵³. Ni los jueces –tampoco la sociedad– comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación donde las “circunstancias del caso” que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación⁵⁴, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en un juicio de valor.

Lo dicho tampoco significa que la ponderación sea meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial; que no pueda presentarse como la mecánica subsunción a partir de normas constitucionales cerradas y concluyentes no es equivalente a irracionalidad. Es una operación que se pretende controlable y ajustada a ciertos cánones, pero es una operación que quizás en su parte esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos “merece la pena” desde la perspectiva de la satisfac-

53 Sobre la distinción entre indeterminación *ex ante* y *ex post* vid. P. Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Interpretación constitucional* P. E. Navarro y otros (comp.), Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, pp.73 y ss. En un sistema que impone la obligación de fallar, el Derecho siempre termina determinándose *ex post* y, en esa tarea, los principios pueden ser una ayuda para que el juez justifique su decisión, pero, en cambio, no representan una gran ayuda para que sepamos *ex ante* cuáles son las consecuencias jurídicas de nuestras acciones. Que los principios estimulan la discrecionalidad lo defendí con más detalle en *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp.119 y ss.

54 Al margen de un riesgo cierto para la preservación del principio de igualdad en la aplicación del Derecho, ya que si bien en los casos centrales la ponderación debe desembocar en decisiones homogéneas, en los casos más “periféricos” o donde concurren circunstancias singulares pueden producirse resultados dispares y desigualitarios. Vid. F. Laporta, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa*, 22, 1999, p.327.

ción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada intérprete concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto. En cierto modo, el Tribunal Constitucional parece confesarlo cuando, a propósito de un recurso de amparo en defensa de la libertad de expresión, dice que el juez “no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego”, pero sí a motivar y razonar su decisión sobre la base del reconocimiento del conflicto⁵⁵. Luego la obligación en cuestión parece derivar, no tanto de una normativa constitucional que nada dice sobre el particular, esto es, que nada dice acerca de la jerarquía de los derechos en pugna, sino de una exigencia suplementaria de argumentación.

A mi juicio, la ponderación es una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos, y si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo problema práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. Como dice Alexy en este mismo sentido, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo “valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”⁵⁶. En suma, que exista un cierto peligro de par-

55 STC 104/1986. Bien es cierto que en ocasiones el Tribunal Constitucional parece mostrarse más exigente, requiriendo que el juez no sólo haya sido consciente del conflicto y haya ponderado, sino que además su ponderación sea constitucionalmente adecuada; así en la STC 112/2000. Con todo, el problema que aquí se ventila creo que es el de la propia competencia del Tribunal Constitucional para revisar la aplicación del Derecho efectuada por la Justicia ordinaria.

56 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 157. En el Epílogo a esta obra Alexy parece empeñado en hacer compatibles estas dos ideas: que la ponderación no es “tan racional” como para asfixiar la discrecionalidad legislativa mediante la imposición en todo caso de una única solución correcta o verdadera, ni “tan poco racional” como para autorizar cualquier solución subjetiva por parte del juez, vid. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº66, 2002, pp.13 y ss.

ticularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el p alpito o la corazonada. La ponderaci3n se endereza a la construcci3n de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentaci3n, ello significa el respeto a un principio de universalizaci3n que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, la universalizaci3n obliga a considerar todas las circunstancias relevantes y a justificar a la vista de ellas una soluci3n susceptible de ser asumida en el futuro por todos y, en primer lugar, por el propio juez⁵⁷.

Por eso, aunque las críticas de subjetivismo no puedan ser eliminadas, tal vez sí deban matizarse. En primer lugar, porque no nos movemos en el plano de c3mo se comportan efectivamente los jueces, sino de c3mo deberían hacerlo; que algunos jueces revistan sus fallos bajo el manto de la ponderaci3n no es una terapia segura que evite las aberraciones morales, las tonterías o un decisionismo vacío de toda ponderaci3n⁵⁸, pero ello será así cualquiera que sea el modelo de argumentaci3n que propugnemos. Pero, sobre todo, en segundo lugar, me parece que una ponderaci3n que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier soluci3n. Como sostiene Moreso, es precisa “una reformulaci3n *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes” y esto ha de permitirnos establecer una jerarquía condicionada entre tales principios susceptible de universalizaci3n; “en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposici3n de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionemos la adecuaci3n del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes”⁵⁹. En resumen, cabe pensar que hay casos centrales en los que las

57 Aquí se encuentra el fundamento del respeto al precedente como exigencia del principio de universalizaci3n y sobre ello vid. M. Gasc3n, *La técnica del precedente y la argumentaci3n racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp.30 y ss.

58 Como ha criticado F. Laporta, “Materiales para una reflexi3n sobre racionalidad y crisis de la ley”, citado, p. 327.

59 J.J. Moreso, “Conflitti tra principio costituzionali”, citado, pp.215 y 220. En un sentido an3logo se pronuncia M. Borowski frente a lo que él llama escepticismo ponderativo: “es posible construir un sistema coherente de relaciones de precedencia a partir de la multiplicidad de las decisiones ponderativas” y, de ese modo, mediante sucesivos casos y decisiones, terminar conformando “un sistema de relaciones abstractas de precedencia”, del que el intérprete s3lo podrá separarse asu-

circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción; aunque tampoco puede dejarse de pensar en la concurrencia de otras propiedades justificadoras capaces de producir una alteración en el orden de los principios⁶⁰.

Sin embargo, ese carácter valorativo y discrecional me parece que está muy presente en las críticas formuladas a la ponderación como espita abierta al decisionismo y a la subjetividad judicial en detrimento de las prerrogativas del legislador⁶¹. En realidad, aquí latén dos cuestiones diferentes, la relativa al margen de discrecionalidad que permitiría en todo caso la ponderación y la de la legitimidad de su utilización en el control judicial sobre la ley, que no sin motivo suelen aparecer entremezcladas. Este es el caso de Habermas, para quien la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una “instancia autoritaria” que invade las competencias del legislador y que “aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”⁶². La alternativa para un tratamiento racional de la cuestión consiste en una argumentación deontológica que sólo permita para cada caso una única solución correcta, lo que implica concebir los derechos como auténticos principios, no como valores que puedan ser ponderados en un razonamiento teleológico; se trata, en

miendo una carga especial de argumentación. No cabe esperar más, “pero es precisamente lo posible en relación con la exactitud en la ciencia jurídica”, “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 59, 2000, p.47.

60 Puede ser interesante recordar aquí la distinción de Alexy entre casos potenciales y actuales de derechos fundamentales, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.316. Cabe decir que un caso es potencial cuando la ponderación es superflua: no es que no pueda ponderarse entre la libertad religiosa y el derecho a la vida en el caso de una secta que propugne sacrificios humanos; es que resulta innecesario hacerlo porque existe un consenso en torno a las circunstancias relevantes. En cambio, no parece tan superflua esa misma ponderación, y por eso es un caso actual y no potencial, en el supuesto de oposición a determinadas prácticas médicas, como las transfusiones de sangre, donde están igualmente presentes el derecho a la vida y la libertad ideológica o religiosa.

61 Así, de forma contundente, para I. de Otto, “la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que *cualquier postura puede sostenerse*”, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, citado, p.117 (el subrayado es nuestro).

62 J. Habermas, *Facticidad y validez*, Introducción y trad. de la 4ªed. revisada de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p.332.

suma, de “hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista”⁶³. Si he entendido bien, desde esta perspectiva la ponderación no es necesaria porque no puede ocurrir –y, si ocurre, será sólo una apariencia superable– que un mismo caso quede comprendido en el ámbito de dos principios o derechos tendencialmente contradictorios; siempre habrá uno más adecuado que otro y, al parecer, incluso podemos encontrarlo sin recurrir a las valoraciones propias de la ponderación.

A mi juicio, estas críticas a la ponderación responden a una defectuosa comprensión de los conflictos constitucionales. Para Habermas, la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de la validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener mayor o menor peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto y siempre habrá uno más adecuado⁶⁴. Pero sorprende la ausencia de procedimientos o argumentos alternativos en orden a perfilar el contenido estricto de cada norma y su correspondiente adecuación abstracta a un catálogo exhaustivo de posibles casos de aplicación⁶⁵. Justamente, lo que busca la ponderación es la norma adecuada al caso, y no, como parece sugerir Habermas, la imposición más o menos arbitraria de un punto medio; no se trata de negociar entre valores de un modo particularista, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos que presenten análogas propiedades relevantes; se trata, en suma, de hacer explícitas del modo más razonable las excepciones implícitas a los distintos principios, de establecer las condiciones

⁶³ *Ibidem*, p. 333.

⁶⁴ En efecto, por un lado, resulta que “distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema”; y, de otro lado, sucede que “entre las normas que vengan al caso y las normas que –sin perjuicio de seguir siendo válidas– pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en su conjunto”, *Facticidad y validez*, citado, pp. 328 y 333. Este planteamiento no parece hacerse cargo de la existencia de antinomias “en concreto” que no lo sean “en abstracto”, que es justamente uno de los pilares de la ponderación.

⁶⁵ Esto sólo sería alcanzable si fuésemos capaces de establecer relaciones de especialidad entre principios y derechos constitucionales, algo que, como hemos visto, no parece viable.

de aplicación de normas abiertas en el sentido ya indicado. Es verdad que esa construcción permite el desarrollo de distintas argumentaciones y, por tanto, permite dentro de ciertos límites, alcanzar soluciones dispares; y esto es algo que tampoco parece aceptar Habermas dada su defensa de la tesis de la unidad de solución correcta⁶⁶. En suma, que la ponderación no permita alcanzar en todos los casos dicha solución, no significa que no sea un procedimiento racional o que sea un procedimiento arbitrario.

Una segunda línea crítica, entrelazada con la anterior, se refiere específicamente a la inconveniencia de la ponderación en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley. Jiménez Campo, que no tiene “ninguna duda sobre la pertinencia del control de proporcionalidad en la interpretación y aplicación judicial de los derechos fundamentales”, opina, sin embargo, que el enjuiciamiento de la ley “no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara menos –o se excluyera, sin más– el principio de proporcionalidad como canon genérico de la ley”⁶⁷. Todo parece indicar que esta diferencia no obedece a algún género de imposibilidad teórica o conceptual, sino más bien a motivos políticos o constitucionales⁶⁸. En efecto, la ponderación sugiere que toda intervención legislativa, al menos en la esfera de los derechos, requiere el respaldo de otro derecho o bien constitucional, de modo que “la legislación se reduciría a la exégesis de la Constitución”; pero “las cosas no son así, obviamente...la Constitución no es un programa”⁶⁹. Si la crítica de irracionalidad sugería que la ponderación permite cualquier cosa (al juez), esta segunda parece sostener que, al contrario, no permite nada (al legislador), convirtiendo la Constitución en ese célebre huevo jurídico del

66 J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, pp. 293 y ss.

67 J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 77 y 80.

68 No obedece a motivos lógicos –me parece– porque si una conducta, pública o privada, puede ser enjuiciada en un proceso ordinario desde la óptica de la ponderación, la máxima de dicha conducta puede integrar el supuesto de una norma general, de una ley, y, por tanto, también ésta será susceptible de ser enjuiciada desde la misma óptica.

69 J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, citado, p. 75. En un sentido análogo dice E. Forsthoﬀ que la proporcionalidad equivale a “la degradación de la legislación... al situarla bajo las categorías del derecho administrativo”, esto es, al pretender equiparar el control sobre la discrecionalidad administrativa con el control sobre la discrecionalidad del legislador, *El Estado en la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñoz, I.E.P., Madrid, 1975, p.240 y s.

que todo puede obtenerse, desde el Código penal a la ley sobre fabricación de termómetros⁷⁰; en suma, convirtiendo la Constitución marco que permite el juego democrático en sede legislativa en una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, termina siendo el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra sobre todos los asuntos⁷¹.

Creo que esta opinión se inscribe o podría servir como argumento complementario a las posiciones que de un modo más general ponen en duda la legitimidad democrática de la fiscalización judicial de la ley, cuestión que no procede analizar ahora. Ciertamente, ya he dicho que el control abstracto de leyes no es la actividad más idónea para el desarrollo de la ponderación, estrechamente conectada al caso concreto. Tal vez por eso la jurisprudencia se muestra muy prudente en la aplicación de la máxima de proporcionalidad al enjuiciamiento de leyes⁷², de modo que no parece perseguir el triunfo de una racionalidad “mejor”, sino el remedio a una absoluta falta de racionalidad. Por otro lado, es sin duda cierto que la actividad legislativa no ha de verse como una mera ejecución de la Constitución y que, por tanto, dispone de una amplia libertad configuradora⁷³. Sin embargo, y al margen de que lógicamente lo que no puede perseguir son fines inconstitucionales, ocurre que el juicio de ponderación no se agota en la comprobación de la existencia de un fin legítimo, sino que, como hemos visto, incluye también otros pasos o exigencias cuya consideración, me parece, no hay motivo para excluir radicalmente en relación con el legislador⁷⁴.

70 La imagen es de E. Forsthoff, *El Estado en la sociedad industrial*, citado, p.242.

71 Vid. E.W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 137.

72 Así, la STC 55/1996 habla de sacrificio “patentemente” innecesario de derechos, de “evidente” y “manifiesta” suficiencia de medios alternativos, de desequilibrio “patente”, etc. Vid. M. Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, en el nº 5 de los *Cuadernos de Derecho Público*, citado, pp. 121 y ss.

73 Es más, el Tribunal Constitucional no parece mostrarse muy riguroso en la comprobación del efectivo y expreso respaldo constitucional de la finalidad perseguida por el legislador, bastando una relación indirecta o mediata entre ésta y el sistema de valores que se deduce de la Constitución. Vid. M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, citado, pp. 71 y ss.

74 En realidad, creo que Jiménez Campo tampoco se muestra muy seguro de la exclusión cuando transforma la exigencia de ponderación en respeto al principio de igualdad, que incluye precisa-

Porque, si bien parece cierto que “la Constitución no es un programa”o, más exactamente, que no es un “programa cerrado”, también debe ser verdad que hoy es algo más que la norma *normarum kelseniana*, reguladora sólo de la producción jurídica y, si se quiere, garantía de la democracia política. La Constitución es un documento “rematerializado”, lleno de principios y derechos sustantivos que, aun cuando se propugnen como coherentes, producen inevitables tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa. Aunque la Constitución no modele exhaustivamente el orden social, pues si lo hiciera estaría de más la democracia y terminaría siendo normativamente cierto eso de que “todos los gobiernos son iguales”, tampoco es un simple límite procedimental o de garantías mínimas; representa, cuando menos, un proyecto en el que caben distintos programas, pero no todos, y que, en determinadas esferas, suministra criterios materiales o sustantivos, a veces con el carácter tendencialmente conflictivo que hemos visto. Lo que ocurre, a mi modo de ver, es que precisamente en la ponderación de la ley uno de los principios que entran en juego es la libertad configuradora del legislador, que opera siempre como argumento en favor de la conservación de la norma; cabe decir entonces que la democracia y su exigencia de respeto a la ley no sólo no quedan sacrificadas por la ponderación, sino que forman parte de la misma. Pero, como las demás libertades o principios, en su aplicación concreta también el principio mayoritario o democrático ha de poderse conjugar con los demás y, por qué no, habrá de ceder cuando no sea capaz de superar el juicio de razonabilidad del que venimos hablando.

En mi opinión, lo que tal vez ocurre es que la ponderación desempeña un papel diferente cuando se usa en el juicio abstracto de leyes y cuando

mente un juicio de razonabilidad o proporcionalidad, vid. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, citado, p. 79. Esto confirmaría, por otra parte, algo que hemos sugerido antes: el control abstracto sobre la ley por vía de ponderación es una posibilidad directamente conectada al grado de concreción del supuesto de hecho o condición de aplicación previsto en la ley, y son precisamente las normas que contemplan casos más específicos o concretos (las menos abstractas y generales) las que mayores sospechas presentan desde la óptica del principio de igualdad. Por eso, desde esta perspectiva, me parece que la tesis contraria al control abstracto contaría con mejores razones si el legislador no hubiese olvidado que la legitimidad democrática de la ley en su origen reunía una doble exigencia: la primera relativa a las cualidades de su autor, y la segunda relativa a la propia estructura de la norma, que había de ser precisamente abstracta y general.

sirve para resolver casos concretos, por ejemplo conflictos entre derechos. En este segundo supuesto cabría hablar de una función positiva o de búsqueda de lo más adecuado, es decir, básicamente, de búsqueda de aquella solución que comporte el menor sacrificio de un principio o derecho compatible con la mayor satisfacción de otro según el criterio de proporcionalidad ya comentado. Cuando se trata del juicio sobre leyes, en cambio, parece desempeñar más bien una función negativa o de exclusión de aquellas soluciones que implican tal sacrificio de un principio que se muestra intolerable a la vista del grado de cumplimiento de otro. Si cabe decirlo así, en un caso la ponderación parece orientarse a la obtención de lo mejor, lo que excluye al menos idealmente cualquier otra respuesta, mientras que en el segundo se conforma con evitar lo intolerable, lo que obviamente deja abierto el camino a una pluralidad de soluciones. De manera que, finalmente, si las cosas se interpretan de ese modo, no estaríamos muy lejos del constitucionalismo débil que algunos proponen desde antiguo: misión del Tribunal no sería entonces enmendar la labor legislativa desde la óptica de la más plausible atribución de significado al documento constitucional, sino tan sólo cerrar el paso a las leyes manifiestamente irracionales⁷⁵.

Ciertamente, reservar la ponderación para los juicios concretos tiene sus ventajas desde la perspectiva del imperio de la ley y de la supremacía del Parlamento, pues el control difuso que se efectúa al hilo de los conflictos parece más respetuoso con tales valores⁷⁶. En realidad, si de algo fuera menester prescindir, creo que sería la fiscalización abstracta quien habría de sacrificarse⁷⁷. Lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por

75 Esta fue la opción defendida por J.B. Thayer en un trabajo de 1893, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", y últimamente recordada -o, mejor dicho, acentuada- por P. de Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", en *Doxa*, nº23, 2000, pp.49 y ss.

76 También Moreso considera que la ponderación en los casos concretos, por ejemplo, en los conflictos entre derechos fundamentales, no afecta a la regla de las mayorías, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta" y "Sulla portata del vincolo preventivo", en *Ragion Pratica*, nº10, pp. 13 y ss y 75 y ss; y asimismo Habermas sostiene que el recurso de amparo resulta "menos problemático" que el control abstracto de leyes, ^{Facticidad y validez,} citado, p. 313.

77 A mi juicio, y por valiosa que pueda ser la tarea realizada por el Tribunal Constitucional, el modelo europeo o kelseniano de justicia constitucional es una herencia de otra época, de aquella que concebía la Constitución como una norma interna a la vida del Estado, separada del resto del sistema jurídico y, por tanto, inaccesible para la justicia ordinaria. Me permito remitir a mi trabajo

parte de la justicia ordinaria, cuyo primer y preferente parámetro normativo no es la ley, sino la Constitución; y es aquí justamente donde la ponderación despliega toda su virtualidad. Como observa Ferrajoli, una concepción no meramente procedimentalista de la democracia ha de ser “garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría” y esa garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional⁷⁸.

Así pues, desde la perspectiva de nuestro modelo de justicia constitucional, el desafío que presentan una Constitución rematerializada y el consiguiente juicio de ponderación no se cifra tanto en que ello permita el control abstracto de la ley a partir de valoraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino en que se abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias. La primera es que, con independencia de si en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, en ocasiones su juego deberá traducirse en una desaplicación; esto es, en un reconocimiento de que, a pesar de que la ley es constitucional y pertinente al caso, debe sin embargo quedar desplazada en el concreto supuesto examinado⁷⁹. La segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario: como es obvio, éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad merced a la ponderación, pues, como ya sabemos, detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios.

Todo ello debería tener una última consecuencia. Que resulte viable un control de la racionalidad de las leyes, cualquiera que sea la vía procesal que se utilice, equivale a decir que la racionalidad constituye un requisito exigible en la producción normativa, como lo es ya en las tareas de aplicación del Derecho. Esto es algo que encuentra explícito apoyo en la Constitución,

“Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución*, nº5, 2001, pp.15 y ss.

78 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Prólogo de P. Andrés, trad de P. Andrés y A. Greppi, Trotta. Madrid, 1999, p. 23 y s.

79 Esto ocurre porque la colisión entre principios o derechos constitucionales es, en terminología de Günther, una colisión externa y no interna, es decir, una colisión que aparece y ha de ser resuelta en el discurso de aplicación, no en el de fundamentación o validez, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, citado, pp.279 y ss.

cuyo artículo 9,3 establece “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, esto es, no sólo de la Administración y de los jueces, sino también del legislador. Ciertamente, esa interdicción ha de hacerse compatible con la discrecionalidad política del legislador, pero en todo caso ese precepto permite un desarrollo jurisprudencial de amplias consecuencias, y basta pensar en una posible extrapolación de la doctrina ya consolidada en materia de control de la Administración, posibilidad por la que algunos abogan decididamente⁸⁰. En suma, existe una sola noción de racionalidad y ésta es aplicable tanto a la legislación como a la jurisdicción⁸¹, aunque en aquélla aún no haya encontrado la misma virtualidad que en ésta. Cuestión distinta es que ello obligue a revisar la sacrosanta teoría de la soberanía del legislador.

En resumen, el juicio de ponderación puede verse como una pieza esencial del neoconstitucionalismo, de un modelo de organización política que quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de este último el sometimiento de todo el poder al Derecho, el tipo de Constitución que reclama un control como el que se ha examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador; y no sólo por la vía del recurso abstracto contra leyes, sino, sobre todo, convirtiendo los principios y derechos constitucionales en parámetros de enjuiciamiento independientes para resolver cualquier género de conflicto. Bien es cierto que de ese modo la ponderación implica también una apertura o invitación al judicialismo, al menos desde la perspectiva de la tradición europea, de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido. Inclinarsé en favor del legalismo o del judicialismo como modelo predominante tal vez encierre una opción ideológica, de ideología jurídica, pero el intento de hallar un equilibrio entre ambos –nunca del todo estable por otra parte– requiere la búsqueda de aquella racionalidad no sólo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas, aspecto este último que a veces se olvida.

80 Vid. T.R. Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

81 Vid. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp.95 y ss.

El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto

Laura Clérico

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Sumario

I. Introducción y planteo del problema. II. El examen de idoneidad: reglas y elementos 2.1. El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos. 2.2. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos. 2.2.1. La relación medio-fin: las diferencias en las características de los elementos. 2.2.2. Examen de idoneidad: doble exigencia de idoneidad en la prohibición por omisión o insuficiencia. 2.3. La intensidad de aplicación de la regla de la idoneidad en el mandato de prohibición por exceso y de prohibición por omisión o insuficiencia: similitudes y diferencias. 2.3.1. La intensidad de control. 2.3.2. Resultados intermedios. III. El examen del medio alternativo: reglas y elementos. 3.1. El examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos. 3.2. El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto. 3.3. La intensidad de la aplicación de la regla del medio alternativo en el mandato de prohibición por exceso y por omisión o insuficiencia: similitudes. IV. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto: reglas y elementos. 4.1 El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso. 4.2. La colisión y su solución sin ponderación. 4.3. Entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación. 4.4. Examen de proporcionalidad en sen-

tido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia.
V. Conclusiones.

I. Introducción y planteo del problema

Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el *examen de la proporcionalidad en sentido amplio*. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio.

Estas exigencias surgen en el derecho constitucional alemán del mandato de proporcionalidad en sentido amplio. Dicho mandato contiene criterios para determinar, si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estos criterios están dados a través de los tres subcriterios contenidos en el mandato de proporcionalidad en sentido amplio: el mandato de idoneidad (*das Gebot der Geeignetheit*), el mandato del medio alternativo menos lesivo o mandato de necesidad (*das Gebot des mildereren Mittels o das Gebot der Erforderlichkeit*) y el mandato de la proporcionalidad en sentido estricto (*das Gebot der Proportionalität im engeren Sinne*).

Así, el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto*, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.¹

1 BVerfGE 30, 292 (316); 37, 1 (21 ss.); 39, 210 (230); 51, 193 (208); 63, 88 (115); 67, 157 (173); 70, 1 (26); 70, 278 (286); 79, 256 (270); 81, 156 (192).

El análisis de la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio ha sido ampliamente trabajado por la dogmática constitucional alemana. Sin embargo, estos desarrollos analizan principalmente la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio como submandato de prohibición por exceso de restricción (*Übermaßverbot*). Un menor desarrollo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, reconoce el *Untermaßverbot*, es decir, el mandato de prohibición constitucional por omisión o acción insuficiente.

Esto se debe, en parte, a que este mandato fue aplicado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en un caso del año 1993² sobre la constitucionalidad de una ley que reglamentaba la interrupción del embarazo para todo el territorio de la República.³ Volvió a ser aplicado en la decisión del año 1998 sobre una reglamentación de la ley de interrupción del embarazo realizada por el estado federado de Baviera⁴ y en una decisión sobre la admisibilidad de una acción de amparo referida a la constitucionalidad del límite de ingesta de alcohol permitido para los automovilistas.⁵ Además, lo ha aplicado explícitamente para examinar la admisibilidad formal de acciones referidas a la constitucionalidad de la ley que regula la circulación de autos para la protección de la capa de ozono,⁶ el funcionamiento de una central de transformación eléctrica,⁷ y la instalación de centrales transmisoras de ondas para funcionamiento de teléfonos celulares móviles⁸. Por último, fue aplicado en el voto en disidencia en un caso referido a la constitucionalidad de una reglamentación del estado federado de Baviera sobre medidas de seguridad para personas condenadas.⁹

El Tribunal Constitucional Federal Alemán aplicó así expresamente el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente en un pequeño

2 BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

3 Pues existían diferencias entre las leyes sobre la materia en la ex-DDR y en la República Federal Alemana, BVerfGE 88, 203 (219).

4 BVerfGE 98, 265 (355).

5 BVerfGE, 27.4.95, NJW 1995, p. 2343.

6 "Ozongesetz", 29.11.1995, EUGRZ 1996, 120.

7 "Elektrosmog", 17.02.1997, NJW 1997, 2509.

8 "Emisiones de ondas para funcionamiento de los celulares móviles", 28.02.2002, NVwZ 2002, 1103.

9 Voto en disidencia de los jueces Broß, Osterloh y Gerhard, en: BVerfGE 109, 190 (245).

puñado de casos. Todas estas decisiones tienen en común, sin embargo, que *lo que afecta el derecho fundamental es una omisión o una acción estatal insuficiente, la que debe ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente (Untermaßverbot)*. Ahora bien, si los derechos fundamentales se violan también por omisiones o acciones insuficientes; entonces, se supone que cada vez que el Tribunal Constitucional Federal examina la proporcionalidad en sentido amplio de un derecho fundamental en su función de derecho de prestación¹⁰ (ya sea como derecho de protección¹¹, como derecho social¹² o como derecho a la organización y el procedimiento¹³), está aplicando el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia aunque no lo diga expresamente.¹⁴

En este sentido, es tarea también de la dogmática¹⁵ la *reconstrucción crítica* de la jurisprudencia a la luz del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, aunque no se lo aplique expresamente en la sentencia. Así, el

10 Esta clasificación de los derechos toma como relevante el tipo de obligación que implica la validez del derecho para el sujeto destinatario: obligación de no-hacer o de hacer. Así, se puede hablar de derechos de no-intervención y derechos de prestación, v. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, cap. 9.

11 Los derechos de protección requieren que el estado haga algo para proteger al afectado de peligros o riesgos ocasionados por terceros, véase, Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 410.

12 Los derechos sociales como derechos de prestación positiva exigen del destinatario que haga “algo” para que el titular del derecho pueda ejercerlo. Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, 1998, págs. 293 ss.

13 Los derechos fundamentales como derechos de organización y procedimiento exigen que el estado haga algo en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos fundamentales, Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, pág. 320-348.

14 Michael, L., *Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit*, JuS 2001, págs. 148-155: el autor utiliza sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre afectaciones a derechos de prestaciones para ejemplificar el contenido del *Untermaßverbot*, aunque el tribunal no se haya referido expresamente al mandato de prohibición por omisión o insuficiencia.

15 V. Hain, K., *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?*, DVBL. 1993, 982; Dietlein, J., *Das Untermaßverbot*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, (1994), págs. 130/141; Hain, *Das Untermaßverbot in der Kontroverse*, ZG 1996, págs. 75-84; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, págs. 798-803; Tzemos, V., *Das Untermaßverbot*, Frankfurt am Main, 2004, págs 74-87; Rassow, R., *Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes*, ZG 2005, págs. 262-280.

objetivo de este trabajo es: *reconstruir la estructura del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente*. Esta reconstrucción lleva a plantear la siguiente pregunta: ¿deben ser adaptadas la estructuras de los tres criterios de la proporcionalidad en sentido amplio cuando se trata de examinar la limitación a un derecho por omisión o acción insuficiente o se “corresponden” con las de los tres criterios del examen de proporcionalidad en sentido amplio - desarrolladas principalmente a la luz del mandato de prohibición por exceso? Para ello se pondrán a prueba las tres reglas de la proporcionalidad en sentido amplio: la regla de la idoneidad (II), del medio alternativo (III) y de la proporcionalidad en sentido estricto (IV) en el *Übermaßverbot* y en el *Untermaßverbot*, respectivamente. Esta comparación permitirá sostener que el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia no puede ser reducido plausiblemente al mandato de prohibición por exceso, ya que las reglas de la idoneidad y del medio alternativo requieren ser modificadas. En las conclusiones se evaluará, además, la importancia del desarrollo de una dogmática constitucional del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia en el contexto latinoamericano caracterizado por violaciones sistemáticas a los derechos humanos por incumplimiento de obligaciones de hacer que imposibilitan el ejercicio de los derechos sociales en su función de derechos de prestación positiva (V).

II. El examen de idoneidad: reglas y elementos

2.1. El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos

La implementación de una medida estatal para el logro de un fin puede limitar el ejercicio de algún derecho. Desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. El primero se refiere a la relación entre el medio y el fin de la norma. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho, por lo menos, se espera que el medio pueda *fomentar* el logro del fin. De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico. Así, el examen de la idoneidad supone: a) la identificación y precisión en la mayor medida

posible del fin¹⁶ o de los fines estatales legítimos¹⁷ (es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva) y sin reducciones ni aumentos del fin; 18 b) la individualización del medio implementado, y c) la identificación del (o los) derecho(s) afectado(s) por la limitación que se ataca de excesiva. Una vez identificados los elementos objeto de examen, se les aplica la siguiente regla, que examina otro elemento de este examen, d) la relación de “fomento” entre medio y fin:

(REG) Cuando el medio establecido –que afecta derechos fundamentales– puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal).

(REG’) Cuando el medio establecido –que afecta derechos fundamentales– no puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio.

El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre medio (M) y fin (F). Esa relación puede ser

- 16 La expresión “fin”, en el mandato de prohibición por exceso, suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr. Para la determinación del fin es importante la descripción del estado de inicio y final, es decir, el que se persigue provocar, y el que de hecho se alcanzó, que puede o no coincidir con el perseguido.
- 17 La pregunta acerca de la “legitimidad” del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se la trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad en sentido amplio, sólo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos “claros”. En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. La decisión surge de la aplicación de una regla constitucional cuyo antecedente permite que sean subsumidos los hechos y cuestión del caso. Ciertamente puede ser reconstruida la justificación de la decisión a través del procedimiento de la ponderación. Sin embargo, esta ponderación tendría sólo un carácter explicatorio o crítico. La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. En este contexto cobra importancia, además, la posibilidad de reconstruir la garantía del contenido esencial de los derechos como regla; v. Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, págs. 66-72; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, págs. 688-700.
- 18 El examen de idoneidad supone por lo menos un fin. Cuando se determina más de un fin, la idoneidad del medio debe ser comprobada en relación con todos los fines. La reducción o ampliación de los fines determinados requiere ser justificada.

considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*.¹⁹ En un aspecto *cuantitativo* M1 puede fomentar el fin *más* que M2 (o *menos* o *igual*). En un aspecto *cualitativo*, M1 puede fomentar el fin mejor que M2 (o *peor*, o *tan bien como...*). En un aspecto *probabilístico*, M1 puede fomentar el fin con alto grado de seguridad (*más probable*) que M2 (o *con menor grado de probabilidad*, o en el *mismo grado*).

Si se consideran así los distintos aspectos en los que se puede expresar la relación de fomento entre medio y fin, entonces el mandato de idoneidad puede ser interpretado como *débil* o *fuerte*. Una versión *débil* del mandato de la idoneidad exige la selección de algún medio. Sólo son desechados aquellos medios *que no se encuentran de modo alguno* —es decir en ningún aspecto— en relación de fomento con el fin. La versión *fortísima* del mandato de la idoneidad exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (*el más alto* alcance), cualitativo (*el mejor de los alcances*) y probabilístico (*el más seguro* de ser alcanzado). Sin embargo, ¿cuál de las dos versiones se asemeja al mandato de la idoneidad en el derecho constitucional cuando el poder judicial es el que controla esa relación entre medio y fin? El Tribunal Constitucional Federal Alemán no examina si el legislador pudo encontrar “otra regulación posiblemente mejor o más justa”²⁰ debido al respeto por el ámbito de competencia del legislador legitimado democráticamente. Además está obligado a agotar, por motivos generales de racionalidad, la consideración de todos los argumentos relevantes que pueden hablar a favor o en contra de la restricción de un derecho antes de resolver la pregunta sobre la constitucionalidad de una medida estatal.

En el marco de esta versión débil de la máxima de la idoneidad, “fomento” no implica que el medio deba contribuir en la *mayor medida* posible, de la *mejor manera* y con el *mayor grado de probabilidad* al logro del fin. Así ha alcanzado al Tribunal Constitucional Federal Alemán para dar por comprobada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador con

19 Clérico, L., Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, págs. 36 y 340; Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, págs. 718 sgts.; Bergmann Ávila, H., Theorie der Rechtsprinzipien, Berlin, 2006, 118-124.

20 BVerfGE 71, 206 (215, 218); cfr. BVerfGE 13, 97 (113); 70, 1 (26).

la posibilidad abstracta²¹ del fomento del fin²². Si después de la aplicación de la regla de la idoneidad subsisten dudas, queda el medio establecido como adecuado técnicamente, si contribuye para el *aumento gradual y abstracto* de la realización del fin.²³ En un sentido cuantitativo se entiende, así también, que para que se dé el “fomento” basta la realización *en parte* del fin. Asimismo, se supone que muy probablemente ocurra otro tanto en relación con la parte no fomentada (aspecto probabilístico).²⁴ Finalmente, “fomento” implica contribución del medio para la realización del fin pero *en general*²⁵ (en un aspecto cuantitativo), en conjunto.²⁶ Las leyes se suelen aprobar para reglar un número indefinido de casos y/o grupos de casos, pero si existe un grupo de casos en los cuales el medio no puede contribuir al logro del fin, esto no alcanzaría para sostener que la medida legislativa es “totalmente” inidónea. Por consiguiente y teniendo en cuenta los diferentes sentidos que adquiere el uso de “fomento” se puede afirmar que, por el hecho que el medio escogido no sirva para lograr en todos los sentidos el aumento gradual de la probabilidad de realizarlo, no se sigue necesariamente que la medida sea declarada como inidónea. Esto lleva a una precisión de la regla de la idoneidad:

(REGD) Cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin pero no contribuye a su logro en todos los sentidos o sólo lo hace en forma abstracta y en general, pero no en el caso concreto, el medio establecido es idóneo, y deben ser aplicadas las reglas del medio alternativo

21 BVerfGE 67, 157 (173, 175, 178); 81, 70 (92); 81, 156 (192); 83, 1 (19).

22 BVerfGE 16, 147 (183); 30, 250 (263 sgts.) - “ley de fomento de la estabilidad económica”; 39, 210 (230) - “limitaciones a la molienda”; 47, 109 (118 sgts.) - “películas de cine pornográficas”; 61, 291 (313 sgts.) - “disecadores de animales”; 65, 116 (126) - “lugar de residencia para abogados especializados en patentes”; 69, 1 (53) - “objección de conciencia”; 71, 206 (215) - “prohibición de información”; 73, 301 (317) - “agrimensura”.

23 V. BVerfGE 79, 256 (268) - “impugnación de la filiación”.

24 V. BVerfGE 16, 147 (161, 174-175, 177, 179-183, 187).

25 BVerfGE 71, 206 (217) - “prohibición de información pública del escrito de acusación o de otros escritos judiciales en forma literal”; cfr. BVerfGE 47, 109 (118 sgts.) - “películas pornográficas”; 50, 142 (163) - “obligación de manutención”; 61, 291 (313 sgts.) - “disecadores de animales”; 90, 145 (182) - Cannabis.

26 BVerfGE 30, 250 (264).

menos gravoso y la de la proporcionalidad en sentido estricto (para examinar la justificación de la restricción del derecho).²⁷

2.2. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos

De acuerdo con la fórmula del *Untermaßverbot* existe una violación al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación positiva iusfundamental, cuando a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección obligatorio o cuando quedan muy por detrás de lo obligado o b) el poder estatal permanezca totalmente inactivo.²⁸ A primera vista, dos son las constelaciones de aplicación de este mandato. A estas dos constelaciones se les aplica la siguiente *fórmula* del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente expresada en términos *positivos*:

Es necesaria una protección “adecuada” –bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”...²⁹

2.2.1 La relación medio-fin: las diferencias en las características de los elementos

En el caso de ambas constelaciones el examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente supone una relación de medio-fin. En la *primera constelación*, el *medio atacado* es un hacer pero el problema radica en su insuficiencia o en su defecto, el fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación que además puede coincidir con el fin estatal perseguido por el legislador. Esta constelación también abarca, en principio, los casos

27 Clérico, L., Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos, Baden-Baden, 2001, págs. 46 y 341.

28 BVerfGE 77, 170 (214.); 88, 203 (251, 254); 92, 26 (46).

29 BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262) - caso Aborto II - . De este caso se extrae la fórmula de la prohibición por omisión o insuficiencia como estructura formal.

en los que se hizo algo suficiente, pero se interrumpió³⁰ y, a su vez, se hizo inmediatamente luego algo que se ataca por insuficiente o defectuoso.

En la *segunda constelación*, el *medio* es una omisión. Este no hacer puede consistir en una omisión a secas, en una omisión aunque se haya discutido y reconocido la obligación estatal de hacer pero no se haya llegado a la decisión de hacer algo, o en una omisión frente a la cual se haya reconocido la obligación estatal de hacer, se hayan establecido los medios pero no se los hayan implementado, entre otras.³¹ Sea cual fuere la modalidad de la omi-

30 La interrupción de una prestación o la derogación de una norma que tenían por contenido una prestación implica una acción, lo que se ataca es que esa acción no implique otra acción suficiente o adecuada que posibilite el ejercicio del derecho en igual medida que la acción interrumpida. Sin embargo, puede ocurrir que se interrumpa y que luego se haga algo pero insuficiente. Así la interrupción y la acción siguiente implican en conjunto una acción insuficiente o, según el caso, defectuosa. Bajo esta constelación se pueden reconstruir algunos casos de la prohibición de regresión arbitraria, según la cual una reglamentación del legislador (o, en su caso, del ejecutivo) no puede empeorar el alcance del derecho fundamental ganado a causa de la reglamentación. Ahora bien, si el estado interrumpe sin más, entonces se trata de una limitación por exceso a una posición de derecho fundamental ganada. En este caso el derecho se comporta como un derecho de no-intervención (cfr. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 436). Eleva la pretensión de que no se haga algo, es decir, que no se interrumpa. En estas constelaciones se aplica prima facie el mandato de prohibición por exceso. Para un análisis de las diversas constelaciones del examen de la prohibición por regresión arbitraria en comparación con el *Untermaßverbot*, v. Clérico, L., *Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot*, en Sieckmann (comp.): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, 2007, págs. 172 sgts. En relación con las obligaciones constitucionales que el principio constitucional del Estado Social le genera al legislador y al ejecutivo en sentido general, Hesse enumera como contenidos ganados: el derecho de protección del trabajador, el derecho de trabajo por un tiempo razonable, la ayuda o asistencia social, el derecho de seguro social, el derecho de convenios colectivos. Según Hesse, una regresión en el sentido de borrar los contenidos esenciales del estado social queda descartado desde el punto de vista constitucional. En este contexto habla de una "prohibición de regresión", véase, Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1995, págs. 86-87, § 6 II. En el ámbito de protección internacional, se suele hacer referencia a la prohibición por regresión arbitraria cuando se trata del examen de las limitaciones de derechos de prestaciones positivas, v. Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas Nros. 3, 12, 13 y 14 y Abramovich, V.; Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, págs. 96-116; Carbonell, M., *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 34, 2004, págs. 301-333 (328 sgts).

31 En el nivel de protección internacional, se tiene en cuenta para ponderar la justificación de la omi-

sión, el problema es determinar si un hacer es obligatorio en forma definitiva.³² En esta constelación, el *fin* es la promoción de un derecho fundamental de prestación dado por la constitución que puede o no coincidir con el fin estatal. Es indiferente que el estado persiga o no, además, un fin esta-

sión estatal, si el estado no actúa, pese a reconocer su obligación por causas no imputables a su voluntad y que se encuentran fuera de su margen de acción y, los casos de omisiones injustificadas en las que los estados reconocen su obligación de actuar, pero sin embargo, no demuestran interés por hacerlo, en este sentido, v. Directrices de Maastricht (Nro. 13): “Para determinar cuales acciones u omisiones constituyen una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad del Estado de cumplir sus obligaciones bajo los tratados internacionales. Un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la responsabilidad de comprobar que esto es el caso. Por ejemplo, el cierre temporal de una institución de enseñanza debido a un terremoto constituiría una circunstancia ajena al control del Estado, mientras que la eliminación de un régimen de seguridad social sin contar con un programa de sustitución adecuado, demostraría la falta de voluntad política, de parte del Estado, de cumplir con sus obligaciones”. Igualmente, en el caso de los desastres naturales, se considera que el estado no sólo debe demostrar la falta de cumplimiento entre el desastre y la falta de cumplimiento de la obligación de hacer positiva concreta, sino que no existe medio alternativo alguno que pueda satisfacer el cumplimiento de la obligación, en este sentido, es el estado quien tiene la carga de la argumentación.

32 Aquí se supone una teoría del supuesto de hecho y alcance del derecho fundamental amplia. Basta con que se pueda alegar algún argumento a favor de la relación entre la omisión y la afectación del derecho de prestación en el caso concreto para realizar el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Justamente de este examen –y de acuerdo con el mandato de la prohibición por omisión o insuficiencia– surgirá si la omisión está o no justificada a la luz del derecho y si un accionar es obligatorio en forma definitiva. Por lo demás, frente a una omisión en sentido estricto, es decir, un no-hacer a secas, se suele hablar de la dificultad de determinar cuándo esa omisión se encuentra en relación con la violación al derecho fundamental en su función de prestación positiva. Se han realizado varios análisis acerca de las razones de esta dificultad, por ejemplo, véase, Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, cap. 9. Arango sostiene que se viola un derecho fundamental social a través de una omisión estatal absoluta, cuando la no-consideración de criterios de diferenciación relevantes lleva a un tratamiento desigualitario que, en atención a los efectos fácticos que produce, dañan al afectado sin justificación. Los criterios para la determinación de cuándo es obligatoria un tratamiento diferenciado surgen, según el autor, del uso de argumentos contrafácticos (argumento ad absurdum y argumento ad contrarium). Para ello se requiere tener en cuenta cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad, el estado no actúa a través de un accionar positivo que es posible fácticamente. Véase, Arango, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, págs. 152-153, 138, 216, 224-225. Lo propuesto por el autor sirve para determinar la intensidad a la limitación al derecho de prestación del afectado en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

tal con la omisión a los efectos de la estructura del examen. Si llega a perseguir un fin estatal, esto aligera sólo la búsqueda de los argumentos, pero la ausencia del fin estatal no imposibilita el examen,³³ ya que lo importante es que el derecho fundamental de prestación está dado por la constitución.

Si se compara lo sostenido sobre el *medio* en este examen con el del examen del mandato por prohibición por exceso surge la primera *diferencia* entre ambos. En la prohibición por exceso, el medio está dado desde el principio, fue discutido, seleccionado y establecido por el legislador (en su caso, la administración) para el logro del fin. En el caso del examen de la prohibición por omisión o insuficiencia, el medio es indeterminado. Para el sujeto del derecho de prestación positiva el medio, que hay que someter a examen, es la omisión o acción estatal insuficiente y el medio ordenado sería una acción suficiente o adecuada. El estado entiende, por el contrario, que la selección del medio forma parte de su margen de apreciación y que, incluso, no existiría la obligación de elegir algún medio determinado que implique un hacer. Así para el examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente el medio surge en el marco de este examen.

La *diferencia* radica, además, en la naturaleza vinculante del *fin* que supone cada uno de los dos mandatos, respectivamente. El fin estatal es determinado por el legislador en el caso del examen del mandato de prohibición por exceso, pero no necesariamente implica una obligación constitucional, basta con que el fin no esté definitivamente prohibido por la constitución. Por el contrario, en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, por lo menos, uno de los fines se refiere a la realización de un derecho –con carácter de principio– en su función de prestación. Es el derecho fundamental del afectado que requiere ser precisado de acuerdo con las circunstancias particulares del caso; es decir, de acuerdo con el estado de cosas (de insuficiente realización del derecho) que de hecho se alcanzó a través de la omisión o acción insuficiente o defectuosa atacada (estado de inicio) y el estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr a través de una acción suficiente (estado final). Cuando el resultado del examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente es que la realización del fin

33 En este caso hay que reconstruir el fin estatal, por ejemplo, a partir de la argumentación del estado en el procedimiento en el que se discute la omisión.

está protegida en forma definitiva, entonces existe una obligación estatal positiva definitiva (según el caso dirigida al legislador o a la administración) para posibilitar una mayor y mejor realización del derecho de prestación.

2.2.2. Examen de idoneidad: doble exigencia de idoneidad en la prohibición por omisión o insuficiencia

El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia puede implicar en algunas constelaciones un fin estatal complejo y/o fines independientes. Cuando el medio es una acción insuficiente o defectuosa el fin estatal *coincide* en todo en parte con el fin de realización del derecho de prestación. Cuando el medio es una omisión, el fin estatal puede coincidir con el fin de realización del derecho de prestación; si no es el caso, entonces, el examen de idoneidad se aplica en relación con, por lo menos, dos fines independientes: (a) el fin estatal expreso o implícito y (b) el fin relacionado con la realización del derecho fundamental. Por lo demás, en todos las constelaciones³⁴ puede ocurrir que el estado persiga más de un fin (fin complejo). En este último punto –y en relación con la precisión del fin, las ampliaciones o reducciones–, se aplica lo sostenido en el examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso.

En cuanto a la relación de “fomento” entre medio y fin(es), cuando se trata del mandato de prohibición por exceso basta con que el medio promueva al fin en algún sentido para que el medio establecido quede como idóneo. Sin embargo, ¿alcanza con esta exigencia *débil* de “fomento” en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente? A primera vista se diría que no, por lo menos, respecto del fin relacionado con la promoción del derecho fundamental de prestación. Para que el examen de idoneidad tenga algún sentido se requiere una versión más fuerte de fomento, que se acerque a la formulación positiva del *Untermaßverbot*.³⁵

Una versión *muy fuerte* de fomento implicaría, sin embargo, resolver el examen de proporcionalidad en sentido amplio en el primer escalón de

34 Es decir, las contelaciones referidas en el punto II. 2 de este trabajo, caracterizadas por una omisión o una acción insuficiente o defectuosa, respectivamente.

35 V. formulación en el apartado II.2. de este trabajo.

la argumentación. En contra habla un argumento de racionalidad que requiere que se agote la consideración de todos los argumentos relevantes para la resolución del caso. El segundo se refiere al problema de la tensión entre las competencias del legislador legitimado democráticamente, por un lado y, el tribunal que controla, por el otro lado. Ahora bien, si se atienden todos los argumentos que hablan a favor de una versión débil y de una versión fuerte de la exigencia de fomento, entonces ambas deberían conformar el examen de idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Así al finalizar el examen de la idoneidad surge:

- a) la **medida del fomento en abstracto y en general**, del fin estatal y de la **realización** del derecho de prestación positiva (que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido) a través del medio atacado (omisión o acción insuficiente o defectuosa);
- b) la **medida del fomento en concreto y en el caso individual**,³⁶ del fin estatal y de la **realización** del derecho de prestación positiva (que

³⁶ En este paso resulta de suma importancia la descripción precisa y completa de la situación en la que se encuentra el afectado en el caso concreto. Por ejemplo, un sistema de obra social, entre otros, puede ser un medio idóneo en abstracto para posibilitar el ejercicio del derecho a la salud como derecho de prestación. Ahora bien, este medio puede ser inidóneo en el caso concreto, si se atiende el estado actual de la obra social específica y el diagnóstico del paciente que en forma necesaria y urgente requiere un determinado medicamento que la obra social está obligada a suministrar pero que no lo hace. Así en el caso “*Campodónico de Beviacqua*”, la Corte Suprema de Justicia Argentina (Fallos 323:3229), ordenó al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a seguir entregando sin cargo una medicación especial para continuar posibilitando el tratamiento de un niño que padecía una enfermedad grave en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas -enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita. La acción atacada puede interpretarse como una acción insuficiente y se compone por la interrupción de la entrega del medicamento a través del referido Banco y por una acción que el estado consideraba suficiente: la prestación del medicamento por la obra social del niño. Este medio atacado no es idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño: obra social en cuestión no estaba en condiciones de otorgar el medicamento según surgía del expediente. Además el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño”, por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación.

puede o no coincidir con el fin estatal perseguido) a través del medio atacado (omisión o acción insuficiente o defectuosa).

Esto permite distinguir los siguientes resultados relevantes del examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia,³⁷

1) cuando el medio no fomenta el fin estatal perseguido ni la realización del derecho de prestación positiva (que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido), en el supuesto a) y b), entonces estamos frente a un *caso claro de falta de idoneidad del medio*; es decir, la acción es insuficiente o, en su caso, la omisión está injustificada y no es proporcional en sentido amplio;³⁸

37 Aquí sólo se enumeran cuatro resultados que se consideran de relevancia práctica; sin embargo, de la combinación de la versión débil y fuerte de idoneidad y de los tipos de fines identificados en este apartado, surgen otros resultados posibles.

38 No hay que subestimar la importancia de esta fórmula si se consideran las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social y por violaciones reiteradas a los derechos sociales en su función de derecho de prestación positiva. Así esta versión del examen de idoneidad sirve para reconstruir la argumentación en el caso “*Viceconte Mariela c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social*”, resuelto el 2.6.1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (argentina), en virtud de una acción de amparo de incidencia colectiva iniciada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) - v. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 5.11.1998). Los hechos del caso son los siguientes: alrededor de 3.500.000 habitantes de la pampa argentina se encontraban amenazados - según datos del año 1999 - por la presencia de un virus altamente nocivo para la salud llamado “mal de los rastros”. Sin embargo, la enfermedad consecuencia del virus podía (y puede) ser prevenida a través de la aplicación de una vacuna. Así el estado argentino compró desde el año 1991 hasta 1995 la vacuna, a un instituto norteamericano que la producía, para realizar campañas de prevención contra el virus. Este programa se interrumpió sin embargo, porque el Instituto dejó de producir la vacuna. No le era rentable, ya que este tipo de enfermedad sólo se da en la pampa argentina. En 1996 mueren habitantes de la pampa a causa de esta enfermedad. El estado decide producirla a través de un Instituto Público; sin embargo, no de forma inmediata ya que debían realizarse algunas modificaciones para poder producir la vacuna en la cantidad suficiente (medio atacado: en adelante, M1), que no realizó, por lo menos, hasta el momento de resolución del caso 1998. Esta acción estatal es insuficiente y constituye un caso claro de falta de idoneidad de acuerdo con la siguiente reconstrucción del caso. El fin es la protección del derecho a la salud (en adelante, P1) de las personas afectadas (en forma actual o potencial) por el virus (aquí el fin estatal coincide con la realización del derecho de prestación positiva). M1 claramente no puede fomen-

- 2) cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva (que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido), en el supuesto a) y en el supuesto b) estamos en presencia de un *caso claro de idoneidad del medio*, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto;
- 3) cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva (que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido) en el supuesto a), pero no en el supuesto b), el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto. La falta (o insuficiencia) de idoneidad del medio en el supuesto b) habla de un argumento de peso en contra de la proporcionalidad del medio atacado y es un argumento a favor de una protección adecuada del derecho de prestación positiva en el examen de proporcionalidad en sentido estricto;
- 4) cuando el medio no fomenta el fin (cualesquiera de los dos) en el supuesto a), pero sí en el supuesto b), el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto.

La *doble exigencia de idoneidad* permite en un caso llegar a la conclusión de la clara inidoneidad del medio, en los restantes casos preestructura los exámenes del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto. La estructura básica de la regla de la idoneidad sigue siendo la desarrollada en el marco del mandato de prohibición por exceso. Las modificaciones propuestas para el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia

tar ni en abstracto, ni en general, ni en concreto ni en el caso particular de cada uno de los afectados el derecho a la salud. No lo es ni en abstracto ni en general, porque aun aquellas personas que poseen una obra social o los medios para adquirir la vacuna, no pueden acceder al medicamento porque se interrumpió su producción. Menos aún pueden hacerlo aquellos que no poseen medios, ya que estos no lo podrían adquirir en el mercado ni tampoco están en condiciones de recibirla del estado, ya que si bien el estado decidió producirla se quedó a mitad de camino por no haber realizado las modificaciones edilicias para que el Instituto Público la produjera. Esta reconstrucción explica la condena en el fallo de la Cámara al estado argentino (Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) a realizar todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la vacuna "Candid 1" contra la Fiebre Hemorrágica Argentina o "mal de los rastrojos" y asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población afectada por el virus. (El estado recién produjo la vacuna en el año 2003 y fue autorizada para su aplicación en el año 2006).

se refieren, sin embargo, a la ampliación de los fines cuando no coinciden con la realización del derecho de prestación afectado. Además, resaltan aquella información que en el examen de idoneidad por exceso queda opacada bajo el manto de la versión débil de fomento. Así surge la doble exigencia de idoneidad que rescata las particularidades que presenta el medio y el fin en el examen de prohibición por omisión, insuficiencia o defecto.

2.3. La intensidad de aplicación de la regla de la idoneidad en el mandato de prohibición por exceso y de prohibición por omisión o insuficiencia: similitudes y diferencias

2.3.1. La intensidad de control

La diversidad en la intensidad del control de la relación empírica de fomento entre medio y fin no modifica la estructura del examen de idoneidad hasta ahora analizado en ambos mandatos. Se trata de la *intensidad con la que se aplicará la regla* en el caso concreto, circunstancia que puede ser decisiva para calcular la probabilidad de su resultado.

La intensidad de la aplicación de la regla puede depender de diversas variables. Una de esas variables se refiere al *tiempo*, es decir, al momento que se tendrá por relevante para proceder a la comprobación de la relación empírica de fomento entre el medio escogido y el fin: *ex ante* (al momento de dictado de la medida), o *ex post* (al momento de examen de la relación de idoneidad por el tribunal). El Tribunal Constitucional Federal Alemán interpreta que el fomento del fin por el medio escogido³⁹ debe ser examinado, en principio, al tiempo de dictado de la medida (el control debe retrotraerse a ese momento). Sin embargo, en el caso de una intervención intensiva o muy intensiva en el derecho fundamental se justifica una evaluación *ex-post*.⁴⁰

La otra variable se refiere a la *corrección*⁴¹ del diagnóstico de la situación

39 Cfr. BVerfGE 16, 147 (181); BVerfGE 39, 210 (230): la medida es inidónea “cuando se agotaron al momento de sanción de la ley todas las posibilidades de conocimiento y (la medida) claramente se podía comprobar como inadecuada para el fin”. V. BVerfGE 30, 250 (213).

40 V. Clérico, L., Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, págs. 46, 110, 288 sgts.; cfr: Lopera Mesa, G., Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, 2005, pág. 44.

41 Hirschberg, L., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen, 1981, pág. 52.

de hecho relevante para la relación de idoneidad supuesto por el legislador y el pronóstico⁴² de su desarrollo y posible modificación. El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que, en principio, la constitución le dispensa al legislador legitimado democráticamente un margen de apreciación bastante extenso para *seleccionar*, los *medios* de las medidas legislativas, los *finés perseguidos* en tanto no estén expresamente prohibidos por la constitución, y para *diagnosticar y pronosticar* sobre la relación empírica de fomento.⁴³

Ahora bien, ese margen de acción y apreciación puede ser, sin embargo, objeto de control. Ese menor o mayor control está dado por la intensidad con la que se aplique la regla de la idoneidad, del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional Federal resuelve la cuestión del alcance del control a través de una “solución diferenciada” y distingue entre un “control de evidencia”, un “control de representatividad o admisibilidad” y un “control material intensificado”. Para la determinación del grado de intensidad del control tiene en cuenta en el caso: la particularidad de la materia que se legisla, la posibilidad de formar un juicio seguro y suficiente sobre la materia legislada, el significado de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la restricción del derecho fundamental afectado.

La aplicación más leve de la regla de la idoneidad responde al examen de evidencia. Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán surge que se ha inclinado, en principio, por el nivel de control de evidencia, que implica un control leve de la relación de fomento entre medio y fin; en la duda, se habla de una presunción a favor de la idoneidad del medio. Además, la carga de la argumentación y de la prueba de la falta de idoneidad queda en cabeza del afectado por la restricción al derecho. Por consiguiente, una medida legislativa va a ser declarada inidónea cuando desde el momento de discusión y sanción de la ley⁴⁴ el medio era ya “inútil objetivamente”⁴⁵ “o deficiente por completo”. En cambio, “en

42 BVerfGE 50, 290 (332); 73, 40 (92).

43 BVerfGE, 81, 156 (193); comparar BVerfGE 53, 135 (145).

44 BVerfGE 16, 147 (181); BVerfGE 39, 210 (230). Cfr. BVerfGE 30, 250 (263), 39, 210 (226); 71, 230 (250); 77, 84 (109); BVerfGE 50, 290 (332 sgts.); 65, 1 (55); 70, 191 (206); 73, 40 (91-94); 76, 220 (240).

45 BVerfGE 16, 147 (181); cfr. BVerfGE 17, 306 (317); BVerfGE 19, 119 (127); BVerfGE 61, 291 (313 sgts.); 65, 116 (126); 70, 1 (26), 71, 206 (215 sgts.); 73, 301 (317).

tanto no se demuestre en forma clara, que (los legisladores) partieron de presupuestos de hecho incorrectos⁴⁶ no se declara la inidoneidad. Implica para el legislador la posibilidad de equivocarse acerca del desarrollo de las circunstancias relevantes para la medida legislativa. El “pronóstico erróneo⁴⁷ de por sí no significa la declaración de inconstitucionalidad.⁴⁸ Esta postura “moderada” aclara –aunque no justifica– los motivos por los cuales muy pocas veces⁴⁹ una medida legislativa fue declarada como “objetivamente inidónea”.

En el examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente se debe distinguir también entre la regla y la intensidad de su aplicación, como se analizó en el examen de prohibición por exceso. En este sentido la reconstrucción arriba ensayada (doble exigencia de idoneidad) admite ser aplicada en el marco de un control (leve) de evidencia, (intermedio) de plausibilidad o un control intensivo de las premisas empíricas que sostienen la relación de fomento. El Tribunal Constitucional Federal, en cambio, ha preferido aplicar, con frecuencia, directamente un examen de mera evidencia.⁵⁰ Por lo menos, así parece surgir de la línea de casos –tales

46 BVerfGE 71, 206 I (215).

47 BVerfGE 25, 1 (12); 30, 250 (263); 30, 292 (317); 39, 210 (226); 73, 40 (91-94); 76, 220 (240); 77, 84 (109); 80, 1 (31); 83, 1 (22). En algunas circunstancias se ha solicitado una corrección “a través de la reiteración”, comparar BVerfGE 49, 89 (130 sgts.); 50, 290 (335); 55, 274 (308); 56, 54 (79); 57, 139 (162); 59, 119 (127); 65, 1 (55); 68, 287 (309); 73, 40 (94); 77, 308 (334); 80, 1 (31); 83, 1 (21 sgts.).

48 BVerfGE 71, 206 (215). BVerfGE 30, 250 (262-264) - “ley de fomento de la estabilidad económica”; BVerfGE 39, 210 (230 sgts.) - “limitación a la molienda”. Aquí se trata del examen de medidas económicas. Sin embargo una tal moderación puede ser observada en la aplicación del examen de la idoneidad en otras materias: BVerfGE 47, 109 (118 sgts.) - “películas pornográficas”; 50, 142 (163) - “obligación de mantenimiento”; BVerfGE 71, 206 (216) - “prohibición de información”; BVerfGE 61, 292 (313 sgts.) - “disecadores de animales”; BVerfGE 65, 116 (127) “obligación de residencia para abogados especializados en patentes”; 73, 301 (317) - “agrimensura”.

49 Por ejemplo, BVerfGE 19, 330 (338 sgts.) - “máquina expendedora de cigarrillos” -; 17, 306 (313) - “acompañantes de conductores” -; BVerfGE 34, 71 (78 sgts.) - “máquinas automáticas de gomas de mascar”; BVerfGE 55, 159 (163) - “cetrería”; BVerfGE 107, 186 (198) - “transporte de medicamentos”.

50 En BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262) - Aborto II - se inclina, sin embargo, por un examen de control intermedio, llamado de plausibilidad o defendibilidad.

como, “*Mülheim-Kärlich*”⁵¹, “*Ruidos molestos provenientes de un aeropuerto*”⁵² y “*Armas Q*”⁵³, entre otros— referida a afectaciones al derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 2 II LF) en su función de dere-

51 BVerfGE 53, 30 (57). Se trata de una acción de amparo contra una parte del procedimiento de autorización de la central nuclear Mülheim-Kärlich construida en la vecindad del domicilio de la actora. El fin perseguido por el estado es “el uso de la energía nuclear con fines pacíficos” para el “abastecimiento de energía”. El Tribunal Constitucional Federal advierte que no examina la conveniencia de la decisión, sino si la reglamentación normativa en que se basa la decisión adoptada, es constitucional y si esa reglamentación se ha aplicado bajo consideración del derecho a la vida y a la integridad corporal (art. 2 II LF) en concordancia con su “protección efectiva”. El medio es la exigencia de una “autorización estatal previa, cuya expedición se encuentra sujeta a presupuestos procesales y a regulaciones materiales y legales”. Según el Tribunal Constitucional Federal la reglamentación normativa debe tener en cuenta el deber de protección estatal y las exigencias procedimentales de modo tal que la autorización dependa de un procedimiento formal en el cual participen entre otras, las autoridades del estado, de los municipios y de los habitantes que se encuentran afectados. Sin embargo, cuando examina el medio atacado se limita a un examen de evidencia: “El derecho fundamental del art. 2.2 LF influye también en la aplicación de las disposiciones en materia de procedimiento administrativo y judicial para el caso de la autorización de centrales nucleares, y cuya principal función consiste en proteger la vida y la salud frente a los peligros que representa el uso de la energía nuclear. Esto no significa que todo error de procedimiento, en un asunto de derecho nuclear, se deba considerar como una violación a los derechos fundamentales. Una violación tal se considera sólo cuando las autoridades encargadas de la autorización no tienen en cuenta las disposiciones procesales que el estado ha expedido en su cumplimiento de su deber de protección de los bienes jurídicos citados en el art. 2 num. 2 LF.”

52 BVerfGE 56, 54 (73). Se trata de una acción de amparo interpuesta por dos vecinos del aeropuerto de *Düsseldorf-Lobhausen*, en tanto los órganos estatales omitieron tomar medidas adecuadas, en el sentido de mejora de las medidas ya implementadas, para prevenir los peligros para la salud que devienen de los ruidos que provienen de ese aeropuerto. El Tribunal Constitucional Federal consideró que el legislador había realizado acciones y cumplido con su obligación de mejoras para la protección del derecho a la integridad corporal de los afectados. Llega a este resultado luego de haber realizado un examen de idoneidad de las medidas adoptadas por el legislador, que los afectados atacaban por insuficientes. Sin embargo, aplica este examen como un mero examen de evidencia: sostiene que, si la omisión estatal proviene de una falta de mejora de la medida, como en el caso, una violación a la obligación de mejora puede ser determinada sólo cuando resulta “evidente” que una reglamentación, que en sus orígenes era conforme a derecho, a causa de cambios en la situación se haya vuelto desde el punto de vista constitucional insostenible y, cuando asimismo el legislador permanezca ante esta nueva situación inactivo o cuando las medidas estatales para mejora sean evidentemente defectuosas. Y, concluye que las medidas estatales de mejora no resultan evidentemente violatorias del derecho a la integridad física de los afectados. Para ello se refiere expresamente a las medidas adoptadas en el caso concreto. Véase, además, BVerfGE 72, 66 - “aero-

cho de protección en relación con el *principio de precaución para la protección del medio ambiente*. Por ello, admite que sólo cuando “... *las medidas estatales sean evidentemente defectuosas*,”⁵⁴ puede decirse que el accionar del estado no es idóneo para promover el derecho fundamental en su función de protección a la salud. En todos los otros casos, queda como idóneo. Esto es criticable desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista estructural, porque confunde estructura de la regla de la idoneidad con intensidad de aplicación. Esto trae como consecuencia un subdesarrollo jurisprudencial de las reglas de la *Untermaßverbot*, que conspira, a su vez, contra la claridad y transparencia argumentativa. Y desde un punto de vista de la intensidad de control, ya que parece inclinarse en buena parte de los casos por el criterio referido a la dificultad para formarse un juicio seguro y suficiente sobre la materia que se discute⁵⁵ para decidirse por un mero control de evidencia, descuidando el criterio de la intensidad de la restricción del derecho, que justificaría aplicar un control intermedio (de plausibilidad) o más intensivo.

puerto de *Salzburg*”. En relación con “ruidos molestos por el tránsito de automóviles”, v. BVerfGE 79, 174 (201).

53 Trata de un amparo sobre el depósito de armas químicas en los destacamentos de las fuerzas de los EE.UU. de Norteamérica estacionadas en el territorio de la República Federal Alemana. El Tribunal Constitucional Federal declara inadmisibile el amparo contra el gobierno federal, en tanto: “el recurrente debe explicar concluyentemente que el poder público, o bien no ha tomado las respectivas medidas o que las medidas y reglamentos adoptados son en forma evidente inadecuados o completamente insuficientes, para alcanzar el fin que se persigue” a los efectos de proteger el derecho fundamental del art. 2 II LF. BVerfGE 77, 170 (215); v., por el contrario, la disidencia del juez Mahrenholz en este caso, quien interpreta que la acción atacada no alcanza para proteger el derecho a la vida y a la salud (fin iusfundamental), BVerfGE 77, 170 (238).

54 BVerfGE 56, 54 (82 ss.).

55 El Tribunal Constitucional Federal entiende que se trata de cuestiones complejas, que aún en algunos casos ni la comunidad científica se puede poner de acuerdo frente a los riesgos que provocan ciertos avances tecnológicos. Así serían posibles diversas soluciones. La decisión es, de acuerdo con el principio democrático, responsabilidad de los representantes elegidos directamente por el pueblo. El Tribunal Constitucional Federal concluye que el control es limitado y procede en tanto bienes jurídicos muy relevantes no hayan sido tenidos en cuenta para la decisión.

2.3.2. Resultados intermedios

En suma, la diferencia entre la regla de la idoneidad y la intensidad de su aplicación, como así también la posibilidad de distinguir tres intensidades de control (leve, medio, intensivo) de la relación de fomento, vale tanto para el mandato de prohibición por exceso como para el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente. Además, la reiterada frecuencia de la aplicación de un control de evidencia para examinar la idoneidad en ambos mandatos, respectivamente, puede hacer a la jurisprudencia constitucional pasible de crítica. Sin embargo, no todo es similitud. Las particularidades arriba establecidas respecto del medio y fin en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia limitan el margen de apreciación respecto de la selección del medio y fin. Si el resultado del examen es que la omisión o la acción insuficiente viola el derecho de prestación positiva, entonces el legislador —o en su caso la administración— debe hacer y sólo puede elegir entre los medios idóneos y suficientes para posibilitar una realización adecuada del derecho de prestación positiva. En algunos casos el margen de apreciación respecto del medio puede llegar a ser insignificante, este es el caso en el que la acción sólo pueda ser realizada a través de un único medio posible.⁵⁶

III. El examen del medio alternativo: reglas y elementos

3.1. El examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos

Una medida estatal puede ser idónea, sin embargo, desproporcionada en sentido amplio por no aprobar el examen del medio alternativo menos lesivo.

⁵⁶ Aquí vale como ejemplo el caso “*Viceconte Mariela c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social*” anteriormente comentado (véase, nota al pie Nro. 38). El estado no sólo debe hacer para proteger el derecho a la salud de los habitantes; sino que para que ese hacer sea adecuado debe producir la vacuna contra el virus “mal de los rastrojos”. No cumple con su obligación de hacer en forma adecuada si, en cambio, otorga un subsidio a cada uno de los habitantes de la región afectada para la compra de la vacuna, que una vez aplicada evita contraer el virus, ya que ésta no se puede adquirir en el mercado, pues ningún laboratorio privado la produce ni tiene interés en hacerlo.

vo. Es decir, la restricción al derecho afectado es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo.⁵⁷ La regla del medio alternativo dice:

(EGGN) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe **en menor medida** los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.

(EGGP) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en **igual o mayor medida** los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.⁵⁸

La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, (a) una relación de medio-fin, aunque más compleja ya que implica (b) más de un medio técnicamente adecuado, sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. La comparación es (c) doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita al derecho). Los medios alegados por el afectado y los otros discutidos, en círculos de especialistas,

57 BVerfGE 19, 330 (337); 25, 1 (17); 30, 292 (316); 33, 171 (187); 40, 371 (383); 45, 297 (335); 63, 88 (115); 65, 116 (127); 67, 157 (176); BVerfGE 68, 155 (171); 68, 193 (219); 68, 272 (282 ss.) 70, 1 (28 ss.); 70, 278 (286), BVerfGE 73, 301 (319); 81, 156 (192); 83, 1 (19); 90, 145 (182).

58 Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, págs. 76, 78, 83, 342.

por los legisladores, en las organizaciones no gubernamentales, entre otros ámbitos, deben ser sometidos a la doble comparación.⁵⁹

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos (Ma) basta con que sean tan adecuados técnicamente (en el mismo grado) como el medio establecido. No se requiere que los alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija*, que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad⁶⁰ y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador⁶¹ (fin principal, fin secundario, fin mediato o lejano, fin último, fin parcial, según el caso).⁶² Como resultado de la aplicación de la regla, puede comprobarse, que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado.⁶³

A su vez, el medio alternativo debe implicar una *menor* restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico. Frecuentemente se presenta la determinación del medio más indulgente como un procedimiento relativamente simple. Esto se debe a que de hecho existen numerosos casos simples, que se identifican en aplicación de la regla del medio alternativo como *candidatos positivos* (es decir, restringen en *menor* medida los derechos funda-

59 BVerfGE 40, 196 (222), v. BVerfGE 25, 1 (18); 30, 292 (316); 77, 84 (109); 80, 137 (160).

60 BVerfGE 21, 150 (157); 25, 1 (18); 30, 292 (316); 40, 196 (222); 68, 193 (219).

61 BVerfGE 30, 292 (319); BVerfGE 80, 137 (160), 81, 70 (92).

62 BVerfGE 30, 290 (319): en el caso, la idoneidad de los medios alternativos se examina respecto del fin principal y secundario. Las alternativas no podían rendir lo mismo que el medio establecido por el legislador respecto de esos dos fines. Sin embargo, no siempre la igual idoneidad se prueba con estrictez. Una disidencia, una ampliación o reducción del fin, debe ser justificable. Esta justificación puede girar en torno a la menor restricción que implica el medio alternativo aunque no rinda exactamente igual que el establecido respecto de la idoneidad. V. Clérico, L., Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, págs. 81, 342.

63 Se debe resaltar, sin embargo, que el primer paso del examen del medio alternativo menos gravoso en el marco del mandato de la prohibición por exceso (*Übermaßverbot*) no trata sobre el mandato del medio más idóneo (das Gebot des geeignetsten Mittels), sino del mandato del medio *igual* de idóneo (das Gebot des gleich geeigneten Mittels), *esto marca una clara diferencia con el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia (Untermaßverbot)*. Este punto se trabaja en el apartado siguiente.

mentales afectados⁶⁴ u otros bienes jurídicos constitucionales) y *candidatos negativos* (o los restringen en *igual* o *mayor* medida).⁶⁵ Sin embargo, la aplicación de la misma regla puede ofrecer un tercer resultado. Si los medios alternativos (igualmente idóneos), restringen en *menor* medida los derechos fundamentales afectados pero en *mayor* medida otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales relevantes para el caso, entonces no ofrece la regla del examen del medio alternativo menos gravoso una decisión; porque el medio establecido no es el menos lesivo en todos los sentidos relevantes. Se trata de *casos dudosos*.⁶⁶

Así la aplicación de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso, demuestra que existen dos tipos de resultados: a) *definitivos* en los casos claros y b) *abiertos o en principio* en los casos dudosos. Esto importa sostener que no siempre después de este examen surge un *medio necesario o alternativo menos lesivo*,⁶⁷ por causa de razones estructurales y epistémicas.

En los casos con resultado abierto la regla del medio alternativo menos lesivo funciona como una suerte de “preestructuración” del examen de proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁸ Así cuánto más amplia sea la diferencia entre el medio escogido y el medio alternativo respecto de la menor lesivi-

64 V., por ejemplo, BVerfGE 53, 135 (136, 143/145, 184 sgts.).

65 V., por ejemplo, BVerfGE 95, 173 (184 sgts.).

66 V., por ejemplo, BVerfGE 72, 302 (310, 328).

67 En contra v. Lerche, P., *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, 1966, pág. 21.

68 El camino de la “preestructuración” en los casos dudosos mantiene abierta la pregunta sobre el carácter más o menos gravoso de los medios y pasa al examen de proporcionalidad en sentido estricto para su “solución”. Los argumentos a favor y en contra de cada uno de los medios se alegarán en el marco de una ponderación; no ya como una comparación de medios, sino para la determinación de la intensidad de la restricción del derecho afectado. Sin embargo, se puede transitar otro camino. Este segundo camino argumentativo propone la complementación de la regla (débil) del examen del medio alternativo menos gravoso en los casos dudosos por medio de otras reglas. Para la aceptación de una regla complementaria puede hablar una serie de argumentos, que comúnmente se alegan a favor del uso de reglas en general.

Este segundo camino fue transitado en varias oportunidades por el Tribunal Constitucional Federal. En un trabajo anterior he reconstruido (y demostrado las debilidades de) las reglas complementarias aplicadas por el tribunal, bajo la siguiente fórmula: cuanto más intensiva resulte la restricción iusfundamental bajo consideración de las circunstancias del caso, tanto más pierden en importancia los argumentos que hablan en favor de la aplicación de las reglas complementarias del medio alternativo menos gravoso, v. Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, 2001, págs. 89-110, 342-344.

dad en cuanto a la restricción de los derechos afectados, tanto más peso pierden los argumentos que hablan a favor del medio escogido y, que en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pretenden justificar la limitación al derecho afectado.

3.2. El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto

Una omisión o una acción estatal atacada de insuficiente o defectuosa (el medio atacado) puede haber quedado como idónea (según el caso en un sentido débil y/o fuerte). Sin embargo, la limitación al derecho de prestación afectado que deviene del medio atacado puede ser injustificadamente *insuficiente o defectuosa*, si pudo haberse evitado a través de la implementación de un medio alternativo más idóneo; es decir, que permita una mayor realización del derecho de prestación.

La regla del medio alternativo cuando se examina una omisión⁶⁹ o una acción insuficiente o defectuosa⁷⁰ *debe ser modificada como así también su nombre*.⁷¹ El primer paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el contexto del mandato de prohibición por exceso (*Übermaßverbot*) se llama subexamen de *igual* idoneidad. Aquí reside otra diferencia entre ambos mandatos. En el mandato de prohibición por omisión (*Untermaßverbot*) el medio alternativo tiene que ser más idóneo que el medio atacado y, por ello, por lo menos, *suficiente* para lograr un fomento eficaz del fin que es la realización del derecho de prestación. El segundo paso queda igual para ambos mandatos y está conformado por el examen de la menor lesividad de los medios alternativos.

69 Respecto a la relación entre omisión (como medio atacado) y afectación al derecho de prestación nos remitimos a lo dicho en el apartado II.2.1 sobre particularidades del medio y del fin y constataciones del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia.

70 Cfr. Borowski, M, Grundrechte als Prinzipien, págs. 147-161, 115, 119, 151, 252, 326; Cremer, W., Freiheitsgrundrechte, Tübingen, 2003, pág. 278; Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, págs. 798-803

71 V. Möstl, M., Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, págs. 1029, 1038; Michael, L., Die drei Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, págs. 148-155 (151).

El examen del medio alternativo debe ser llamado, en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, *examen del medio alternativo más idóneo*, si es que quiere reflejar el contenido de la regla (EGUNTER) que dice:

(EGUNTER) Si hay medios alternativos que pueden fomentar, el derecho fundamental de prestación positiva en (a) mayor medida que el medio atacado y, (b) en forma similar el fin estatal (cuando éste no coincida con la realización del derecho de prestación), entonces la omisión o la acción insuficiente no es proporcional en sentido amplio. Y si se trata de un caso en el que el derecho de prestación colisiona con otros derechos, entonces el medio alternativo debe (c) restringir los derechos colisionantes en igual medida o aun menos que el medio atacado.

(EGUNTER') Si los medios alternativos existentes no pueden fomentar el derecho fundamental de prestación positiva en (a) mayor medida que el medio atacado, aunque (b) fomenten en forma similar el fin estatal (cuando éste no coincida con la realización del derecho de prestación positiva), y (c) aunque, en el caso que el derecho de prestación colisione con otros derechos, el medio alternativo restrinja los derechos colisionantes en igual medida o aun menos que el medio atacado; hay que someter, entonces, el medio atacado al examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Supone también una relación de medio-fin y una comparación del medio establecido con los medios atacados. Este procedimiento implica *dos criterios comparativos*: (a) los medios alternativos se comparan con el medio atacado, la omisión o, en su caso, la acción insuficiente o defectuosa para ver si fomentan el derecho de prestación positiva en abstracto y en general, en concreto y en el caso particular *en mayor medida (criterio comparativo)* que este último.

La existencia de un medio más idóneo comprueba que es posible desde el punto de vista fáctico una mayor y mejor realización del derecho de prestación positiva y que la restricción a este derecho por omisión o acción insuficiente o defectuosa era posible de evitar. Como se ha analizado anteriormente, el fin estatal puede o no coincidir con el fin de realización del derecho de prestación positiva; en esos casos, los medios alternativos tienen que fomentar ese fin en forma similar al medio atacado. Y, en el caso que se trate

de una colisión con otros derechos, (c) los medios alternativos se comparan con la omisión o la acción insuficiente atacada para ver si restringen en igual medida o incluso menos los derechos fundamentales colisionantes (*criterio comparativo*). Esta última comparación coincide con el segundo paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso.

Por último, en caso de colisiones entre dos derechos fundamentales (por un lado, el derecho fundamental en su función de derecho de prestación y, por el otro lado, otro derecho fundamental), y cuando el medio alternativo más idóneo implique, sin embargo, una restricción más intensiva para el otro derecho, ¿tiene algún sentido el examen del medio alternativo suficientemente eficaz? Sí, porque preestructura el examen de la proporcionalidad en sentido estricto. Si bien el medio atacado queda como idóneo y menos lesivo, de la comparación de éste con el medio alternativo más idóneo surge la medida de la restricción al derecho de prestación positiva por la omisión o acción insuficiente atacada⁷² en el caso concreto. Además posibilita determinar, cuáles serían las consecuencias iusfundamentales si continúa la acción omisiva o insuficiente del estado.

3.3. La intensidad de la aplicación de la regla del medio alternativo en el mandato de prohibición por exceso y por omisión o insuficiencia: similitudes

La regla del medio alternativo menos lesivo (EGGP y EGGN) en el mandato de prohibición por exceso y la versión modificada (EGUNTER) en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, respectivamente, pueden distinguirse de su intensidad de aplicación.⁷³ En este punto, el manda-

72 La comprobación empírica del grado de realización o de no-realización de un derecho puede ser graficada en una escala cuyas unidades serían: *nada, algo, medio, mucho, todo*. Sobre la conformación de escalas en el marco del examen del medio alternativo menos lesivo, v. Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, pág. 65.

73 Respecto de las particularidades de los medios y del fin en el mandato de omisión o insuficiencia en su relación con el margen de apreciación del legislador (o, en su caso, la administración) nos remitimos a lo sostenido con relación al examen de idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente. V. puntos II.2 y II.3 de este trabajo.

to de la prohibición por omisión o insuficiencia no difiere del mandato de prohibición por exceso. Además, –y como se analizó en la intensidad de aplicación de la regla de la idoneidad– la intensidad de control depende, del *momento* en el que se examine la menor lesividad –para el caso de la prohibición por exceso– y la mayor idoneidad –para el caso de la prohibición por omisión o insuficiencia– del medio alternativo,⁷⁴ y de la pauta a la que se someta la *corrección* del diagnóstico y pronóstico realizado por el legislador: control de evidencia, de representatividad y control material intenso del contenido.⁷⁵ La primera y segunda intensidad de control suelen ser utilizadas para complementar la regla del examen del medio alternativo frente a casos dudosos.

En materia de medios alternativos, el control de *evidencia* –para determinar si existe un medio tan idóneo como el establecido pero menos gravoso– dice: El medio alternativo menos gravoso debe presentar a primera vista la misma idoneidad para el logro del fin.⁷⁶ Y sólo cuando se pueda comprobar en forma evidente, que está a disposición otro medio menos lesivo, es el medio seleccionado por el legislador desproporcionadamente restrictivo y, por ello, inconstitucional.⁷⁷ Esto implica reconocer un margen de apreciación bastante amplio e, incluso la posibilidad que el legislador se haya equivocado en su diagnóstico respecto de la menor lesividad de los medios alternativos; es decir, respecto de la selección del medio salvo que la menor lesividad surge de datos empíricos incontrovertibles.

La regla de la evidencia es aplicable también para el caso de los medios alternativos más idóneos en el examen del mandato de prohibición por

74 El Tribunal Constitucional Federal declara una medida en principio como más gravosa, si ex ante (i.e. al momento del dictado de la medida) se puede comprobar, que pudo ser elegido un medio alternativo menos gravoso. En esta dirección ver: BVerfGE 16, 147 (181); 18, 315 (332); 25, 1 (12); 30, 250 (263); 38, 61 (88); 39, 210 (226); 69, 1 (53); 72, 9 (23); 76, 220 (241 ss.); 77, 84 (109). Una determinación ex post (es decir, al momento de la decisión judicial) puede ser fundamentada cuando la comprobación de la menor lesividad del medio alternativo es considerablemente menor. Aquí la importancia de evitar una restricción intensiva al derecho justifica evaluar la medida ex post. BVerfGE 21, 261 (270).

75 V. punto de este trabajo.

76 BVerfGE 30, 292 (319). 81, 70; 53, 135.

77 BVerfGE 25, 1 (19 ss.); 30, 292 (319); 37, 1 (21); 39, 210 (230); 40, 196 (222/223); 53, 135 (145).

omisión o insuficiencia. Aquello que tiene que ser manifiestamente incontrovertido es que existían otros medios (en comparación con los atacados, es decir, la omisión o la acción insuficiente o defectuosa) que podían realizar en mayor medida el derecho de prestación positiva afectado.

La regla de la evidencia supone, en casos dudosos, una presunción de proporcionalidad a favor del medio establecido. A favor de la fundamentación de la regla de la evidencia suelen ser esgrimidos argumentos que tienen en cuenta, la complejidad de las circunstancias de la materia sobre la que reposa la medida estatal y es objeto de control;⁷⁸ la legitimidad democrática del legislador, “su mayor capacidad para juzgar adecuadamente estados de cosas complejos”, entre otros.⁷⁹ Estos argumentos deben perder peso cuanto más intensiva sea la restricción al derecho en el caso concreto, lo que justifica un control más intensivo.

El control de la medida estatal se torna un poco más intenso si se trata de la regla complementaria de la *admisibilidad o defendibilidad*.⁸⁰ Así, en los casos dudosos un medio queda como el menos lesivo –en el examen del mandato de prohibición por excesos– o el más idóneo –en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia– si y sólo si la posición del legislador (en su caso, de la administración) es defendible, plausible. Este es el caso, cuando el legislador cumple –en el procedimiento llevado a cabo para la apreciación del material disponible sobre el estado de cosas reglamentado–, con las siguientes exigencias: (i) agotamiento de las fuentes de conocimientos disponibles, (ii) para poder apreciar la medida lo más cuidadosamente posible, y así, poder evitar una violación al derecho constitucional por exceso o insuficiencia, según el caso. Si, entonces, se aplica la regla de la plausibilidad, esto implica, que los argumentos que hablaban a favor de

78 BVerfGE 81, 70 (92). Para esta posición es relevante que la medida estatal era una medida de tipo económica; v. BVerfGE 30, 290 (317); 25, 1 (12, 17). V. sobre la aplicación de esta regla en la práctica constitucional española, Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad, págs. 752-757.

79 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, págs. 495/498; Raabe, M., *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden, 1998. Afonso, Da Silva, L. V., O Proporcional e o Razoável, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): págs. 23-50.

80 BVerfGE 90, 145 (173, 182/183), BVerfGE 94, 115 (144); 77, 84 (110). 50, 205 (213). 57, 139 (160).

la regla de evidencia, pierden importancia frente a los argumentos que hablan a favor de un mayor control. Estos últimos argumentos pueden ser de tipo material, por ejemplo, se refieren a la importancia de los bienes jurídicos en juego, a la intensidad de la restricción de los derechos; o de tipo funcional, cuando se refieren al “mayor nivel de imparcialidad del Tribunal Constitucional Federal, su aptitud justamente para decidir cuestiones de derechos y su menor sometimiento a las presiones del momento”.⁸¹

Por último, el “*control material intensificado*” implica que el tribunal no se siente ligado a la concepción del legislador.⁸² El tribunal prueba por sí, cuál de los medios resulta el menos gravoso independientemente de lo apreciado por el legislador. Esto significa que, si persisten las dudas acerca de la menor o mayor gravosidad del medio elegido, la aplicación de un control material intensificado, obliga a seguir investigando con detenimiento. El Tribunal Constitucional Federal dice en el fallo sobre la incompatibilidad constitucional de la prisión perpetua (Lebenslange-Freiheitsstrafe) en relación con el principio de dignidad humana consagrado en el art. 1 I LF que: en tanto sean de importancia las valoraciones y los juicios de hecho del legislador, el tribunal sólo puede apartarse, en principio, de ellos, cuando éstos sean refutables. Sin embargo, parece arriesgado, que cuando estén en juego restricciones iusfundamentales muy intensas, la falta de claridad en la evaluación de los hechos deba ser una carga para el titular del derecho fundamental.⁸³ Por lo tanto, para determinar si el parecer sobre la idoneidad y menor gravosidad del medio elegido es refutable o no, debe ser comparada la evaluación del legislador con la del tribunal o la de otros órganos. Esto implica un control material más intenso de la premisa sobre los hechos en el examen de medios alternativos.

En suma, las reglas complementarias del medio alternativo –en cualquiera de sus dos versiones; es decir, (EGGP y EGGN) en el mandato de prohibición por exceso y la versión modificada (EGUNTER) en el mandato de prohibición por omisión–, referidas a la mayor o menor intensidad de control de las argumentaciones sobre la relación empírica entre medios

81 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, págs. 495/498.

82 BVerfGE 45, 187 (238, 246, 252).

83 BVerfGE 45, 187 (238, 246, 252).

alternativos y fin, pierden fuerza decisoria en tanto sea más intensa la restricción al derecho. En estos casos, la presunción de proporcionalidad no juega a favor del medio establecido y se requiere una investigación más cuidadosa para determinar si la limitación al derecho afectado –por acción u omisión o acción insuficiente– pudo ser evitada a través de un medio alternativo.

IV. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto: reglas y elementos

4.1 El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso

Un medio idóneo y necesario para el fomento de un fin no debe ser implementado, sin embargo, si los perjuicios para los derechos fundamentales de los afectados que se derivan del medio son mayores que la importancia del fomento del fin, en modo tal que el medio escogido aparece como desproporcionado. Además, para “una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad (soportable) para los destinatarios de la prohibición”.⁸⁴ La regla de la proporcionalidad en sentido estricto dice:

(PP) Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio.

(PP’) Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental)

⁸⁴ BVerfGE 90, 145 (185). Cfr. además BVerfGE 78, 77 (86).

no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.

El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho. Esta relación reconoce una misma estructura formal conformada por dos pilares: la colisión y la ponderación. Sin embargo, no todo es ponderación en el caso concreto. Algunas etapas se mueven en el nivel de la aplicación de reglas sin ponderación. Por ello, se requiere aclarar las etapas de este procedimiento de justificación. Esto ha permitido argumentar, a su vez, que sostener una suerte de “inflación de la ponderación” y que se estaría viviendo en un “estado de ponderación”⁸⁵ resulta una objeción injustificada para un modelo de la proporcionalidad orientado por reglas y que supone como elementos los siguientes: la determinación de la colisión de principios, la consideración de la aplicación de una regla-resultado de la ponderación que soluciona la colisión sin ponderación en el caso concreto, la determinación de la intensidad de la restricción al derecho, la determinación del peso abstracto del derecho afectado, la determinación del peso abstracto del fin de la medida estatal, la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados; la formulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación.

4.2 La colisión y su solución sin ponderación

El primer paso de este examen es la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos normas iusfundamentales o que se refieren a bienes colectivos constitucionales (una de esas normas es la que justifica el fomento del fin, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la implementación del medio), que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias del caso de forma comple-

85 Leisner, W., *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, 1997; Leisner, W., “Abwägung überall” - Gefahr für den Rechtsstaat, *NJW* 1997, págs. 636-639.

ta.⁸⁶ Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es decir, de su restricción), y a la inversa.

El segundo paso se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima-facie para la solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (llamada en este trabajo *regla-resultado de la ponderación*), según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.⁸⁷ La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un caso de la aplicación de precedentes.⁸⁸ La referida aplicación resuelve el caso de colisión sin ponderación.

La vinculación a la regla y, por ende, su aplicación debe poderse justificar a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión iusfundamental, lo cual supone interpretación y examen crítico de la justificación de la *regla-resultado de la ponderación*.⁸⁹ Ahora bien, si el nuevo caso presenta características, que se diferencian con justifi-

86 Bajo un mismo supuesto de hecho ambos principios aspiran a realizarse en la mayor manera posible. Por ejemplo, imaginemos que un político se encuentre en un estado de salud terminal en la sala de cuidados intensivos de una clínica y un medio gráfico logra tomar una foto de esa persona sin su consentimiento ni el de sus familiares. El medio gráfico sobre la base de la libertad de expresión pretende la mayor realización de ese derecho, en este caso, la publicación de la foto a pesar de no contar con el consentimiento. La persona fotografiada y sus familiares pretenden, a su vez, la mayor realización de su derecho a la intimidad, no se niegan a que se informe sobre el estado de salud, pero no de la manera en la que pretende el medio gráfico a través de la publicación de la foto. En este sentido, se puede hablar de una colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

87 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 79-83.

88 Aquí, se utiliza la expresión “precedentes” en el sentido de una vinculación fáctica a la jurisprudencia del tribunal superior; v. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, págs. 504/505; Alexy, R./Dreier, R., *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en: MacCormick, N./Summers, B., (comp.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot, 1997, págs. 17-64.

89 Esta concepción de la vinculación *prima facie* supera a una vinculación meramente atada al pasado y acrítica. Por lo demás, aquí cobra especial importancia la dogmática iusfundamental, pues de ella no sólo se espera un trabajo de mera sistematización de las decisiones iusfundamentales, sino de crítica de su justificación, lo que debería debilitar cualquier intento de petrificación de la red de reglas resultados de la ponderación.

cación de las circunstancias de la (aplicable) regla-resultado de la ponderación, entonces puede apartarse de esta última. Pero puede ocurrir que sean iguales las circunstancias, sin embargo, que la *regla-resultado de la ponderación* sea incorrecta por injustificable. Quien disiente, tiene la carga de la argumentación y debe justificarlo de forma suficiente:⁹⁰ por ello, la vinculación tiene un carácter *prima facie*. Si no existen reglas-resultados de la ponderación aplicables al caso por resolver o las existentes sean incorrectas, entonces se pasa a la aplicación de la ley de la ponderación para examinar la justificación de la solución a la colisión.

4.3 Entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación

El tercer paso está conformado por la aplicación de la “ley de la ponderación”, que dice: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁹¹ Así quien controla una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta: el peso abstracto y concreto de los principios que colisionan; la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado de modo de no exigirle, además, tolerar una restricción insostenible.⁹²

En este sentido aparece la “fórmula del peso”⁹³ como un camino para la determinación del peso concreto de un principio que colisiona con otro. Sin embargo, esta fórmula no otorga pistas acerca de cómo determinar todos aquellos componentes que no dependen de las circunstancias concre-

90 Sobre la carga de la argumentación, Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 507.

91 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, págs. 146, 267, 270 sgts., 316 sgts., 319, 324, 409, 423 sgts., 468 sgts.; cfr. p. ej.: BVerfGE 11, 30 (43), formulaciones similares pueden encontrarse en, BVerfGE 7, 377 (404); 17, 232 (242); 17, 306 (313 sgts.); 20, 150 (159); 23, 50 (56); 26, 259 (264); 30, 227 (243); 30, 336 (351); 32, 1 (34); 33, 171 (187); 35, 202 (226); 36, 47 (59); 40, 196 (227); 41, 251 (264); 41, 378 (395); 70, 297 (307 sgts.); 72, 26 (31).

92 BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92) BVerfGE 90, 145 (173); 48, 396 (402); 83, 1 (19).

93 V. Alexy, R., *Die Abwägung in der Rechtsanwendung*, en: *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität 17* (2001), págs. 69-83; Alexy, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* (Tr. de C. Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Nro. 66, 2002.

tas del caso; es decir, el peso abstracto y la restricción abstracta de los principios. Esta fórmula trabaja con incógnitas que requieren ser despejadas a través del uso de argumentos generales y/o a través de teorías materiales de interpretación constitucional, entre otras.⁹⁴ Sin embargo, estas propuestas nos devuelven a los problemas de la teoría general. Sieckmann, por su parte, propone considerar para la determinación del peso abstracto⁹⁵ de los principios: (i) la justificación a través de la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios,⁹⁶ (iii) la justificación a través de sentencias anteriores.⁹⁷ Estos criterios otor-

94 V. Bernal Pulido, C. The Rationality of Balancing, en ARSP, 2006, vol. 92, págs. 195-208.

95 Sieckmann, J-R., Sobre la fundamentación de juicios ponderativos (Tr. de C. Bernal Pulido), en: El modelo de los principios, Bogotá, 2006, págs. 159-205.

96 La conexión requerida con otro principio y que otorga un peso abstracto alto adquiere sentido en el marco de una determinada práctica constitucional. En estados con democracias constitucionales, dos son, por lo menos, los principios que otorgan un peso abstracto alto a otros con los que se conectan: el principio de protección y respeto de la dignidad humana y el principio democrático. Por ejemplo, la determinación de un peso abstracto “especialmente alto” a la libertad de expresión de una opinión en la arena política se justifica en tanto la “discusión libre es el fundamento propiamente dicho de la sociedad libre y democrática”. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal dijo en el caso-Lüth acerca de la libertad de expresión: “para un ordenamiento estatal libre-democrático es sencillamente constitutivo, pues posibilita primero la disputa intelectual permanente, la lucha de las opiniones, que es su elemento vital”.

97 El peso abstracto se justifica, en tanto como contenido de una decisión que es fruto de una ponderación anterior *en el marco de un procedimiento argumentativo*. El peso no se le atribuye por la mera autoridad de quien toma la decisión, sino por las características del procedimiento. Esta distinción debe ser tenida en cuenta como un argumento para la imputación de un peso abstracto distinto; según la legitimidad discursiva del resultado de la solución. En el caso “*prohibición de información*” se dijo que, cabe reconocer a la protección del art. 5 I LF de la libertad de expresión de una opinión, de prensa y de radiotelefonía un rango “alto”. “*El Tribunal Federal Constitucional ha enfatizado esto desde siempre*” [BVerfGE 71, 206 (215, 218) con cita de BVerfGE 7, 198 (208); 10, 118 (121); 35, 202 (221 spts.)]. Más allá de la conexión de estos derechos con el principio democrático (lo que implicaría la aplicación de la regla de la determinación del peso abstracto anterior), el tribunal remarca su peso abstracto alto en tanto esto fue atribuido por una jurisprudencia constante, cuya corrección no ha sido aún refutada con éxito. En este sentido, y cuando se refiere a decisiones judiciales, no se trata de la mera cita de precedentes. No se trata de la legitimación de la ponderación actual a través de una “cita en cadena” de jurisprudencia anterior. El valor de la cita depende de que ésta permita al tribunal una discusión, en términos de comparación y justificación, con su jurisprudencia anterior. Así, se explicitó arriba la importancia de la aplicación de reglas-resultados de la ponderación para la solución de una colisión concreta. Acerca de las prác-

gan algunas indicaciones para despejar las incógnitas sobre el peso abstracto de los principios. Sin embargo son aún muy generales y requieren *ser complementados y precisados* a través de la reconstrucción crítica de una red de “mandatos de consideración”. En el marco de prácticas constitucionales estables los derechos fundamentales fueron aplicados en un sinnúmero de casos, existen fuertes disputas en la dogmática, en el parlamento y en la ciudadanía acerca de su contenido. Estas disputas se ven reflejadas, en buena medida, en los casos que llegan a decisión de los tribunales superiores. Por eso se requiere una reconstrucción *crítica* de la dogmática de los derechos fundamentales que identifique los puntos de vistas que fueron considerados para determinar la intensidad a la restricción del derecho y su peso. Esto permitiría, además, en un nivel de aplicación no tan abstracto poner a prueba la fórmula del peso.

Así, por ejemplo, una reconstrucción crítica de la dogmática y la jurisprudencia de la libertad artística arroja una red de “mandatos de consideración” para la determinación de su peso (alto) e intensidad de restricción.⁹⁸

ticas de los tribunales en el sentido de la cita por la cita misma y bajo la pretensión de una especie de legitimidad jurídica “sin razones”, véase, Holzleithner, E/Mayer-Schönberg, V., Das Zitat als grundloser Grund rechtlicher Legitimität, en Feldner/Forgó (comp.), Norm und Entscheidung, Prolegomena zu einer Theorie des Falls, Wien/New York, 2000, págs. 317-351 (338). Si se trata de una decisión parlamentaria debe ser además tenido en cuenta el valor deliberativo de la democracia en la discusión concreta del tema objeto de la ponderación. V. Clérico, L., Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, págs. 182, 299-305, 346.

98 Quien controla si las razones que se dan para justificar una restricción aprueba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe considerar si se tuvo en cuenta respecto de la intensidad de la restricción que: (IB) Cuando el titular del derecho a la libertad artística es condenado en sede penal a causa de una expresión artística, entonces, se trata, en principio, de una intensiva restricción a la libertad artística. (IB') Una decisión (civil) referida a una expresión artística puede causar una intensiva restricción. Si este es el caso, depende de las consecuencias que la restricción tenga para el afectado, y las consecuencias generales, que puede provocar para el ejercicio de la libertad artística en el futuro; es decir, cuando puede amedrentar “en casos futuros la disponibilidad... a hacer uso del derecho afectado”, BVerfGE 43, 130 (135 sgts.); 67, 213 (222); 75, 369 (376); 77, 240 (250 sgts.). Además, cuanto más cerca impacte la limitación a la libertad artística en el ámbito de creación de la obra, tanto más intensiva resulta la restricción a ese derecho y tanto menos deben ser permitidas las “restricciones estatales”. La estructura de esta presunción se explica a través de una interpretación progresiva de la ley de la ponderación. Además, una restricción en la esfera de la difusión artística puede adquirir mayor intensidad de acuerdo con el tipo de género de la obra de arte. Sin perjuicio de lo cual, para la determinación de la intensidad de la restricción a la

Además, la libertad artística suele colisionar con el derecho a la personalidad. Aquí también se siente la importancia del peso abstracto de esta libertad en tanto que:

(BEKPN) Si se trata de determinar la restricción del derecho general a la personalidad, entonces, ésta no puede ser interpretada como importante, cuando la expresión artística, que ocasiona la restricción, (a) no ha sido interpretada en el marco de la visión total (de la obra) o, (b) cuando de las varias posibilidades de interpretación, sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles (penalmente).⁹⁹

La consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto pretende determinar el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad artística no basta con una restricción leve o con la mera posibilidad de una restricción de peso del derecho de la personalidad para justificar una restricción intensiva a la libertad de arte. En estos casos, la libertad de arte tiene una prioridad condicionada *prima facie* frente al derecho de la personalidad (en el sentido de protección del honor).

La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión se ve relativizada por la pretensión de la consideración de las circunstancias especiales del caso, que hablan del peso concreto, de la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes,¹⁰⁰ del carácter (in)soportable de la restric-

libertad de arte se consideran tanto en las que caen en la “esfera de la obra” como en la “esfera de la acción”: las circunstancias del caso, el grado de efectos externos y la fuerza de la conexión con el arte. Por lo demás, puntos de vista, como el “reconocimiento, que la obra encuentra en el público” y la “repercusión y la apreciación, que encuentra en la crítica y la ciencia” se aplican, sin embargo y sólo, con precaución.

99 La regla (BEKPN) contiene un mandato de consideración negativo, “está prohibido aislar partes singulares de la obra de arte de su contexto e investigarlas por separadas (para determinar), si deben ser juzgadas como delitos”, aplicado en el caso “*anachronistischer Zug ‘80*”, BVerfGE 67, 213 (229).

100 El grado de realización de un principio responde a una formulación positiva. En cambio, el grado de restricción es el grado de no-realización de un principio; es decir, lo que no se puede seguir

ción al derecho para el afectado,¹⁰¹ de la urgencia que requiere la satisfacción del derecho,¹⁰² de la duración de la restricción al derecho,¹⁰³ de la posibilidad de poder haberse evitado la restricción al derecho a través de un medio alternativo,¹⁰⁴ del grado de intensidad con la que se controla la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente¹⁰⁵ o por

realizando a causa de la restricción que le produce la realización del principio que colisiona. Así, el grado de restricción formula la relación entre la restricción (de la no-realización) de un principio y su posible realización total. Entre estos dos extremos, se puede hablar de restricciones más o menos leves, medias o altas.

101 En la caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable” (*Unzumutbarkeit*) en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto aparecen cinco elementos: (i) la exigencia de alguien (el estado) al afectado (ii) de algo (el cumplimiento de una obligación o la aceptación de una situación, que se ocasiona a través de una acción o una omisión estatal), (iii) la interpretación de la exigencia como insoportable de acuerdo con la intensidad con la que impacta la exigencia en la centralidad del plan de vida del afectado, (iv) la puesta a prueba de esta interpretación a través de una “perspectiva argumentativa” y la (v) imposibilidad de justificación de esta exigencia como resultado de una ponderación en concreto. La reconstrucción del examen de prohibición de exigencia de lo insoportable implica la siguiente regla: (Zu) Cuanto más vejado (importunado, cargado) se sienta el afectado de acuerdo con sus intereses, necesidades y/o su concepción de plan de vida, por la intensidad de la restricción a su derecho fundamental y esta intensidad pueda ser reconocida desde una perspectiva argumentativa (reconstruida críticamente), tanto más debe aumentar la fuerza de las razones que pretenden justificar en el caso concreto una tal restricción iusfundamental. Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, págs. 228, 246, 347.

102 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 466, Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, págs. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314; Arango, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, págs. 226, 227, 238, 239.

103 Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad*, pág. 776, aunque aquí sólo se toma la regla propuesta por el autor en relación con la determinación de la intensidad de la restricción; es decir: “Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al derecho fundamental en la ponderación.”

104 V. punto III.1, último párrafo de este trabajo.

105 La regla de la proporcionalidad en sentido estricto también admite tres grados distintos de intensidad de aplicación: de evidencia, de plausibilidad e intensivo. Lo que se controla aquí con menor o mayor intensidad es la valoración realizada por el legislador legitimado democráticamente respecto de la importancia del logro del fin, la intensidad de restricción de los derechos de los afectados. En este sentido hay que considerar el valor deliberativo de la democracia en general, pero así también la medida en que ese valor se vio reflejado en el discurso parlamentario real en el que se debatió (en el plenario, en las comisiones, etc.) la cuestión objeto de la ponderación que se controla.

el tribunal preopinante. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de “instancia falibilística irrenunciable”.¹⁰⁶

En esta etapa se considera si, por ejemplo, se está en presencia de un peso concreto muy importante del derecho de la personalidad del afectado por una expresión artística para dar por justificada una restricción intensiva a la libertad de arte. Sólo razones de mucho peso podrían revertir la prioridad condicionada *prima facie* que habla a favor de la libertad de arte y frente al derecho de la personalidad.¹⁰⁷ Así en esta etapa se trata de deter-

106 Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995, pág. 69.

107 ¿Cuándo se da una restricción de importancia del derecho de la personalidad que guarde proporción con la intensidad de la restricción a la libertad de arte? El Tribunal Constitucional Federal interpreta que la protección del honor adquiriría tanta mayor fuerza e importancia, cuanto más se relacione el derecho de la personalidad de forma relevante con otros principios y, en especial, con el de la dignidad humana (art. 11 LF). Así, en el caso “*Karikatur*” sostiene que: “(empero) en cuanto el derecho de la personalidad general, sea resultado directo de la dignidad humana, actúa como límite absoluto sin la posibilidad de una compensación de bienes” [BVerfGE 75, 369 (380)]. El caso “*Karikatur*” trata sobre la siguiente pregunta: ¿es una condena penal por la publicación de varias caricaturas referidas al entonces ministro-presidente del estado federado de *Baviera* que lo representaban como a un “cerdo en estado de copulación activa” y al poder judicial como receptor de esos actos una limitación excesiva a la libertad artística? La decisión judicial penal condenatoria fue interpretada por el Tribunal Constitucional Federal como una restricción intensiva a la libertad artística. Sin embargo, cuando controla el resultado y la justificación de la ponderación realizada, entre la intensidad de la restricción al derecho de la personalidad y las razones justificatorias provenientes de la realización de la libertad de arte, por el Tribunal Superior (Hanseático de Hamburgo) que entendió previamente en la causa, confirma la prioridad condicionada de la protección del honor por sobre la libertad de arte. El tribunal preopinante consideró que las exageraciones son una característica estructural de la caricatura, que Strauß era una persona con vida pública y, por eso, más expuesto como un blanco para la crítica pública, también en forma de crítica satírica. Sin embargo, interpretó que esas representaciones artísticas sobrepasaron el límite de lo “soportable”, pues perseguían “*un ataque notorio a la dignidad personal del caricaturizado*” e *intentaban mostrar al espectador, al lector, que el caricaturizado poseía “declarada, típica, pronunciada naturaleza animal”* y que se comportaba como tal. Y, además, que *esa representación de un comportamiento sexual, que debe ser atribuido al núcleo de su vida íntima, despoja al caricaturizado como humano*. El control de la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional Federal debe ser criticada, justamente por no haber tenido en cuenta las *varias posibilidades de interpretación* de la expresión artística. De acuerdo con la aplicación de la regla (BEKPN) que surge de lo resuelto en el caso “*anachronistischer Zug*”, se da una violación de la libertad de arte –art. 5 III LF–, cuando de las varias posibilidades de interpretación de la obra,

minar, en términos simples, si los argumentos que hablan a favor del fin estatal o del derecho fundamental colisionante son más pesados que los que hablan a favor de una mayor realización del derecho limitado. Por ello, una restricción muy intensiva a la libertad artística no puede ser justificada a través de una importancia leve de realización del derecho al honor de un político. En esta etapa es aplicable la fórmula del peso.¹⁰⁸

La ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios, de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Para cumplir con este último mandato basta con que la preponderancia sea suficiente,¹⁰⁹ es decir, que las razones que hablan a favor de una mayor rea-

sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles (penalmente). No se encuentra en parte alguna de la sentencia en el caso “*Karikatur*” una consideración de la referida regla. Si la hubiera aplicado, habría tenido que concluir que las caricaturas admiten varias interpretaciones; aun más, que para muchos lectores las caricaturas bajo cuestión no trataban de ridiculizar la vida íntima del caricaturizado, ni de poner de relieve “*su declarada naturaleza animal*”. Por el contrario, la intención del artista era problematizar las relaciones entre la justicia y el entonces candidato a cancelar. Por lo menos, el Tribunal Federal Constitucional debió haberse podido imaginar unas tales interpretaciones, si es que tenía intención de aplicar los criterios que el mismo construyó referidos a la interpretación de las expresiones artísticas y de acuerdo con el peso abstracto alto que le atribuyó a la protección de la libertad artística en otras sentencias.

108 Alexy ha propuesto la “fórmula del peso” (*Gewichtsformel*), en la que reconstruye la manera para encontrar el peso concreto de un principio que colisiona con otro en el marco de una ponderación. Según esta fórmula, el peso concreto de un principio (x) en relación con el principio colisionante (y) en una ponderación que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias del caso C, depende de la importancia del principio (x) en las circunstancias C, multiplicada por el peso abstracto del principio (x) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con la afectación de este principio pueda determinarse. Todo esto se divide por la importancia concreta del principio colisionante (y) bajo las circunstancias del caso concreto, multiplicada por el peso abstracto del principio (y) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con la afectación de este principio (y) pueda determinarse. Según Alexy, a estas variables se les puede atribuir un valor, que no es ajeno al vocabulario que utiliza, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal cuando determina la intensidad de no-satisfacción de un derecho fundamental: leve, media e intensa. V Alexy, R., *Die Abwägung in der Rechtsanwendung*, págs. 69-83 (76 sgs.). Para un análisis detallado de la fórmula del peso, v. Bernal Pulido, C. *The Rationality of Balancing*, en ARSP, 2006, vol. 92, págs. 195-208.

109 En este último caso, no se examina si existen otras soluciones posibles que puedan resultar *mejor justificadas* en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, si los que colisionan son directamente dos derechos fundamentales que están protegidos en forma especial en la

lización del derecho restringido logren pesar más en concreto que las razones que hablan en contra de la restricción del derecho y a favor del fin estatal, para concluir que la restricción al derecho es desproporcionada en sentido amplio. El resultado de una ponderación expresa una preferencia condicionada a favor de uno de los principios colisionantes. Este resultado debe ser reformulado en una regla -resultado de la ponderación.¹¹⁰

Quien pondera en el marco del derecho constitucional, debe ser consciente, que el resultado de la ponderación es más que un mero resultado. Desde el punto de vista de los destinatarios (directos y potenciales) de ese resultado, quien pondera debe elevar la pretensión de que ante casos iguales o similares, el resultado de esa ponderación es *prima facie* vinculante

constitución, entonces no basta para dar por justificada la relación entre restricciones a los derechos con la mera preponderancia de unas razones sobre otras. La relación de rango o prioridad debe ser una relación equilibrada, es decir, debe tratarse de que ambos principios logren algún grado de realización, no podrían seleccionarse aquellas relaciones de prioridad justificadas en las que un principio logra un muy alto nivel de realización y el colisionante ninguno. Así, cuando se trata de una colisión entre derechos fundamentales de acuerdo con la exigencia de la concordancia práctica se debe seleccionar aquella relación de prioridad condicionada que tiendan a un equilibrio en el sentido que ninguno de los dos principios colisionantes deje al otro sin contenido, es decir, sin posibilidades de realización jurídica alguna. En este sentido, exige el Tribunal Constitucional Federal para la solución o control de una colisión entre derechos fundamentales especialmente protegidos: “Este conflicto entre diversos titulares de un derecho fundamental protegido sin reserva como así también con otros bienes protegidos constitucionalmente debe ser solucionado a través del principio de la concordancia práctica, que exige, que ninguna de las posiciones jurídicas en conflicto sea priorizada o maximizada, sino que todas logren el equilibrio posiblemente más cuidado”. [BVerfGE 93, 1 (21, 24, 32), cfr. BVerfGE 28, 243 (260 ss.); 41, 29 (51, 59); 52, 223 (247, 251)]. El caso sobre “*interrupción del embarazo II*” presenta una colisión de derechos, entre, el derecho a la vida, en su función de protección, del nasciturus –que no es una obligación “absoluta”, de forma tal que ésta goce de una primacía sin excepciones frente a otros bienes jurídicos– y, por el otro lado, la consideración y protección de la dignidad humana de la mujer embarazada, su derecho a la inviolabilidad de la vida e integridad física (art. 2 II 2 LF), y su derecho al desarrollo de la personalidad (art. 2 I 1 LF). Por ejemplo, según surge de la sentencia, el modelo del asesoramiento sería –entre todas las posibles relaciones de justificaciones– una solución que deja a los dos derechos colisionantes con contenido. Es decir, el derecho de protección del feto exige que la madre se someta a un asesoramiento, antes de tomar la decisión de interrumpir o no el embarazo - quien tiene el derecho de tomar la decisión es la madre. El modelo de asesoramiento para la primera fase del embarazo no está constitucionalmente prohibido, BVerfGE 88, 203.

110 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 79-83.

para la resolución de ese nuevo caso. Por último, el modelo de la ponderación orientado por reglas explicita la vinculación de quien realiza una ponderación, a reglas y, en este sentido, limita su discrecionalidad. En tanto sería incoherente si no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares, el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente.

4.4. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia

Como en el mandato de la prohibición por exceso, en este examen (*Untermaßverbot*) se pregunta por la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y los argumentos que hablan a favor del peso y la importancia del derecho o bien jurídico colectivo colisionante. Más precisamente si la falta de realización del derecho de prestación es más importante que el peso de los principios colisionantes. En este sentido, *no es necesario realizar modificaciones sustanciales a los elementos de este examen*. La regla de la proporcionalidad en sentido estricto dice:

(PROPUNTER) Cuando la omisión o la acción insuficiente (atacada) es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos más idóneos y suficientemente eficaces, pero la falta de realización del derecho de prestación positiva no puede ser justificada a la luz del peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces, es la omisión o acción insuficiente desproporcionada en sentido amplio.

(PROPUNTER') Cuando la omisión o la acción insuficiente (atacada) es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos más idóneos y suficientemente eficaces y la falta de realización del derecho de prestación positiva puede ser justificada a la luz del peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces, es la omisión o acción insuficiente proporcionada en sentido amplio.

Los elementos y pasos del examen de proporcionalidad en sentido estricto son los mismos que en el mandato de prohibición por exceso,¹¹¹ entre otros, el grado o intensidad de la no-realización (restricción) del derecho de prestación positiva, a) el peso y la importancia de la realización del principio colisionante y c) la relación entre ambos dirigida por la aplicación de la ley de la ponderación, que en este examen dice: cuanto más baja sea la no satisfacción de un derecho de prestación (positiva), tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.¹¹²

Como en el mandato de prohibición por exceso, es necesario determinar la intensidad de restricción al derecho,¹¹³ en este caso, en su función de prestación positiva causada por la omisión o la acción insuficiente. Para ello, hay que considerar cómo impacta la no-realización del derecho de prestación positiva en el plan de vida de los afectados y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables. Asimismo, juega un papel importante determinar si el afectado pertenece a un grupo desaventajado de personas que sistemáticamente ha sido discriminado y las consecuencias nocivas persisten en la actualidad. Por último, hay que considerar los resultados en concreto del examen de idoneidad y del medio alternativo más idóneo —como se explicó en los apartados anteriores de este trabajo— y guiados por la siguiente regla que dice: tanto más insignificante sea el fomento del fin por el medio atacado —y tanto más pueda ser promovida una mayor realización del derecho de prestación positiva a través de medios alternativos más idóneos—, tanto más difícil podrá ser justificada la limitación del derecho fundamental afectado por omisión o acción insuficiente a través de la importancia de la realización del fin estatal, de los otros derechos y o bienes jurídicos colisionantes en el caso concreto.¹¹⁴ Así, si surge que la limitación al derecho de prestación positiva es muy intensiva, hiper-intensiva o extrema, la “fuerza de las contrarrazones (debe crecer) de forma *más que proporcional*”.¹¹⁵ Esto deviene de una interpretación *progresiva*¹¹⁶ de la ley de la ponderación, que dice:

111 V, puntos IV.1.1 a IV.1.3 de este trabajo.

112 BVerfGE 88, 203 (270).

113 Sobre otros criterios referidos a la intensidad de la restricción, v. punto IV.1.3 de este trabajo.

114 V, puntos II. 2.2 y III. 2 último párrafo de este trabajo.

115 Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pág. 271 – resaltado por LC.

116 Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, págs. 168, 236, 345.

(PROGABW) Cuanto más se interfiere en la realización de un derecho en su función de prestación positiva, dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma “más que proporcional” (“sobreproporcional”), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada.

Esta fórmula es de suma importancia, si se tiene en cuenta las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente (*Untermaßverbot*) en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social, en el que buena parte de la población no puede ver satisfechos en un mínimo sus derechos de prestación positiva y su autonomía considerada también como libertad fáctica.¹¹⁷ Así la aplicación de la regla (PROGABW) en contextos de exclusión social, donde las omisiones o acciones estatales insuficientes afectan el mínimo existencial iusfundamental,¹¹⁸ requiere una precisión de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, que dice:

(PPVU) Cuando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación positiva por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.

Esta regla implica: (a) una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente; (b) la carga de la argumentación en cabeza de aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción

117 BVerfGE 33, 303 (332): “el derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto fáctico de poder ejercerla” (331).

118 Por ejemplo, en relación con el contenido básico del derecho a la alimentación, determinó, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que el estado que se declare incapaz de cumplir con esta obligación mínima tiene la carga de la prueba y de la argumentación, así: tiene la obligación de probar la veracidad de sus dichos y que tampoco le fue posible lograr el apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios. Véase, Comité DESC, Observación General 12, párr. 17.

insuficiente, por lo general, el estado;¹¹⁹ (c) una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad de la omisión o acción insuficiente sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes;¹²⁰ (d) una regla epistémica, que

119 El caso “*Lifschitz*” resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina en el año 2004 puede ser reconstruido en este sentido. La Corte ordenó al estado nacional a otorgar un subsidio que permita solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado cuyos padres no cuentan con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La madre del niño ataca la acción estatal por insuficiente ya que restringe en forma extrema el derecho a la educación de su hijo: no había vacantes suficientes en los establecimientos públicos de educación especial y el sistema de transporte público no satisfacía la necesidad de traslado porque dejaba a su hijo lejos del colegio. La Corte sostuvo que estaba probado que los padres no gozaban de una buena situación económica, que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que *el Estado debía otorgar el subsidio hasta tanto demostrara* que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que habían vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. V. otros casos recientes de la Corte Suprema Argentina que pueden ser reconstruidos en este sentido, en: La Corte y los derechos, ADC/Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, capítulo Derechos Económicos, Sociales y Culturales, págs. 332 sgs.

120 Esta exigencia no se cumple si el estado alega, por ejemplo, la importancia de la realización de un fin legítimo. Tampoco cuando utiliza como defensa el argumento de la mera “escasez de recursos”. De acuerdo con la Observación General Nro. 3 párrafo 10 del Comité de DESC, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, no basta con que simplemente lo alegue, debe demostrar en concreto que ha agotado todos los medios disponibles “para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.” Esta exigencia implica someter las razones justificatorias a una pauta de control bien estricta y agravada en el caso concreto. No es muy probable que, por ejemplo, un estado pueda demostrar que para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños ha agotado todos los recursos disponibles, ya que como advierte el Comité en la OG Nro. 12, el problema no es la falta de alimentos sino “la falta de acceso a los alimentos disponibles” (párr. 5). El argumento de la escasez de recursos sería aún menos alegable cuando el estado cuenta además con un superávit fiscal: “el argumento del cuidado y la extrema prudencia presupuestaria es siempre un mal argumento cuando lo que se tiene enfrente son obligaciones de rango constitucional. Sin embargo, en situaciones de superávit fiscal el argumento en cuestión no sólo es malo sino además insostenible”, en relación con el acceso a una vivienda digna, v. Gargarella, R., Una esperanza menos. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, en: Jurisprudencia Argentina 2006-IV-1317.

dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la omisión o la acción estatal insuficiente como no-proporcional.

Así, al finalizar el examen del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia surge si la omisión o acción atacada por insuficiente o defectuosa está justificada o no. Si no fuere el caso, entonces el examen arroja como resultado la inconstitucionalidad de la omisión o de la acción insuficiente o defectuosa. En cuanto al contenido de la parte resolutive de la sentencia, esta puede ser más o menos indicativa. Esta escala va desde la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión o acción atacada y la determinación de la obligación de hacer para posibilitar el ejercicio del derecho, pasando por una solución intermedia en la que si bien no se ordena el contenido de la acción que debe realizar el estado se le indica los requisitos que debe cumplir la selección de los medios adecuados, hasta llegar a una solución en la que no sólo se determina la obligación de hacer sino también se ordena la implementación del único medio que será adecuado para la solución del caso.¹²¹

V. Conclusiones

Las diferencias entre ambos mandatos radican en las características de los elementos del examen de proporcionalidad en sentido amplio: medio y fin, y en la perspectiva desde la que se inicia cada uno de los respectivos exámenes. Estas características influyen en el contenido de las reglas de la idoneidad y del medio alternativo y, por ello, requieren ser modificadas en el marco del examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente. En cuanto al examen de proporcionalidad en sentido estricto gana en importancia una interpretación progresiva de la ley de ponderación teniendo en cuenta las proyecciones del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia en contextos de exclusión social. La regla de la propor-

¹²¹ Sobre una clasificación de los contenidos de las sentencias cuando se trata de ordenar obligaciones de hacer del estado, v. Abramovich, V., Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, en: *Jurisprudencia Argentina 2006II*, págs. 14-26 (15) y Bergallo, P., Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público, en: *Jurisprudencia Argentina 2006II*, págs. 3-14.

cionalidad en sentido estricto es similar para el mandato de prohibición por exceso que para el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Las diferencias no se dan en la estructura de la regla sino en el contexto de aplicación.

Además, el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia permite distinguir también las reglas de la idoneidad, del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto de su intensidad de aplicación. La intensidad de aplicación debería depender de las relaciones de poder entre parlamento, administración y tribunales constitucionales, la posibilidad de participación real de los ciudadanos (por lo menos, de los afectados) en las instancias de deliberación colectiva y judicial, la intensidad de restricción de los derechos, la existencia de fuertes desigualdades fácticas que imposibilitan el ejercicio de los derechos de prestaciones a personas pertenecientes a grupos desaventajados o vulnerables, entre otros.

El juego de estas variables tiene que atender las características de cada una de las prácticas constitucionales.¹²² Por ello entiendo que lo que es proyectable, a las prácticas constitucionales latinoamericanas, es la estructura y reglas del examen del mandato de prohibición por exceso y del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia.¹²³ No así la intensidad más o menos leve de control con la que se pudo haber aplicado cada una de sus reglas. Así en prácticas constitucionales caracterizadas por restricciones muy intensivas a los derechos fundamentales, a la alimentación, a la educación, a la salud, el grado de control de la omisión o acción estatal insuficiente debe responder a un control de contenido intenso. En estos casos se debe

122 V. sobre la necesidad de atender al contexto social e institucional en el que el poder judicial interviene en América Latina, Abramovich, V., Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, en: *Jurisprudencia Argentina 2006II*, págs. 14-26 (15).

123 Lo sostenido en este trabajo respecto de la *Untermassverbot* tuvo como trasfondo el interés por ganar nuevas herramientas en el examen de proporcionalidad en sentido amplio y con miras a su aplicación para la protección de los derechos sociales en su función de derechos de prestaciones positivas. No me detuve en problemas que pueden devenir cuando se aplica el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente para poner a prueba normas de derecho penal. Esto requiere de estudios particulares sobre el tema y, en especial, teniendo en cuenta que puede ser utilizado estratégicamente para aumentar el poder punitivo del estado en desmedro de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. V. Lopera Mesa, G., *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, 2005.

presumir, además, la desproporcionalidad en sentido amplio de la omisión o acción insuficiente atacada.

Por último, y en relación con el mandato de prohibición por exceso y el de prohibición por omisión o insuficiencia, puede decirse que el examen de proporcionalidad en sentido amplio ofrece, tres tipos de razones robustas (idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto) para justificar cuando una restricción a un derecho por acción u omisión o insuficiencia es inconstitucional. Sin embargo, ¿por qué la argumentación de los tribunales constitucionales y/o cortes superiores debe ser convincente en este sentido? La respuesta se refiere, indudablemente, a la legitimidad de las sentencias en el contexto de una democracia constitucional y a la posibilidad de que ese dar razones exceda lo meramente jurídico y contribuya a la discusión pública.¹²⁴

124 V. Alexy, R., Grundgesetz und Diskurstheorie, en: Brugger, W. (comp.), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, Baden Baden, págs. 343/360 (Trd. de D. Oliver Lalana: Alexy, R., Ley Fundamental y teoría del discurso, en: Las razones de la producción del derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, págs. 19-38): “Cuando un tribunal constitucional esgrime sus argumentos iusfundamentales o demás argumentos jurídico-constitucionales ... pretende también, *positivamente*, que si los ciudadanos entraran a tomar parte en un discurso jurídico-constitucional racional, también ellos aprobarían los argumentos del tribunal... Ahora bien, cuando no tiene nada que ver con la realidad, esa pretensión denota un puro paternalismo. Si, por el contrario, encuentra en el espacio público y en las instituciones políticas una repercusión que conduzca a discursos de los que resulten convicciones bien meditadas, entonces puede hablarse, siempre que dicho proceso de reflexión entre el espacio público, el legislador y el tribunal constitucional se estabiliza duraderamente, de una lograda institucionalización de la racionalidad discursiva en el estado constitucional democrático.”

La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad¹

Ignacio Villaverde
Universidad de Oviedo (España)

Sumario

I. ¿Existen los conflictos entre derechos fundamentales? ¿Ponderación de bienes o delimitación de los derechos? II. El principio de proporcionalidad. III. Legislador y proporcionalidad. IV. Bibliografía

I. ¿Existen los conflictos entre derechos fundamentales? ¿Ponderación de bienes o delimitación de los derechos?

En rigor habría que decir que los conflictos, si existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, sí se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa ya que hace pensar en una *colisión entre derechos* cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se pueda hablar de conflictos o

1 Este trabajo es una extracto del Capítulo correspondiente a “los límites de los Derechos Fundamentales” del libro colectivo de BASTIDA y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses.

Es cierto que las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental en ocasiones sólo pueden hacerse realidad (ejercicio del derecho fundamental) a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infraconstitucional. Insultar a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de la libertad de expresión, pero la protección del insulto es a costa del honor del insultado. Este hecho provoca la, a nuestro juicio, falsa apariencia de que hay un conflicto entre el derecho fundamental y los derechos, bienes o intereses que cobijan aquellas otras normas constitucionales o infraconstitucionales. Un conflicto que, piensan algunos, sólo puede resolverse *ponderando* los derechos, bienes o intereses en presencia. Siguiendo con el ejemplo anterior, ¿debe protegerse la libertad de expresión sacrificando el derecho al honor o viceversa?

Las técnicas de resolución de estos conflictos (ponderación, concordancia práctica, razonabilidad, cláusula de comunidad, proporcionalidad) pueden reconducirse fácilmente a dos: la ponderación de bienes o la delimitación de los derechos en presencia. La técnica de la *ponderación de bienes* considera que tales conflictos existen y que el aludido solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando que valor o interés último persiguen y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante (no es lo mismo insultar a un desconocido en el contexto de una riña de tráfico, que a un político en un acto electoral o a un personaje famoso en una revista de cotilleos). La que aquí denominados *delimitación de los derechos*, antes al contrario, mantiene que en rigor no hay conflicto entre derechos, sino con sus límites, en el sentido de que en el caso concreto debe confrontarse cada derecho fundamental en presencia con sus límites constitucionales y solventar así su supuesta colisión. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección.

El TC ha empleado durante sus primeros años el método de la ponderación de bienes para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros derechos, bienes e intereses, y muy en particular en el caso de los ligados a la comunicación pública garantizados en el art. 20 CE y los derechos al honor, intimidad y propia imagen (también ha recurrido a esa técnica habitualmente en el caso de la libertad sindical –art.28 CE– o en el del derecho a la tutela judicial efectiva –art.24 CE–). Su doctrina sostenía que “La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias «a priori», sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente” (STC 320/1994 FJ 2).

Quizá el ejemplo proverbial del uso de esta técnica sea el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Cuando se pondera para resolver el conflicto, no se parte de la existencia de límites a uno y otro derecho fundamental. No se parte, por ejemplo, de que el insulto no puede ser el objeto de la libertad de expresión porque de serlo privaría al insultado de su derecho al honor y no lo sometería tan sólo a un límite –límite que bien podría derivar del interés general que cabe predicar de la opinión sujeta a examen–. Cuando se pondera en casos como éste, lo que se indaga es cuál de los dos derechos merece en el caso concreto una protección preferente, de manera que, una vez optado por uno de ellos –por ejemplo, la capital importancia que para el sistema democrático tiene un debate libre y robusto de ideas justificaría la prevalencia del insulto proferido por un político en campaña electoral dirigido contra su adversario, o la de un espectador presente en un mitin político que se alza para insultar a uno de los oradores, sobre el derecho al honor del injuriado. El límite ya no deriva de una norma constitucional –la que dice que el insulto no es objeto de la libertad de expresión–, sino de la resolución ponderada del caso concreto –el insulto está protegido en ese caso porque está ligado a la expresión de opiniones

políticamente durante un acto electoral—. Véanse por ejemplo las SSTC 105/1990, insultos de un periodista a un político, o las SSTC 171/1990 y 172/1990 en las que el TC realiza una ponderación bien distinta de la libertad de información y el derecho al honor en un caso similar en las que dos periódicos dan cuenta de un accidente aéreo).

Sin embargo, desde finales de los años noventa el TC ha abandonado paulatinamente esta técnica y ha seguido un método de delimitación de los derechos fundamentales con el que ha tratado de resolver los supuestos conflictos. El TC persigue resolver las colisiones delimitando el derecho fundamental y aplicándole sus límites para así concluir si la expectativa de conducta sujeta a su examen es o no objeto del derecho fundamental en cuestión.

Volviendo al ejemplo de los arts.20 y 18 CE el TC ya no resuelve los amparos en los que se esgrime la libertad de expresión o información y los derechos al honor, la intimidad o a la propia imagen acudiendo al paradigma de la formación de la opinión pública libre como hizo en SSTC tan ilustradoras de esa técnica ponderativa como las 171/1990 y 172/1990. El TC ya no considera que deba darse protección preferente a las libertades del art.20 frente a los derechos del art. 18 porque y siempre que las opiniones o informaciones cuestionadas sirvan al valor superior de la realización del Estado democrático mediante la formación de una opinión pública libre. Un canon, que por cierto, y dada la posición del TC en la resolución del recurso de amparo respecto de los jueces y tribunales ordinarios, le llevaba en ocasiones a limitarse a examinar la razonabilidad de la ponderación hecha por la resolución judicial impugnada ante él. Sin embargo, como decíamos, desde sobre todo 1998, el TC ha abandonado esa forma de razonar. Advierte en sus Sentencias que su juicio no puede limitarse a un examen externo de la razonabilidad de la ponderación efectuada por la decisión judicial impugnada, como si de un amparo en el que se invoca el art.24 se tratara. Es su función, dice en estas Sentencias, comprobar que además de razonable, la interpretación que de los derechos en presencia ha hecho la resolución judicial impugnada se corresponde con una interpretación conforme con la CE, único punto de partida idónea, no para resolver un conflicto entre derechos, sino para concluir si ha habido o no vulneración del derecho fundamental invocado. Ejemplos recientes de esta técnica se pueden encontrar en las SSTC 49 y 204 ambas del 2001.

El reproche que cabe hacerle a la técnica de la ponderación de bienes estriba en que resuelve los conflictos entre derechos no a partir de los límites que la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino de los datos del caso concreto que son los que determinan cual de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer. La ponderación de bienes relativiza el contenido del derecho fundamental porque las expectativas de conducta efectivamente protegidas por el derecho fundamental ya no dependen del examen de sus límites, sino de la circunstancia del caso concreto que a juicio del llamado a resolver el conflicto provoca que prevalezca uno de los términos en conflicto al margen de sus límites. De hecho la ponderación de bienes antes que a los límites constitucionales de los derechos fundamentales atiende al valor jurídico cuya realización se persigue con la garantía del derecho para decidir en cada caso qué valor debe sacrificarse en aras del encarnado por el derecho, bien o interés en liza. Porque en realidad, el conflicto para la ponderación de bienes no se produce entre los derechos fundamentales y otros derechos, bienes o intereses constitucionales o infraconstitucionales, sino entre los valores o intereses que según quien pondera se encarnan en aquellos derechos. Por eso el conflicto no se resuelve examinando los límites de unos y otros, sino decidiendo en cada caso cuál de esos valores o intereses debe prevalecer, en fin, jerarquizando los valores o intereses en presencia.

Así los derechos fundamentales tendrán el contenido que resulte de la resolución del conflicto según la jerarquía de valores presupuesta, y no un contenido delimitable previamente. Por otro lado, la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Ya no se aplican ambos derechos fundamentales al caso, sino que se acuerda suspender la vigencia de uno de los derechos en ese caso concreto (que puede recuperar sin embargo en otro posterior similar) para aplicar en plenitud el elegido en la ponderación.

¿Puede justificarse el uso de la tortura o el trato inhumano y degradante si con ello se pueden salvar cientos de vidas inocentes? Imaginemos que se

detiene a una persona que sabe en qué lugar, a qué hora y de qué forma se puede desactivar un artefacto explosivo ubicado en un gran centro comercial. La CE en su art. 15 prohíbe el uso de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, empleando la técnica de la ponderación de bienes, lo que debe sopesarse es qué valor o interés último se persigue en el caso con uno u otro derecho: el derecho a la vida y a la integridad física y moral del detenido o de las personas inocentes. Para la ponderación este conflicto no se puede resolver en abstracto sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de forma que en este caso concreto debe prevalecer el derecho de los ciudadanos inocentes frente a los del detenido ya que sólo así se podrá salvar la vida de los primeros. La ponderación podría justificar el empleo de los malos tratos o la tortura con el fin de salvar la vida de las personas que se hallaren en el centro comercial no aplicando al terrorista en ese caso las garantías del art. 15 CE.

A nuestro juicio esta es una forma incorrecta de resolver esos conflictos. Primero porque relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, y, en último término el de la Constitución misma; en segundo lugar, porque para resolver el conflicto debe jerarquizar a los derechos, ya que uno de ellos debe ceder en su aplicabilidad frente al de valor preferente (de hecho el TC ha reiterado en muchas ocasiones que no es posible jerarquizar entre sí a los derechos fundamentales, SSTC 324/1990 FJ 2 o la 11/2000 FJ 7); y en tercer lugar, porque plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos encarnados en aquellos derechos, fundamentales y no fundamentales, bienes e intereses constitucionales e infraconstitucionales, cuando en realidad ni siquiera hay colisión por cuanto se trata de fijar los límites del derecho fundamental en cuestión.

En efecto, sólo se pueden sortear aquellas objeciones y ser coherente con la posición normativa de los derechos fundamentales si esos conflictos se conciben como lo que en realidad son, un problema de delimitación y luego de limitación de los derechos fundamentales en presencia. Hay ocasiones en que la propia norma iusfundamental excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que aparentemente lesiona el otro derecho, bien o interés en conflicto (si no están protegidas las asociaciones paramilitares o secretas, su prohibición no es un caso de colisión con el art. 22 CE). En otros casos operan los límites inmanentes del derecho fundamental, de forma que no

puede ser su objeto de protección una conducta que niega la existencia de otra norma constitucional (por ejemplo, la libertad de expresión no puede amparar el insulto porque de hacerlo, sencillamente priva del derecho al honor a cualquier persona). Otro tanto cabe decir de los límites externos al derecho fundamental, siempre que el límite cumpla con su canon constitucional (si la Constitución permite que la ley prohíba la libre sindicación de los miembros de las fuerzas armadas, si así lo hace el legislador, la sanción a un militar por estar sindicado no será una lesión del art.28 CE).

Por tanto, el límite al derecho fundamental preterido en el aparente conflicto no emana del resultado de una previa ponderación de bienes, sino que precede a toda ponderación, porque para resolver la colisión, primero hay que delimitar el derecho fundamental y aplicarle sus límites, fijando así el ámbito de su protección. Como se ve es una cuestión de interpretación (delimitación/limitación) de los derechos fundamentales y especialmente de interpretación de sus límites y no de ponderación de los valores que encarnan.

Volviendo al caso de la bomba en unos grandes almacenes, y siguiendo el método propuesto, es claro que la CE en su art. 15 prohíbe tajantemente el uso de la tortura o el trato inhumano y degradante sea cual sea su clase. Pero la CE no garantiza un derecho fundamental a no ser torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes. El art. 15 lo que garantiza como derecho fundamental no es esta prohibición, sino el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Es decir, el detenido tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, y la propia CE establece que “en ningún caso” esos derechos puedan ser objeto de límites (que siempre serán inmanentes, ya que la CE no les prevé límite positivo o externo alguno) consistentes en la aplicación de torturas o el empleo de tratos inhumanos o degradantes. Estos medios para limitar los derechos del art. 15 están absolutamente prohibidos en la CE. Así pues, la CE permite la restricción del derecho a la vida, a la integridad física o moral con fundamento en la garantía de otros derechos, bienes o intereses constitucionales (véase SSTC 215/1994 sobre la esterilización de disminuidos psíquicos, 207/1996 sobre diligencias de prueba consistentes en intervenciones corporales, y 154/2002 relativa a la negativa de un Testigo de Jehová a recibir una transfusión de sangre), pero “en ningún caso” esa limitación puede justificar el recurso a la tortura o los tratos inhumanos y degradantes. En consecuencia, los Poderes públicos bajo nin-

gún concepto podrán acudir a la tortura o a tratos inhumanos o degradantes para hacer confesar al detenido.

II. El principio de proporcionalidad

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía iusfundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho (piénsese en la autorización judicial de una entrada y registro domiciliario o la práctica de una prueba consistente en una intervención corporal como arrancar un cabello o tomar una muestra de saliva o de sangre).

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial. En palabras de la STC 18/1999 (FJ 3):

“Por último conviene indicar, como se recordaba en la STC 58/1998, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se inferian de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981 y 2/1982). Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994)” (Véase también la STC 14/2003).

El TC ha dicho “que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo” (STC 169/2001, FJ 9). “En este sentido –ha aseverado también el TC– ... para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (STC 207/1996 FJ 4, véase también las SSTC 66/1995, 207/1996, 37/1998, 154/2002).

Estos son los elementos del juicio de proporcionalidad:

1. Exigencia de *idoneidad o adecuación* de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental. Como dice el TC el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medi-

da es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella: limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito. Esa medida restrictiva sólo es válida si es también *funcionalmente* idónea; esto es, aquella medida restrictiva en efecto sirve para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite.

Si en el curso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que requiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esa intervención corporal sólo está justificada si su objeto es la obtención de evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad.

2. La exigencia de *necesidad o intervención mínima*, que consiste, en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio menos onerosos para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.

Volviendo al ejemplo anterior, hay diversas maneras de practicar aquella intervención corporal. Si la prueba de ADN se puede obtener con una muestra de saliva, resultaría desproporcionado un análisis de sangre que es una intervención más agresiva.

3. La exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto* entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquél límite. Criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que

no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que hubo un *riesgo cierto y actual* y no tan sólo un *riesgo futuro e hipotético* de lesión del bien o derecho que se desea proteger con el límite impuesto al derecho fundamental. Y, una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados respecto del objeto perseguido.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, la prueba de ADN mediante la toma de muestras de saliva sólo se justificará en el curso de la instrucción penal si resulta imprescindible practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir el riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto de que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación. Ahora bien, la muestra de saliva debe tomarse de la forma menos gravosa para el imputado y con todas las garantías, sacrificando su derecho a la integridad física en la medida necesaria para salvaguardar la función objetiva del proceso penal, averiguar y castigar los delitos.

Efectivamente, la medida, además de ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho y hacerlo para proteger los otros derechos, bienes o intereses que imponen el límite, y necesaria e imprescindible, en el sentido de que entre las posibles sea la menos gravosa pero suficiente para ser idónea, debe ser equitativa en el reparto de los sacrificios. El derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan. Por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor que el que sufrirían si el derecho fundamental no se limitase. Pero el derecho fundamental no debe ser limitado más allá de lo requerido para evitar ese mal mayor, ya que con el límite no se trata de garantizar en toda su posible extensión e intensidad los derechos, bienes e intereses en liza, sino sólo en lo estrictamente necesario para que no sufran el daño que les puede producir la realización de una de las expectativas de conducta objeto del derecho fundamental en cuestión.

De estos criterios del principio de proporcionalidad ha derivado el TC una capital exigencia: la necesaria motivación de los actos de los Poderes

públicos que apliquen límites a los derechos fundamentales. Para el TC la falta de dicha motivación de la medida restrictiva causa la lesión del derecho fundamental (SSTC 151/1997 FFJJ-5º y 6º; 175/1997 FJ-4º; 49/1999 FJ 7). Como ha afirmado el TC: “Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten a este Tribunal apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad” (STC 161/2001 FJ 10). La falta de motivación o la motivación defectuosa de una medida limitativa de un derecho constituye una vulneración del mismo (entre muchas, STC 151/1997 FJ 5, 177/1998 FJ 2). Una motivación de la medida adoptada que debe ser expresa, pues sólo así el TC podrá controlar la recta aplicación del principio de proporcionalidad (STC 200/97 FJ-4º).

III. Legislador y proporcionalidad.

¿Puede emplearse el principio de proporcionalidad como un canon de constitucionalidad de la ley limitativa de derechos y no sólo de sus actos de aplicación? Se trata esta de una cuestión ciertamente polémica. El TC viene considerando que “El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo. Mas la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza” (STC 136/1999 FJ 22, recordando las palabras de la STC 55/1996 FJ 3, véase también la STC 73/2000). Esta apreciación le ha servido al TC para aplicar también a las leyes limitativas de los derechos (en particular las penales) el canon del principio de proporcionalidad. Parece sin embargo que la posición del legislador en el sistema constitucional democrático no se compadece bien con el empleo de ese principio como canon de constitucionalidad de sus leyes limitativas de derechos. El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir en qué términos limita un derecho fundamental, salvadas, claro está, las exigencias de forma y fondo que la

Constitución le imponga para este propósito, pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite concretar o crear sean “proporcionados”. Tal exigencia, dicen sus críticos, supone que el legislador ya no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello, erigiéndose el TC en quien decide qué medidas puede adoptar el legislador al excluir otras por tenerlas por desproporcionadas. Por otro lado la proporcionalidad es en rigor un canon de la aplicación de los límites pero no de su creación. En fin una serie de argumentos en contra del empleo del principio de proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de la ley limitativa de derechos que no obstante también tienen sus debilidades. El principio de proporcionalidad dota de un instrumento con el que se puede medir la propia razonabilidad del control de constitucionalidad que de esas leyes haga el TC. Por otro lado, la vinculación positiva del legislador al contenido esencial de los derechos fundamentales reduce aquel margen de maniobra y difícilmente justifica que el legislador pueda elegir cualquier tipo de límite a los derechos por mucho que cumpla con las exigencias constitucionales de fondo y forma. Proteger el derecho a la propiedad puede justificar que se tipifique penalmente los actos que lo lesiones, pero no parece que el art.33 CE permita al legislador penal sancionar con cadena perpetua a quien realice una pintada en la pared del vecino.

IV. Bibliografía

Monográfico sobre El *principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, núm.5, 1998; Markus González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Aranzadi/Thomson, Pamplona, 2003; José María Rodríguez de Santiago, La ponderación de bienes e intereses en el *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

Three Strikes

El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos

M.^a Teresa Castiñeira / Ramon Ragués
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España)

I.

La noche del primero de octubre de 1993 *Polly Klaas*, que tenía entonces doce años, desapareció de su domicilio materno en Petaluma, California¹. Un desconocido que se había introducido en la vivienda la sorprendió en su dormitorio acompañada de dos amigas, obligándola a punta de cuchillo a abandonar la casa. Aquella misma noche se inició una angustiada búsqueda por parte de los familiares y vecinos de la niña. Dos meses después, la policía detuvo a *Richard Allen Davis*, de quien se había encontrado una huella dactilar en el domicilio de la menor. El 4 de diciembre siguiente, *Davis* confesó ser el responsable del secuestro y posterior asesinato de *Polly*, indicando el lugar en que yacía su cuerpo.

Con anterioridad a estos hechos, *Richard Davis* había sido condenado en diversas ocasiones por varios delitos graves, entre ellos dos secuestros (*kidnapping*). Su condena más reciente había sido a dieciséis años de prisión, por secuestro, agresión (*assault*) y robo en casa habitada (*burglary*) aunque sólo había llegado a cumplir efectivamente la mitad de este plazo, por haberle sido concedida la libertad condicional (*parole*). Si *Davis* hubie-

1 Puede obtenerse información sobre este caso en páginas *web* como: <<http://www.pollyklaas.org/history.htm>>, <http://www.crimelibrary.com/serial_killers/predators-klaas3.html-sect=2>, <<http://www.angelfire.com/va2/pollyklaas/>>.

ra cumplido la totalidad de la pena que le fue impuesta aún habría estado en prisión el día que se llevó a *Polly* de su domicilio². El 18 de junio de 1996 un jurado le declaró culpable de un delito de asesinato en primer grado con circunstancias especiales y unos días después le fue impuesta la pena de muerte, cuya ejecución todavía aguarda en la prisión de San Quintín.

El asesinato de *Polly Klaas* se produjo en un momento en que la opinión pública californiana discutía una proposición de ley para endurecer el castigo de los delincuentes habituales, cuyo promotor era el padre de otra niña, *Kimber Reynolds*, también asesinada en 1992 por un reo en libertad condicional³. El nuevo delito supuso un impulso definitivo para la aprobación de la propuesta, que se convirtió en ley en 1994 con un 72% de votos a favor⁴. De acuerdo con el texto aprobado, al reo que cometiera un segundo delito (*felony*) tras haber sido previamente condenado como autor de un delito grave o violento le correspondería una pena mínima consistente en el doble de la pena inicialmente asignada a la segunda infracción; y, en el caso de cometerse una tercera infracción (*felony*) después de dos delitos violentos o graves, procedería imponer a dicho reo una pena de prisión perpetua con un mínimo de cumplimiento efectivo de veinticinco años⁵. Según algunos analistas, la aplicación de estas medidas permitiría

- 2 *Ewing v. California*, <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-729.pdf>>, voto de la magistrada O' Connor, p. 2.
- 3 La página web desde la que todavía hoy el padre de *Kimber, Mike Reynolds*, promueve las leyes de represión de la multireincidencia puede encontrarse en <<http://www.threestrikes.org>>. Sobre la historia de la legislación californiana en materia de reincidencia cfr. VITIELLO, JCLC, 1997, p. 395 ss. (esp. pp. 410-422). Sobre los intereses de ciertos colectivos en la aprobación de las leyes cfr. FEELEY, RIDPP, 2000, pp. 419-420.
- 4 Cfr. ZIMRING/KAMIN/HAWKINS, *Crime and Punishment*, p. 14. Según TYLER/BOECKMANN, LSR, 1997, pp. 238-239, la reforma se planteó en un momento en que, por diversas razones, la opinión pública reclamaba una mayor severidad en el castigo de los delincuentes. Sobre el creciente punitivismo de los estadounidenses SCHULZ, CJLPP, 2000, p. 558.
- 5 Para la relación de los delitos violentos y graves cuya previa comisión es necesaria para aplicar la ley *three strikes* cfr. SHEPHERD, JLS, 2002, pp. 162-163. Esta lista incluye delitos como el asesinato o la violación, pero también infracciones más leves como, entre otras, los robos con violencia, las agresiones violentas, el robo en casa habitada y la venta de drogas a menores. El plazo de veinticinco años es el mínimo legal que, en ciertos casos, puede ser incluso superior (cfr. *ibidem*, p. 162).

reducir entre un 22 y un 34 % los delitos graves cometidos por adultos en California⁶.

Entre 1993 y 1995 veinticuatro estados, así como el gobierno federal, aprobaron leyes similares endureciendo notablemente el tratamiento de los reincidentes⁷. Todas estas leyes presentaban un importante denominador común: la imposición de penas de prisión muy prolongadas —a menudo la reclusión perpetua— a partir del tercer delito grave cometido por un mismo acusado⁸. Por esta razón la opinión pública norteamericana empezó a referirse a ellas como leyes “*Three Strikes and You’re Out*” (“Eliminado a la tercera”), una expresión que proviene del beisbol, en que el bateador es eliminado del juego si al tercer intento no consigue golpear la bola.

En la práctica, no obstante, los reos afectados por las nuevas normas no siempre han sido los responsables de crímenes tan graves como el cometido por Richard Davis, sino también autores de delitos de entidad muy inferior, que a menudo no han empleado siquiera violencia⁹. Ello se explica porque para aplicar estas previsiones en muchos estados basta con que el acusado haya cometido con anterioridad algún delito violento no necesariamente muy grave y en algunos lugares como California es posible incluso aplicar la agravación a quien previamente ha cometido delitos no violentos, como el robo en casa habitada¹⁰.

6 Datos publicados por la organización RAND en <<http://www.rand.org/publications/RB/RB4009/RB4009.word.html>>. Según esta fuente, un tercio de las infracciones a reducir serían crímenes graves y violentos, mientras que los dos tercios restantes serían crímenes no violentos, como robos con fuerza.

7 Según se expone en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Rummel v. Estelle* (445 U.S. 263, pp. 296-297 y nota 13), a principios de la década de 1980 sólo tres estados contaban con leyes que permitieran imponer la pena de reclusión perpetua por la comisión de dos o tres delitos graves: Texas, Washington y West Virginia. Hasta aquella fecha sólo doce estados habían contado en algún momento de su historia con previsiones legales de este tipo. Sobre las diferentes versiones de estas leyes cfr. VITIELLO, *JCLC*, 1997, pp. 400-401 y, especialmente, la tabla que figura en p. 463 ss. Para la legislación de los diversos estados de la Unión cfr. asimismo LUNA, *TJLR*, 1998, p. 1 ss y SCHULZ, *CJLPP*, 2000, pp. 567-572.

8 La legislación californiana, no obstante, destacaría por ser la más dura de todas las aprobadas: cfr. al respecto ZIMRING/KAMIN/HAWKINS, *Crime and Punishment*, p. 1. Según estos autores en California se dicta el 90 % de las “condenas *three strikes*” impuestas en todas las jurisdicciones estadounidenses. Las razones de esta severidad en *ibidem*, p. 5.

9 Referencias sobre algunos de estos casos en VITIELLO, *JCLC*, 1997, p. 396 (nota 8).

10 La regulación californiana puede encontrarse en la Sección 667 del Código Penal de este estado.

La imposición a estos acusados de penas tan severas como las previstas en las leyes *three strikes* ha planteado serias dudas de constitucionalidad que han sido recientemente analizadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en dos importantes sentencias, dictadas el 5 de marzo de 2003, que resuelven los casos *Ewing v. California* y *Lockyer, Attorney General of California v. Andrade*. En ambas resoluciones el Tribunal se ha enfrentado a una cuestión que históricamente ha sido muy controvertida en el debate jurídico estadounidense y en la jurisprudencia del propio Tribunal, como es la eventual vigencia en aquel país de una *prohibición constitucional de imponer penas de prisión desproporcionadas*.

II.

El 12 de marzo de 2000 Gary Albert Ewing, que se hallaba cumpliendo en libertad condicional una pena de nueve años de prisión, abandonó la tienda de un club de golf de Los Ángeles llevando escondidos en sus pantalones tres palos con un valor de ciento noventa y nueve dólares cada uno¹¹. Un empleado del establecimiento que había advertido la sustracción avisó inmediatamente a la policía, que poco después procedió a su detención en un aparcamiento cercano.

Gary Ewing era un viejo conocido de la justicia californiana. Ya en 1984 había sido condenado como autor de un hurto (*theft*) a una pena de seis meses de prisión que le fue suspendida, tres años de libertad vigilada y una multa de trescientos dólares. En 1988 fue condenado a un año de prisión y tres de libertad vigilada como autor del robo de un coche, no llegando a ingresar en prisión. En 1990 la condena fue de sesenta días de arresto y tres años de libertad vigilada por la comisión de un hurto leve (*petty theft*). En 1992 cometió un delito de lesiones con una pena de treinta días de arresto y dos años de libertad vigilada, así como un nuevo hurto, con una sanción de diez días de arresto y un año de libertad vigilada. Por fin, en 1993 se le declaró culpable de numerosas infracciones, como posesión de droga, apro-

11 Sobre los hechos atribuidos al recurrente cfr. *Ewing v. California*, voto de la magistrada O' Connor, pp. 5-7.

piación de objetos perdidos, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada (*trespassing*), todas ellas castigadas con arresto y libertad vigilada, así como tres robos en casa habitada y un robo con intimidación (*robbery*), por los que le fue impuesta la pena de nueve años que se hallaba cumpliendo en libertad condicional cuando sustrajo los palos de golf.

Por esta última sustracción la justicia californiana condenó a *Ewing* como autor de un delito de hurto grave (*grand theft*), solicitándose por el fiscal que le fueran aplicadas las previsiones de la ley *three strikes*¹². Esta petición fue atendida por el juez sentenciador, que condenó a *Ewing* a una pena de reclusión perpetua con un mínimo de veinticinco años de cumplimiento obligatorio en tanto que autor responsable de un delito con dos o más condenas previas por delitos graves o violentos. La sanción sería posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California y también por el Tribunal Supremo de este estado.

La historia de *Leandro Andrade* no es muy distinta a la de *Gary Ewing*¹³. El 4 de noviembre de 1995 *Andrade* intentó sustraer cinco cintas de vídeo con un valor de 84,70 dólares de un establecimiento Kmart en Ontario, California, siendo detenido por el personal de seguridad de la tienda. El 18 de noviembre de aquel mismo año fue detenido de nuevo en un local de la misma cadena en Montclair, California, cuando intentaba llevarse cuatro cintas de vídeo ocultas en sus pantalones, con un valor de 68,84 dólares. Entre 1982 y 1995 *Leandro Andrade* había sido juzgado y condenado en diversas ocasiones por dos hurtos leves, tres robos en domicilios, dos delitos de tráfico de marihuana y un quebrantamiento de condena. La pena más grave que le había sido impuesta fue de ocho años de prisión por el delito de tráfico de drogas.

Según afirmó en el momento de ser arrestado, *Andrade* era adicto al consumo de heroína desde 1977 y había sustraído las cintas con el propósito de conseguir tal sustancia. En atención a sus condenas previas, el juez le impuso dos penas consecutivas de reclusión perpetua con un cumplimiento mínimo de veinticinco años por cada uno de los hurtos cometidos.

12 Sobre las condenas previas de *Ewing*, cfr. *Ewing v. California*, voto de la magistrada O' Connor, p. 6.

13 Sobre los hechos por los que se condenó a *Andrade*, cfr. *Lockyer v. Andrade*, <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-1127.pdf>>, voto de la magistrada O' Connor, pp. 1-4.

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California. A la vista de esta confirmación la defensa decidió trasladar el caso a la jurisdicción federal e interpuso un recurso ante el Tribunal Federal del Distrito, que lo desestimó. Esta desestimación sería impugnada ante el Tribunal del Noveno Circuito, que esta vez sí admitió las alegaciones de la defensa por considerar que la condena de *Andrade* vulneraba principios de Derecho federal claramente determinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de proporcionalidad de las penas. El procurador general del Estado de California decidió recurrir esta decisión ante el propio Tribunal Supremo.

III.

La defensa de *Gary Ewing* basó su recurso ante el Tribunal Supremo en el argumento de que la sanción impuesta a su cliente transgredía lo dispuesto por la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Este precepto proclama, literalmente, que “*no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales*”. Según alegaba la parte recurrente, la pena de reclusión impuesta a Ewing vulneraba la prohibición de penas desproporcionadas que, a su juicio, cabe extraer del texto de la citada enmienda.

A lo largo de su historia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de si la Constitución contiene una prohibición de penas excesivas que se extienda más allá de la pena de multa, que es la única sanción expresamente citada en el texto constitucional¹⁴. Según su jurisprudencia más consolidada, tal prohibición tiene vigencia en relación con la pena de muerte, una interpretación que en su momento permitió declarar inconstitucional la imposición de este castigo por delitos como la violación de una mujer adulta o la complicidad en un robo en cuya ejecución los autores incurrieron en un exceso que provocó la muerte de las víctimas¹⁵.

14 Un resumen de las decisiones del Tribunal Supremo en este ámbito puede encontrarse en ZEIGLER/DEL CARMEN, en *Three Strikes*, pp. 5-15.

15 La inconstitucionalidad de la pena de muerte como castigo de la violación fue proclamada en la sentencia del caso *Coker v. Georgia* (433 U.S. 584) de 1977. En relación con la complicidad cfr. la

En cambio, el sentido de la jurisprudencia del Tribunal es mucho menos evidente cuando se trata de determinar el alcance del principio de proporcionalidad en relación con la pena de prisión. Como seguidamente se expone, esta cuestión ha dado lugar en las tres últimas décadas a varias sentencias aparentemente contradictorias entre sí, dictadas siempre por mayorías muy ajustadas¹⁶.

A) *Rummel v. Estelle* (1980)

La moderna jurisprudencia sobre la eventual vigencia de una prohibición de penas desproporcionadas aplicable a las penas de prisión tiene su origen en la sentencia de 1980 sobre el caso *Rummel v. Estelle*¹⁷. El recurrente *William James Rummel* había sido condenado por los tribunales de Texas a una pena de reclusión perpetua, con posible libertad condicional tras doce años de cumplimiento, como autor de una estafa por importe aproximado de 120 dólares. Con anterioridad había sido condenado por causar un perjuicio de 80 dólares mediante el uso fraudulento de tarjeta de crédito y por falsificar un cheque cuyo importe era de 28,36 dólares. La severidad de la pena impuesta en comparación con la escasa gravedad de los delitos cometidos llevaría a la defensa del reo a recurrir al Tribunal Supremo alegando una posible vulneración de la octava enmienda.

En una votación muy reñida –cinco magistrados contra cuatro– el Tribunal decidió que el serio castigo impuesto a *Rummel* no transgredía lo dispuesto en la Constitución. Según los jueces de la mayoría, los precedentes declarando inconstitucional en ciertos casos la pena de muerte o algunas penas corporales no eran aplicables sin más al supuesto analizado, en que la sanción impuesta era la privación de libertad, es decir, una pena distinta¹⁸.

sentencia de 1982 sobre el caso *Enmund v. Florida* (458 U.S. 782). Para más referencias cfr. PILLBURY, *BLR*, 2002, p. 520 (esp. notas 81 y 82).

16 Se ofrecen visiones panorámicas de esta jurisprudencia en SCHULZ, *CJLPP*, 2000, pp. 560-566 y LUNA, *TJLR*, 1998, p. 57 ss. Este autor (*ibidem*, pp. 66-78) incluye un resumen del tratamiento de la cuestión por los tribunales californianos.

17 445 U.S. 263 (1980).

18 445 U.S. 263, pp. 272-273. Los magistrados indicaron la ausencia de precedentes en los que se

De acuerdo con la interpretación literalista defendida por estos cinco magistrados, de la octava enmienda no podía derivarse una prohibición de exceso punitivo relativa a la pena de prisión, pues tal castigo no resulta cruel en sí mismo ni tampoco ha sido inusual en la praxis penal estadounidense.

A juicio de la mayoría, la pena impuesta estaba justificada por la voluntad de los legisladores texanos de retirar de la circulación a los delincuentes habituales, un objetivo político cuya constitucionalidad no podía ser legítimamente cuestionada por el Tribunal, aun cuando no se compartieran los medios empleados y aunque en otros estados las mismas infracciones se trataran de manera mucho más benigna¹⁹. La voluntad de no interferir en las competencias de los poderes legislativos y de respetar la estructura federal del estado sirvió como argumento a los cinco magistrados para negar la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre lo acertado de tales medidas, lo que tuvo como consecuencia el refrendo a la constitucionalidad del castigo impuesto a *William Rummel*²⁰. A modo de epílogo la mayoría reconoció que en aquel momento histórico tal vez existiera una tendencia general a la imposición de penas cada vez menos severas, pero desde su punto de vista tal tendencia “debía hallar su impulso y su sustento en el poder legislativo y no en los tribunales federales”²¹.

De forma un tanto confusa, no obstante, los magistrados de la mayoría matizaron en una nota a pie de página que, si bien la fijación de los plazos de prisión era una prerrogativa del legislador, “ello no supone afirmar que

proclamara la vigencia de una prohibición constitucional de penas desproporcionadas aplicable a la pena de prisión. Más bien al contrario, en los precedentes localizados –como el caso *Gras v. West Virginia* (224 U.S. 616 [1912])– supuestos parecidos al de *Rummel* se habían considerado plenamente compatibles con la octava enmienda.

19 Los cuatro magistrados de la minoría opinaron que la cuestión a resolver no era si la pena contribuye a la consecución de algún objetivo, sino si el reo realmente merece tan severo castigo (445 U.S. 263, p. 288). Asimismo añadieron que la consideración de la pena de muerte como castigo desproporcionado efectuada en sentencias anteriores permitía derivar de la octava enmienda una prohibición general de penas excesivas con independencia de su naturaleza (445 U.S. 263, pp. 292-293).

20 Esta voluntad es especialmente evidente en el breve voto emitido por el magistrado *Stewart*, que, aun habiéndose formulado a título particular, apoya la conclusión de la mayoría (cfr. 445 U.S. 263, p. 284).

21 445 U.S. 263, pp. 283-284.

no pueda entrar en juego el principio de proporcionalidad en el extremo caso, citado por la minoría (*infra* p. 288), en que el poder legislativo convirtiera en delito grave el estacionamiento de un coche por tiempo indebido y lo castigara con una pena de reclusión perpetua²². Asimismo, a juicio de la mayoría debía tenerse en cuenta para valorar la gravedad del castigo impuesto a *Rummel* el hecho de que su encarcelamiento podía cesar al alcanzar los doce años de cumplimiento si se le concedía la libertad condicional²³. El empleo de estos argumentos parece contradecir la afirmación previa de los mismos jueces declarando la absoluta imposibilidad de cuestionar la proporcionalidad de las penas de prisión con base en la octava enmienda, pues, de hecho, en los citados razonamientos sí se efectúan consideraciones de proporcionalidad.

B) *Solem v. Helm* (1983)

Sólo tres años después de esta decisión el Tribunal Supremo dictaría una nueva sentencia aparentemente opuesta a la del caso *Rummel*. Así, en su resolución sobre el caso *Solem v. Helm* la Sala consideró contraria a la octava enmienda la condena a reclusión perpetua sin posibilidad de libertad condicional impuesta en Dakota del Sur a un individuo, *Jerry Helm*, que había cometido un delito de cheque en descubierto tras haber sido previamente condenado por otras seis infracciones, entre ellas, robo en casa habitada, estafa y conducción bajo los efectos del alcohol²⁴. En esta resolución, que también fue dictada con el voto a favor de sólo cinco magistrados, el Tribunal sostuvo que la octava enmienda no prohíbe únicamente los castigos bárbaros, sino también aquellos que resultan gravemente desproporcionados a la vista de la gravedad de la infracción cometida, negando explícitamente que –como se había afirmado en algunos pasajes de *Rummel*– la pena de prisión fuera constitucional *per se* con independencia de su grave-

22 445 U.S. 263, p. 274 (nota 11).

23 445 U.S. 263, p. 280. Los cuatro magistrados de la minoría criticaron este argumento afirmando que la libertad condicional era sólo una posibilidad, no un derecho, y, por tanto, no debería tenerse en cuenta a la hora de emitir un juicio de proporcionalidad (445 U.S. 263, pp. 293-294).

24 463 U.S. 277 (1983).

dad²⁵. Según la mayoría de magistrados sería absurdo que el principio de proporcionalidad limitara al legislador en el caso de la pena de muerte y de la multa –mencionada expresamente en el texto de la octava enmienda– y, en cambio, no tuviera vigencia en una pena de gravedad intermedia como la prisión²⁶.

Para decidir en qué casos una pena resulta proporcionada los cinco magistrados deciden aplicar un *test* compuesto de tres “elementos objetivos”: *a*) en primer lugar, debe compararse la gravedad de la infracción con la severidad de la pena impuesta; *b*) seguidamente debe atenderse a las sanciones impuestas a otros criminales en la misma jurisdicción y, en especial, conviene analizar si delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas más leves; *c*) por último, deben observarse las penas impuestas a resultados de la comisión del mismo delito en otras jurisdicciones²⁷. Desde el punto de vista del Tribunal, la condena de Helm no cumplía ninguno de los tres requisitos²⁸: *a*) mientras el delito cometido era una de las infracciones punibles de menor gravedad y los ilícitos anteriores no eran graves ni violentos, la pena impuesta al recurrente era la prisión en su versión más extensa²⁹; *b*) la imposición de esta misma pena sólo estaba prevista en Dakota del Sur para autores de crímenes mucho más graves, como el asesinato (murder) o la traición (treason), mientras que delitos como la violación en primer grado o la tentativa de asesinato tenían previstas penas incluso más leves³⁰; *c*) por último, la infracción cometida por Helm sólo habría

25 463 U.S. 277, p. 284 y p. 290. Entre otros argumentos, los magistrados se remiten a aquella que a su juicio había sido la interpretación tradicional de la *Bill of Rights* inglesa, que contiene un precepto similar a la octava enmienda (*ibidem*, pp. 285-286).

26 463 U.S. 277, p. 289.

27 463 U.S. 277, pp. 290-292. Estos tres requisitos habían sido ya exigidos por los cuatro magistrados de la minoría en *Rummel v. Estelle* (445 U.S. 263, p. 295).

28 463 U.S. 277, p. 296 ss.

29 A diferencia del caso de *Rummel*, la condena de *Helm* excluía expresamente la posibilidad de libertad condicional, lo que a juicio de la Sala (463 U.S. 277, p. 297) permitía afirmar que su castigo era claramente más severo que el impuesto en el caso precedente.

30 463 U.S. 277, pp. 297-300. En el juicio de proporcionalidad el Tribunal descartó tener en cuenta la posibilidad de que el gobernador del estado pudiera indultar al reo (463 U.S. 277, pp. 300-302) y entendió que esta posibilidad no resultaba equiparable a la libertad condicional, que en *Rummel v. Estelle* había sido considerada para sostener la constitucionalidad de la pena impuesta.

sido castigada con una pena tan severa en un único estado: Nevada³¹. Como conclusión al análisis de los tres factores, la Sala sostuvo la incompatibilidad de la pena impuesta con la octava enmienda y, por tanto, declaró inconstitucional la condena de *Jerry Helm*.

Semejantes conclusiones fueron duramente criticadas por los cuatro jueces de la minoría, quienes esgrimieron, entre otros, el argumento de que se estaban “ignorando los precedentes” e “invadiendo gravemente la autoridad de los estados”³². A juicio de estos magistrados la propia idea de proporcionalidad debía considerarse inaplicable por la imposibilidad de determinar su alcance de una manera mínimamente precisa: “hoy hemos sostenido que la reclusión perpetua sin libertad condicional es una pena excesiva para el séptimo delito supuestamente no violento: ¿cuál será la respuesta en el octavo delito— y el noveno— y el duodécimo?”, afirmaron los jueces disidentes³³.

C) *Harmelin v. Michigan* (1991)

Las conclusiones de *Solem v. Helm* serían aparentemente abandonadas por el propio Tribunal en su sentencia de 1991 sobre el caso *Harmelin v. Michigan*. En esta nueva resolución —que, a diferencia de las anteriores, no analizó un supuesto de reincidencia— se consideró conforme con la octava enmienda la condena a privación perpetua de libertad, sin posibilidad de libertad condicional, de un sujeto condenado en el estado de Michigan por posesión de 672 gramos de cocaína³⁴. Esta vez las discrepancias entre los magistrados fueron tales que las opiniones se dividieron en tres grupos distintos, si bien la opinión mayoritaria se decantó por la constitucionalidad de la condena impuesta a *Harmelin*.

31 463 U.S. 277, pp. 299-300.

32 463 U.S. 277, p. 304. En particular, los cuatro jueces de la minoría entendieron que los delitos previos de *Helm* —entre los que había varios robos en casas habitadas— no eran tan leves como la mayoría había sostenido. Asimismo, consideraron que las diferencias existentes en relación con *Rummel* eran “insustanciales” (463 U.S. 277, p. 315), máxime teniendo en cuenta que éste sólo contaba con tres condenas y, en cambio, *Helm* tenía antecedentes por siete delitos.

33 462 U.S. 277, p. 314.

34 501 U.S. 957.

Un primer grupo –compuesto por los magistrados *Antonin Scalia* y *William H. Rehnquist*– entendió que la octava enmienda no contiene ninguna prohibición de penas desproporcionadas aplicable a penas privativas de libertad, añadiendo que la determinación exacta de la duración de semejantes castigos es una decisión política que compete a los legisladores y no a los jueces³⁵. Desde la perspectiva de estos dos magistrados, los razonamientos defendidos en *Solem v. Helm* debían rechazarse porque contradecían la jurisprudencia previa de la propia Sala y porque, además, no lograban aportar un *standard* objetivo de gravedad que permitiera determinar cuándo una pena es desproporcionada. En su voto, ambos jueces mostraron un gran escepticismo hacia la posibilidad de que tal *standard* pudiera llegar siquiera a determinarse y añadieron en tal sentido que, en realidad, “el principio de proporcionalidad es una invitación a imponer valoraciones subjetivas”³⁶. Precisamente esta imposibilidad de aislar criterios objetivos era lo que aconsejaba, desde su punto de vista, que los jueces no interfirieran en las decisiones de los legisladores.

Scalia y *Rehnquist* añadieron que “la idea de proporcionalidad es en sí misma un concepto retributivo”, que puede y debe ser abandonado cuando se atribuyen a la pena funciones distintas a la retribución, como, por ejemplo, la disuasión de potenciales delincuentes o la rehabilitación de los penados³⁷.

Por su parte, los magistrados *Anthony Kennedy*, *Sandra O'Connor* y *David Souter* discreparon de la opinión de *Scalia* y *Rehnquist* por entender, en un voto redactado por el primero, que sí era posible derivar de la octava enmienda una prohibición de penas gravemente desproporcionadas, si bien limitada por una serie de circunstancias: en primer lugar, por el reconoci-

35 Para fundamentar su conclusión los dos magistrados prestaron especial atención a la historia de la octava enmienda (501 U.S. 957, pp. 966-985), sosteniendo que en los orígenes de esta disposición legal –que se sitúan en el Derecho inglés del siglo XVII– sólo se pretendía con ella evitar castigos ilegales o inusuales, pero no penas desproporcionadas. A su juicio, éste es el sentido con el que fue acogida en el Derecho estadounidense.

36 501 U.S. 957 p. 986.

37 501 U.S. 957, p. 989.

miento de que la fijación de los plazos de las condenas es una decisión que esencialmente corresponde al poder legislativo³⁸; en segundo término, por la aceptación de que la octava enmienda no impone ninguna concreta teoría de la pena³⁹; en tercer lugar, por la constatación de que algunas diferencias importantes entre las diversas penas son el resultado inevitable, y a menudo beneficioso, de la estructura federal del Estado⁴⁰; y, por último, por la idea de que la revisión de la proporcionalidad por parte de los tribunales federales debe estar inspirada en la medida de lo posible por criterios objetivos, siendo el más importante el relativo al contenido de la sanción⁴¹.

De acuerdo con tales premisas los tres jueces sostuvieron la vigencia de un *principio de proporcionalidad limitado* que únicamente prohíbe las sanciones *gravemente desproporcionadas* a la vista de la seriedad de la infracción cometida y recalcaron en tal sentido que “la octava enmienda no exige una *proporcionalidad estricta* entre el delito y la pena”⁴². Semejantes consideraciones permitieron a estos miembros del Tribunal afirmar la constitucionalidad de la pena impuesta al recurrente a la luz de la gravedad de su delito y del margen legítimo de decisión en materia de política criminal que corresponde al estado de Michigan⁴³.

Mientras en el voto de los dos primeros magistrados se propuso desautorizar explícitamente la solución de *Solem v. Helm*, estos tres jueces trataron de hacer compatible lo afirmado en la sentencia de 1983 con la decisión del caso de *Harmelin*⁴⁴. No obstante, el *test* de proporcionalidad propuesto en *Solem* se consideró inaplicable al supuesto concreto, dado que, a juicio de los tres magistrados, la inherente gravedad del delito cometido por el recurrente permitía sostener por sí sola que el castigo impuesto no resultaba desproporcionado⁴⁵. En este sentido se sostuvo que la comparación de la pena

38 501 U.S. 957, pp. 998-999.

39 501 U.S. 957, p. 999.

40 501 U.S. 957, pp. 999-1000.

41 501 U.S. 957, p. 1000.

42 501 U.S. 957, p. 1001 (cursiva añadida).

43 501 U.S. 957, p. 1004.

44 501 U.S. 957, p. 1002.

45 501 U.S. 957, p. 1004.

impuesta con las penas previstas en el mismo estado para otros delitos o en otros estados para la misma infracción sólo procedía en aquellos “casos poco frecuentes” en que la comparación entre delito y pena permitiera afirmar la existencia de una gran desproporción entre ambos⁴⁶.

En la práctica la anterior conclusión tenía como consecuencia que los tres elementos que componían el *test* empleado en *Solem* se redujeran a un solo. Sin embargo, el hecho de que este precedente no fuera explícitamente desautorizado, pese a la reinterpretación de su contenido, generaría en el futuro un importante grado de incertidumbre sobre el alcance exacto de la jurisprudencia del Tribunal, como podrá observarse en las sentencias de los casos *Ewing y Andrade*⁴⁷.

Por último, los magistrados *Byron White, Harry Blackmun, John Stevens y Thurgood Marshall* discreparon no sólo de la fundamentación, sino también de las conclusiones de la mayoría⁴⁸. Reiterando planteamientos ya expuestos en *Solem*, desde el punto de vista de estos jueces resultaba incomprensible que se dedujera de la octava enmienda una prohibición de penas desproporcionadas en relación con la pena de muerte, las multas y fianzas y no, en cambio, respecto de las penas de prisión⁴⁹. Además, su discrepancia se extendió también a la decisión de sus colegas *Kennedy, O'Connor y Souter* de reducir a uno solo los tres criterios de proporcionalidad expuestos en *Solem*, pues, a juicio de los cuatro jueces, si se eliminaban el segundo y el tercer factor de comparación, el juicio de proporcionalidad perdía carácter objetivo. A modo de conclusión, y tras aplicar el *test* empleado en *Solem* al caso de *Harmelin*, los magistrados de la minoría sostuvieron que la condena de este último debería haber sido considerada contraria a la octava enmienda⁵⁰.

46 501 U.S. 957, p. 1005.

47 Cfr. *infra* IV y V.

48 501 U.S. 957, p. 1009 ss.

49 501 U.S. 957, p. 1014. Estos tres magistrados critican con argumentos diversos el análisis histórico contenido en el voto de *Scalia* (*ibidem*, p. 1010 ss).

50 Semejante conclusión se sustenta en argumentos como la existencia de conductas mucho más graves que la mera posesión de droga sin ánimo de traficar, el hecho de que en Michigan sólo se castigaran con reclusión perpetua, además del delito por el que se condenó a *Harmelin*, el asesinato en primer grado y la posesión o elaboración de narcóticos en cantidad superior a 650 gramos con el propósito de distribuirlos y, por último, la circunstancia de que sólo en dicho estado se castigaran con penas tan graves conductas como las del recurrente.

Entre 1991 y 2003 el Tribunal Supremo no volvería a pronunciarse sobre esta cuestión. Por tal motivo, y a la vista de las oscilaciones de su jurisprudencia, la respuesta que el Tribunal pudiera dar a los recursos interpuestos por *Ewing* y *Andrade* era una gran incógnita que acrecentaba el interés que ya de por sí tenía el mero hecho de que la ley *three strikes* californiana se enfrentara a un juicio de constitucionalidad. La decisión de los nueve magistrados se conocería el 5 de marzo de 2003.

IV.

Las sentencias de los casos de *Gary Ewing* y *Leandro Andrade* no iban a ser una excepción en lo que respecta al grado de división entre miembros del Tribunal que se había producido en los precedentes anteriormente expuestos y en ambas causas la decisión final acabó también adoptándose por ajustadas mayorías de cinco magistrados contra cuatro⁵¹.

En el caso de *Ewing* las opiniones más breves y, al mismo tiempo, más contundentes son las sostenidas en sus respectivos votos por los magistrados *Antonin Scalia* y *Clarence Thomas*. Desde el punto de vista del primer juez, al que se adhiere el segundo de forma prácticamente absoluta, la octava enmienda de la Constitución tiene como única finalidad prohibir determinadas clases o formas de castigos y no contiene en modo alguno una prohibición de sanciones desproporcionadas. Según *Scalia*, —que en esta resolución reitera la opinión ya expuesta por él mismo en *Harmelin*— la idea de proporcionalidad se vincula en exclusiva con la retribución como finalidad de la pena. Dado que la Constitución no impone una finalidad concreta, sino que admite fines diversos como la intimidación o la inoquización, en los que no tiene sentido exigir proporcionalidad, la prohibición de penas excesivas no puede tener, a su juicio, rango constitucional⁵². Obviamente,

51 Ambas sentencias están pendientes de su publicación oficial, aunque su texto puede hallarse en *internet* en la página del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (vid. <<http://www.supremecourt.us.gov/opinions/02pdf/01-6978.pdf>>). En las siguientes notas se hacen constar los números de páginas tal como aparecen en la citada web, dado que todavía no existe una paginación oficial de las sentencias.

52 De hecho, el propio *Scalia* reconoce en su voto (p. 2) que la pena impuesta a *Ewing* no puede con-

estas ideas llevan a ambos jueces a votar a favor de la confirmación de la condena de *Ewing*.

La opinión radicalmente opuesta se sostiene en el extenso voto del magistrado Stephen G. Breyer, que también suscriben sus colegas John Stevens, David Souter y Ruth Ginsburg. Apoyándose en precedentes como *Solem* y *Rummel*—en que también se analizaron supuestos de reincidencia y cuyas conclusiones, como se ha expuesto, no habían sido explícitamente desautorizadas en la jurisprudencia posterior— estos magistrados argumentan que el caso de *Ewing* es uno de aquellos supuestos en que la condena debe considerarse gravemente desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Desde su punto de vista, para valorar la proporción entre delito y pena debe atenderse a tres factores: primero, la duración de la pena de prisión impuesta en tiempo real; segundo, el hecho que ha dado lugar a la imposición de la pena, y, tercero, los antecedentes penales del reo⁵³. A juicio de Breyer, no obstante, el factor verdaderamente importante es el primero, pues un análisis de los precedentes permite advertir que en *Solem* se consideró inconstitucional el castigo del recurrente pese a que sus antecedentes eran más graves que en *Rummel* y el delito cometido, en cambio, no revestía mayor gravedad.

Según señala el juez Breyer, los antecedentes de *Ewing* no eran peores que los del recurrente en *Solem*, ni su delito cualitativamente más grave. Además, la pena de *Ewing*—veinticinco años sin libertad condicional— estaba más próxima a la reclusión perpetua impuesta en *Solem*, que a la pena de entre diez y doce años reales de privación de libertad impuesta en *Rummel*. Estos datos permiten afirmar al citado juez que el caso de *Ewing* es mucho más similar a *Solem* que a *Rummel*. Asimismo, según afirma Breyer, la gravedad de la conducta de *Ewing* se sitúa en la franja baja del catálogo de ilícitos, sin que pueda afirmarse que todo delito cometido por un reincidente debe considerarse siempre como una infracción grave o que cualquier pena que se imponga a un reincidente es siempre constitucional, pues esta perspectiva fue rechazada tanto en *Solem* como en *Harmelin*⁵⁴.

siderarse proporcionada a la vista de la gravedad del delito cometido, aunque a juicio del magistrado ello no debe tener ninguna repercusión para la Sala, puesto que la retribución no es la única finalidad legítima desde una perspectiva constitucional.

53 Voto del magistrado Breyer, pp. 4-5.

54 Voto del magistrado Breyer, p. 7.

A juicio de *Breyer*, el hecho de que la pena impuesta a *Ewing* fuera una de las más graves imaginables y, en cambio, el delito cometido no revistiera especial gravedad permite pasar a un segundo nivel de análisis de la proporcionalidad del castigo. Según el magistrado, en este nivel procede estudiar, en primer lugar, cómo se sanciona el mismo delito en otras jurisdicciones y, en segundo lugar, qué delitos se castigan con la misma pena en California y en terceros estados⁵⁵. Según advierte *Breyer*, entre la Segunda Guerra Mundial y 1994 los responsables de delitos como el cometido por *Ewing* nunca habrían cumplido más de diez años de prisión y, en no pocas ocasiones, autores de ilícitos muchísimo más graves que el cometido por el recurrente habrían padecido penas más leves que la impuesta a *Ewing*.

Después de analizar la legislación de los restantes estados de la Unión, el juez *Breyer* advierte que en ninguno de ellos se habría tratado a un acusado con la severidad de las leyes de California, lo que le permite afirmar que “fuera del contexto de la ley *three strikes* californiana, la sentencia de *Ewing* es, a la vista de la gravedad del delito, prácticamente única en cuanto a su severidad y, además, lo es en un grado muy considerable”⁵⁶. Por último, señala el juez que, si lo que se pretendía con esta ley era luchar contra la criminalidad violenta y grave, el castigo de *Ewing* tampoco tenía razón de ser. Este argumento final, junto con las razones expuestas, lleva a *Breyer* a inclinarse por la incompatibilidad de la condena con el texto constitucional, en una decisión que suscriben también los tres colegas citados.

Aun coincidiendo con la anterior conclusión, el magistrado *John Stevens* emite un voto particular –que suscriben también sus colegas *Breyer*, *Souter* y *Ginsburg*– para enfatizar que es posible deducir una prohibición de penas desproporcionadas de la octava enmienda. Desde su punto de vista, y como ya se sostuvo en *Solem*, sería absurdo interpretar que la Constitución impide imponer la pena de muerte cuando resulte desproporcionada y también multas o fianzas y, al mismo tiempo, afirmar que dicha prohibición no se

55 El magistrado sigue el análisis propuesto en *Harmelin*. Mientras en *Solem* los tres elementos del test formaban parte de un único juicio de proporcionalidad, en *Harmelin* se entendió –como se ha expuesto *supra* III.B– que el segundo y tercer elemento sólo debían analizarse en aquellos casos en que se cumpliera el primer requisito.

56 Voto del magistrado *Breyer*, p. 13.

extiende a la pena de prisión⁵⁷. Según Stevens, la vigencia de la prohibición de penas privativas de libertad desproporcionadas no debería ponerse en tela de juicio por la ausencia de un límite temporal preciso en el texto constitucional. De hecho, la ausencia de tales límites no ha impedido la concreción judicial de otras disposiciones constitucionales, como, por citar un ejemplo, el derecho de los ciudadanos a un procedimiento sin dilaciones, reconocido en la sexta enmienda⁵⁸.

La última palabra correspondería a los magistrados *William Rehnquist*, *Anthony Kennedy* y *Sandra O'Connor*, quienes inclinarían la balanza en sentido opuesto a los intereses de *Gary Ewing* al pronunciarse a favor de la constitucionalidad del castigo en un voto redactado por esta última juez. Tras retomar la conclusión del magistrado *Kennedy* en *Harmelin v. Michigan*, estos tres jueces admiten la posibilidad de derivar de la octava enmienda un principio limitado de proporcionalidad no sólo aplicable a la pena capital, sino también a penas de prisión gravemente desproporcionadas, pese a coincidir, no obstante, con su colega *Scalia* cuando afirma que la Constitución no impone ninguna finalidad específica de la pena y que la selección de dicha finalidad ha de ser competencia exclusiva del legislador⁵⁹. Desde el punto de vista de *Rehnquist*, *Kennedy* y *O'Connor*, entre las diversas finalidades posibles y legítimas de la pena el legislador californiano optó por la incapacitación, tratando de evitar que quien haya cometido varios delitos graves vuelva a delinquir. A su juicio, el objetivo de proteger la seguridad pública legitima la aplicación de la ley *three strikes* a aquellos que ya hayan sido condenados al menos por un delito grave o violento, pues las estadísticas demuestran el elevado peligro para la seguridad pública que suponen en la práctica los sujetos reincidentes⁶⁰.

57 Voto del magistrado *Stevens*, p. 2.

58 Voto del magistrado *Stevens*, p. 2. Este miembro del Tribunal señala también (*ibidem*, p. 3) que en la tradición jurídica estadounidense los jueces han gozado por lo general de una amplia libertad a la hora de determinar la pena y que en el ejercicio de su discrecionalidad siempre han recurrido a valoraciones de proporcionalidad.

59 Voto de la magistrada *O'Connor*, pp. 11-12.

60 *Ibidem*, p. 13. Según se especifica en la sentencia, el 67 % de los reos puestos en libertad en prisiones estatales son acusados de un nuevo delito grave dentro de los tres años siguientes a su liberación, una cifra que asciende al 73 % en el caso de la delincuencia patrimonial.

Pasando a analizar el concreto recurso de *Ewing*, los tres magistrados entienden que la alegación del recurrente no ha sido bien planteada, pues, a su juicio, para valorar la proporcionalidad del castigo no puede tenerse sólo en cuenta, como pretende la defensa, la gravedad de la última infracción cometida, sino que es necesario considerar la totalidad de la carrera criminal del reo. Desde su punto de vista, si se atiende a este último factor la pena de *Ewing* debe considerarse plenamente justificada por el interés del estado en inocular e intimidar a reincidentes, sin que, visto así, el caso del recurrente pueda incluirse en los supuestos de grave desproporción que en la sentencia de Harmelin se consideraron contrarios a la octava enmienda⁶¹.

Pese a no coincidir en su fundamentación, el sentido de los votos de *O'Connor*, *Rehnquist* y *Kennedy*, unido al de los emitidos por *Scalia* y *Thomas*, conlleva la desestimación del recurso de *Ewing* y la confirmación de su condena. Además, y como es obvio, la decisión del Tribunal Supremo supone un pleno respaldo a la legitimidad constitucional de las leyes *three strikes*.

V.

En el caso de *Leandro Andrade* las dos condenas a veinticinco años de prisión impuestas por los tribunales californianos habían sido consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por el Tribunal Federal del Noveno Circuito. Este órgano entendió que las decisiones condenatorias de los tribunales estatales –cuyo veredicto estaba basado en la sentencia del caso *Rummel*– no habían tenido en cuenta la prohibición de penas gravemente desproporcionadas como parte del Derecho federal claramente establecido y determinado por el propio Tribunal Supremo. Semejante decisión sería recurrida por el Fiscal General de California.

En un voto redactado por la magistrada *O'Connor*, al que se adhieren sus colegas *Rehnquist*, *Scalia*, *Kennedy* y *Thomas*, el Tribunal Supremo reco-

61 *Ibidem*, pp. 14-17. Esta afirmación explica las críticas contenidas en el voto del juez *Scalia*, quien sostiene que sus tres colegas no realizan un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que entran a valorar el fin perseguido por el legislador con su castigo. En sus propias palabras, “la mayoría no está aplicando la ley, sino evaluando una política” (Voto del magistrado *Scalia*, p. 2).

noce desde un buen principio que “nuestros precedentes en este ámbito no son precisamente un modelo de claridad”⁶². Según la mayoría del Tribunal, aunque puede afirmarse la existencia de un principio claramente establecido, como es la prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas, no están claros cuáles son los factores que indican una grave falta de proporción y lo único indiscutible es que este principio de proporcionalidad se infringe sólo en casos extremos.

Según los jueces de la mayoría, el hecho de que el caso de *Andrade* se asemeje al resuelto en *Rummel* y que este precedente no hubiera sido desautorizado impide afirmar que la condena de los tribunales californianos se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³. A la misma conclusión lleva, según dicha mayoría, el que el caso ahora resuelto no sea totalmente idéntico al de la sentencia de *Solem v. Helm*, pues en este precedente no cabía la libertad condicional del reo, una posibilidad que sí existe en el supuesto de *Andrade*⁶⁴. Según estos cinco jueces la prohibición de penas gravemente desproporcionadas no fue irracionalmente inaplicada por los tribunales californianos –supuesto que permitiría su revisión por los tribunales federales–, ya que no era absurdo sostener la constitucionalidad de las condenas del recurrente de acuerdo con los precedentes expuestos⁶⁵. Por estas razones se acuerda revocar la sentencia del Tribunal del Noveno Circuito y reafirmar la condena inicialmente impuesta a *Leandro Andrade*.

Por su parte, los magistrados *Stevens*, *Ginsburg*, *Breyer* y *Souter* emiten también en este caso un voto disidente redactado por este último, en el que se oponen a la conclusión de la mayoría. Desde su punto de vista, la prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas es un principio claramente establecido por el Tribunal Supremo en los precedentes *Rummel*, *Solem* y *Harmelin*⁶⁶. Desde la perspectiva de estos jueces el caso de Andrade

62 Voto de la magistrada *O'Connor*, p. 7.

63 Voto de la magistrada *O'Connor*, p. 9.

64 Gran parte de la complejidad del caso es atribuible al hecho de que el Tribunal Supremo nunca llegara a desautorizar la sentencia del caso *Rummel* pese a dictar con posterioridad la sentencia *Solem*, contradictoria en muchos aspectos con la primera. Y lo mismo sucedería años después con la sentencia de *Harmelin* en relación con *Solem*.

65 Voto de la magistrada *O'Connor*, p. 10.

66 Voto del magistrado *Souter*, p. 1.

se asemejaba notablemente al de *Solem*, tanto en la levedad de las infracciones cometidas como en las características del *curriculum* criminal del recurrente. Además, y aunque a diferencia de *Solem Andrade* sí podría gozar de libertad condicional, este beneficio sólo lo alcanzaría después de sufrir cincuenta años de prisión, circunstancia que aproxima notablemente su pena a la reclusión perpetua, dado que la libertad no le llegaría hasta los ochenta y siete años de edad⁶⁷.

Por último, estos cuatro magistrados cuestionan que la imposición simultánea de dos condenas a veinticinco años sea coherente con la inocuización de los delincuentes en tanto que objetivo declarado de la legislación californiana. A su juicio, la peligrosidad de *Andrade* era la misma tanto después de cometer el primer hurto como al consumir el segundo y, por tanto, no está justificado que se le impusieran a la vez dos castigos para atajar una única peligrosidad: “cuando *Andrade* se apoderó por segunda vez de las cintas de vídeo no se había convertido en un sujeto doblemente peligroso para la sociedad”, afirma Souter⁶⁸. Según los magistrados disidentes, el caso de *Andrade* es “una de aquellas raras condenas en que la gran desproporción puede demostrarse”, y añaden, a modo de tajante conclusión: “si la condena de *Andrade* no es gravemente desproporcionada, el principio de proporcionalidad no tiene ningún sentido”⁶⁹.

VI.

Una de las principales conclusiones que cabe extraer de las sentencias de los casos de *Andrade* y *Ewing* es la confirmación de una idea ya defendida por el Tribunal Supremo en su resolución de *Harmelin v. Michigan*, a saber, la posibilidad de deducir de la octava enmienda una prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas. En estas dos nuevas resoluciones se opta por restringir –aun más si cabe– el alcance de semejante prohibición y se insiste con especial énfasis en que los casos de desproporción habrán de ser por fuer-

67 Voto del magistrado *Souter*, p. 3.

68 Voto del magistrado *Souter*, p. 6.

69 Voto del magistrado *Souter*, p. 7.

za poco frecuentes (“*rare*” y “*extreme*” son las expresiones literales que se utilizan en la sentencia del caso *Andrade*)⁷⁰. Por esta vía el Tribunal Supremo sigue afirmando la vigencia de una prohibición de penas desproporcionadas, pero, al mismo tiempo, la vacía prácticamente de contenido con la supuesta voluntad de no arrogarse competencias propias del legislador.

Esta excepcionalidad se concreta en diversas exigencias formuladas por el propio Tribunal: en primer lugar, el análisis comparativo entre las penas previstas para distintos delitos y en distintos estados, que en 1983 desempeñó un papel decisivo en la sentencia de *Solem*, pasa a tener ahora un carácter totalmente secundario, subordinado a que en una primera valoración se aprecie desproporción extrema entre la infracción y la pena; asimismo, en este primer juicio de proporcionalidad entiende el Tribunal que no sólo deberá tenerse en cuenta la gravedad del hecho concreto por el que se impone la condena, sino la totalidad de la carrera criminal del reo, una exigencia que lleva a restringir de manera muy importante el alcance de una prohibición de exceso ya de por sí muy limitada.

Como consecuencia de estos razonamientos las leyes *three strikes* parecen quedar plenamente inmunizadas frente a cualquier futura duda sobre su constitucionalidad por parte de jueces y tribunales⁷¹. En especial, la exigencia de que deba considerarse el *curriculum* criminal del reo para determinar la proporción de la pena impuesta convierte en prácticamente inviable cualquier impugnación de la legitimidad de estas leyes de acuerdo con la octava enmienda. La principal muestra de ello es la condena de *Leandro Andrade*: como afirman los magistrados de la minoría, si no es desproporcionada la imposición de una pena de cincuenta años de prisión por dos hurtos –intentados– de unas cintas de vídeo, el principio de proporcionalidad no tiene ya razón de ser.

Con todo, el hecho de que el Tribunal Supremo haya otorgado su pleno respaldo a estas leyes no debe llevar a ignorar las muy diversas objeciones

70 Voto de la magistrada *O'Connor*, p. 8.

71 En la doctrina, no obstante, LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 78-89, apunta a una posible segunda vía para cuestionar ante el Tribunal Supremo las leyes *three strikes*, concretamente, la impugnación de la posibilidad legal de tener en cuenta condenas por hechos cometidos cuando el reo era menor de edad a los efectos de apreciar su reincidencia. Ello se debe a que tales condenas no son impuestas por jurados, lo que a juicio de este autor podría vulnerar algunas previsiones constitucionales.

que cabe imaginar contra ellas. Una de las críticas más evidentes se basa en la advertencia de que estas normas sancionan hechos que bien poco tienen que ver con los que motivaron su introducción en el código penal californiano. Así, por ejemplo, en San Francisco sólo un diez por ciento de casos de aplicación de la ley han sido por delitos graves o violentos y la mayoría de condenas han sido por infracciones relacionadas con el tráfico de drogas o por hurtos⁷². A la vista de estos datos, una parte importante de la doctrina estadounidense cuestiona el efecto preventivo que el castigo de simples rateros puede tener en potenciales autores de delitos como los asesinatos de *Polly Klaas* o *Kimber Reynolds*⁷³. La constatación de que el texto finalmente aprobado no se corresponde con aquello que los californianos creían aprobar es, precisamente, uno de los grandes argumentos de quienes proponen reformar la ley —entre los que cabe contar a la *American Bar Association* y a la *Conferencia Judicial de los Estados Unidos*⁷⁴— para limitarla a los casos de criminalidad verdaderamente grave.

Desde el punto de vista de la función de la pena, es evidente que lo que inspiró la creación de estas leyes fueron objetivos como la intimidación y la inocuización⁷⁵: el primer objetivo basado en la idea de que penas tan graves como las establecidas disuaden a potenciales delincuentes de cometer nuevos delitos; y, el segundo, bajo el lema de que un criminal entre rejas no puede cometer delitos en las calles. Sin embargo, lo que convierte en verda-

72 LUNA, *TJLR*, 1998, p. 21. En este mismo sentido señala SCHULZ, *CJLPP* 2000, p. 574, que los principales afectados por las leyes han sido delincuentes no violentos o vinculados con el tráfico de drogas.

73 Cfr. LUNA, *TJLR*, 1998, p. 21 ss. Según este autor (*ibidem*, p. 21 ss) no existe constancia de estadísticas o estudios sobre las posibilidades de que el autor de un hurto cometa en el futuro un asesinato. Cfr. igualmente las observaciones de SCHULZ, *CJLPP* 2000, p. 574. El hecho de que la ley se aplique a delitos no violentos tuvo como consecuencia que incluso la familia de *Polly Klaas* se opusiera a ella: cfr. al respecto el artículo escrito por el abuelo de la niña en <<http://www.sfbayview.com/051502/threestrikes051502.html>>.

74 Una relación de opositores a la severidad de la ley californiana en LUNA, *TJLR*, 1998, p. 20. Entre éstos cabe contar, como uno de los más activos, al grupo *Families to Amend California's Three Strikes* (FACTS); cfr. su página web en <<http://www.facts1.com>>.

75 Al respecto, entre otros, LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 7-9. Sobre la permanente presencia de la idea de inocuización en el debate político-criminal estadounidense y sus diversas plasmaciones en la actual legislación de aquel país cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero*, pp. 700-701.

deramente llamativas a las leyes *three strikes* es que en ellas la persecución de estos objetivos ha sido llevada a sus últimas consecuencias, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, siquiera limitador⁷⁶.

Partiendo de esta premisa le asiste la razón al magistrado *Scalia* cuando sostiene que atendiendo al fin de estas leyes no tiene sentido plantearse si los castigos previstos son desproporcionados o no, puesto que la proporcionalidad es un concepto eminentemente retributivo y, por tanto, poco puede aportar como parámetro para valorar unas normas que en su mismo origen han renunciado a toda retribución. Coherente con tal planteamiento, este magistrado considera insostenible la opinión de sus compañeros de sala cuando manifiestan que la Constitución no impone al legislador ninguna función concreta de la pena y, al mismo tiempo, entienden que la actividad legislativa se halla limitada por una idea retributiva en esencia como es la proporcionalidad.

En este sentido, debe admitirse que en los argumentos de la mayoría –expresados en el voto de la juez *O'Connor*– se advierte una cierta tendencia a confundir la exigencia de penas proporcionadas con la necesidad de que la pena cumpla algún tipo de función, tendencia que se observa en la afirmación de que las penas de *Ewing* y *Andrade* no son gravemente desproporcionadas *precisamente* porque cumplen funciones intimidatorias e incoizadoras. Sin embargo, esta noción de proporcionalidad poco tiene que ver con la definición más clásica de este concepto –que la define como “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”⁷⁷– y en ella ha desaparecido la dimensión garantista de la prohibición de penas excesivas.

Otra de las ideas frecuentemente invocadas por los magistrados más reacios a apreciar la vigencia de una prohibición de exceso punitivo –no sólo en los casos de *Ewing* y *Andrade*, sino también en los precedentes expuestos– es la afirmación de que hablar de proporciones supone una invitación a la arbitrariedad a causa de los problemas para establecer en cada caso con-

76 Al respecto cfr. VITIELLO, *JCLC*, 1997, pp. 423-432.

77 Definición tomada del Diccionario de la Lengua Española de la *Real Academia Española*, 21.ª ed., Madrid, 1992.

creto cuál es el castigo proporcional que merece el sujeto. Sin embargo, aun aceptando tal dificultad, parece que ésta disminuye si no se pregunta directamente cuál es el castigo proporcionado para un concreto delito, sino qué posibles castigos resultan sin lugar a dudas desproporcionados. Todo parece indicar que para esta última cuestión debe ser mucho más sencillo encontrar consensos y, además, con este planteamiento alternativo se consigue armonizar el ámbito competencial de los legisladores con las potestades judiciales: todo el ámbito de duda pertenece al legislador y los jueces sólo deben manifestarse cuando existe consenso en que el castigo resulta desproporcionado de manera incuestionable.

VII.

Más allá de las dudas expuestas, referidas al propio contenido de las sentencias de los casos *Ewing* y *Andrade*, en el debate jurídico estadounidense de la última década se han formulado numerosas objeciones a las leyes *three strikes*, muchas de ellas relacionadas con su propia eficacia y su grado real de incidencia en la criminalidad. Así, si se toma como ejemplo el caso de California, ciertamente se advierte desde mediados de los noventa una sensible disminución de la tasa de delincuencia que los partidarios de las nuevas previsiones atribuyen al tratamiento más severo de los delincuentes habituales⁷⁸. Algunos autores se atreven a aventurar incluso el número exacto de delitos que la ley californiana evitó en sus dos primeros años de vigencia: ocho asesinatos, 3.972 asaltos agravados y más de 10.000 robos con violencia, según un trabajo de JOANNA SHEPHERD⁷⁹.

78 Así, ya en 1996 LUNGREN, PR, 1996, p. 34: este autor señala que sólo en 1995 los delitos disminuyeron un 8,5 %, una disminución que atribuye sin dudas a la entonces reciente entrada en vigor de las leyes *three strikes*. Según el principal promotor de las leyes, *Mike Reynolds*, citando fuentes del FBI (en <<http://www.threestrikes.org/index.html>>), la criminalidad en California entre 1993 y 1998 descendió un 32,7%, mientras que en el resto de estados sólo lo hizo un 13%. En estos últimos estados se han dictado muy pocas condenas al amparo de la nueva legislación, según refiere SCHULZ, *CJLPP*, 2000, p. 573. Más cifras en LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 19-20 y VITIELLO, *JCLC*, 1997, p. 441 ss.

79 SHEPHERD, *JLS*, 2002, p. 159. Según esta autora (*ibidem*, p. 161) las leyes *three strikes* no sólo tienen un efecto intimidatorio para los sujetos que ya han cometido dos delitos, sino también para aquellos que aún no han perpetrado su primera infracción.

Sin embargo, algunos académicos interpretan que la disminución global del número de delitos debe atribuirse a otras muchas circunstancias y en este sentido se señala, por ejemplo, que en la ciudad de Nueva York también se logró en la misma época una sensible reducción de la tasa de criminalidad sin necesidad de introducir leyes *three strikes*, sino sólo empleando un mayor rigor en la vigilancia policial: el llamado programa de la *zero tolerance*⁸⁰. Otros autores indican que antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes ya se apreciaba en los Estados Unidos una tendencia a la disminución de la criminalidad atribuible a factores diversos⁸¹. En cualquier caso, la auténtica guerra de cifras que existe en la doctrina acerca de la influencia real de la ley hace que sea realmente muy difícil valorar sus efectos.

Asimismo los detractores de estas previsiones llaman la atención sobre algunos efectos colaterales de su aplicación que en modo alguno merecen una valoración positiva. Entre estas consecuencias negativas cabe mencionar, significativamente, el sensible aumento de la población reclusa que han experimentado los estados en que se aplican las leyes en cuestión, con el consiguiente aumento del gasto en prisiones⁸². A este hecho se añade también el envejecimiento de dicha población, con el consiguiente incremento del gasto médico⁸³. Además, se expresa el temor de que el importante

80 Dato reconocido por LUNGREN, fiscal general de California, en *PR*, 1996, p. 38, quien señala, sin embargo, que la aplicación de la “tolerancia cero” tiene unos costes económicos mucho más elevados, especialmente en contratación de agentes de policía, indicando que mientras en 1996 Los Ángeles sólo contaba con 8.737 policías, Nueva York tenía 37.800. Por su parte VITIELLO, *JCLC*, 1997, p. 445, señala, no obstante, que en Nueva York la criminalidad disminuyó un 5% más que en Los Ángeles.

81 SCHULZ, *CJLP*, 2000, pp. 573-574; VITIELLO, *JCLC*, 1997, p. 444; y LUNA, *TJLR*, 1998, p. 6.

82 Los partidarios de la medida replican, no obstante, que el aumento del gasto en prisión se ve compensado por la disminución de los daños que ocasiona el delito; cfr. al respecto LUNA, *TJLR*, 1998, pp.17-18. Otro factor de incremento del gasto señalado por este autor (*ibidem*, pp. 28-29) es que la mayoría de acusaciones en que entra en juego la regla del *three strikes* se resuelven en juicios por jurado y no a través de los acuerdos entre defensa y fiscal. Algunos partidarios de las leyes niegan incluso que hayan desbordado el sistema de prisiones, entre ellos, su promotor *Mike Reynolds* en <<http://www.threestrikes.org/index.html>>. El colectivo FACTS (en <<http://www.facts1.com/general/facts1.htm>>) aporta otras cifras: desde 1980 a 2000 la población penitenciaria pasó de 23.511 reclusos a 162.000.

83 Vid. LUNA, *TJLR*, 1998, p. 28 ss. Sobre el envejecimiento de la población reclusa cfr. asimismo VITIELLO, *JCLC*, 1997, pp. 437-441, quien señala que el gasto en este tipo de reclusos tiene difi-

esfuerzo económico dedicado al mantenimiento de los presos lleve a desatender los programas de lucha contra las causas sociales del delito, lo que puede tener como consecuencia que las generaciones de delincuentes vayan sucediéndose sin más⁸⁴. Así, el gasto en prisiones acaba repercutiendo en el presupuesto de educación o de los programas contra la droga o la enfermedad mental⁸⁵. O, incluso, como apunta algún autor, en el gasto en policía, de tal modo que lo que se gana endureciendo las sanciones se pierde ante la menor certeza de su imposición⁸⁶.

Entre otras consecuencias de la aplicación de la nueva legislación cabe citar algunas ciertamente llamativas: así, algunos autores constatan la existencia de un fenómeno de migración de sujetos en libertad condicional y, por tanto, susceptibles de padecer las consecuencias de las nuevas disposiciones en caso de reincidir, hacia estados que mantienen una legislación más benigna⁸⁷. Otros autores ponen de manifiesto que la ley se ha aplicado de manera especial en sujetos de raza negra, que han resultado ser el 43% de los reos condenados por las leyes *three strikes* pese a que sólo constituyen un 7% de la población de California⁸⁸.

A menudo se ha advertido también cómo muchos fiscales y jueces son reacios a la aplicación de la ley, lo que ha tenido como consecuencia el que en la práctica se hayan valido de los más diversos recursos interpretativos para eludir los efectos de la interpretación más literal de estas normas⁸⁹. A resultas de este fenómeno, en aquellos casos en que la ley se ha aplicado en

cil justificación, pues, según muestran las estadísticas, la tasa de criminalidad disminuye a medida que aumenta la edad de los delincuentes.

84 Posibilidad apuntada por GREENWOOD *et al.*, en *Three Strikes*, p. 83. Según estos autores, las nuevas leyes “funcionan cuando se trata de transferir delincuentes de las calles a la prisión, pero no funcionan si lo que importa es destruir las fuentes de suministro de delincuencia”. Algunas cifras sobre el aumento del gasto en prisiones atribuibles a estas leyes en FEELEY, *RIDPP* 2002, p. 428.

85 LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 25-26. Según cifras aportadas por este autor el estado de California gasta cinco veces más por preso que por estudiante.

86 Cfr. al respecto las observaciones de VITIELLO, *JCLC*, 1997, p. 442.

87 LUNGREN, *PR*, 1996, p. 37. Según este autor, el año que entró en vigor la ley californiana 1.335 reos en libertad condicional decidieron trasladarse a otros estados.

88 Cifras aportadas por SCHULZ, *CJLPP*, 2000, pp. 581-582. Cfr. igualmente al respecto LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 27-28 y VITIELLO, *JCLC*, 1997, pp. 456-457.

89 Cfr. al respecto el interesante trabajo de FEELEY/KAMIN, en *Three Strikes*, pp. 135-153. Estos autores señalan (*ibidem*, p. 150) como “punto débil” de la nueva legislación el hecho de que sea el

su plenitud, a causa de la severidad del fiscal, no puede evitarse la sensación de que el reo ha sido tratado de forma poco igualitaria en comparación con otros delincuentes. Ello permite afirmar a autores como FEELEY y KAMIN que las leyes *three strikes*, como muchas otras leyes aparentemente creadas para reducir la discrecionalidad, han tenido como efecto un aumento de los poderes discrecionales de fiscales y jueces⁹⁰.

Por último cabe mencionar también la posibilidad de que las graves consecuencias que se vinculan a la comisión del tercer delito acaben repercutiendo negativamente en la tasa de comisión de ciertas infracciones. En este sentido, algunos autores señalan que el hecho de que el tercer delito comporte ya para el delincuente la imposición de una pena de privación perpetua de libertad supone, en la práctica, una invitación a cometer actos más graves con el propósito de evitar el descubrimiento de la tercera conducta delictiva⁹¹. Una invitación, por ejemplo, a matar a los testigos de un simple hurto para evitar su descubrimiento y la imposición de una pena de reclusión perpetua. O, cuando menos, a utilizar la fuerza contra los agentes de la policía para evitar la detención⁹².

fiscal quien deba acreditar las previas condenas de un acusado, lo que deja en sus manos la decisión de solicitar en cada caso la aplicación de las normas para reincidentes. La enorme influencia de la discrecionalidad de los fiscales en el grado de aplicación de las leyes *three strikes* es apuntada también por PILLSBURY, *BCL*, 2002, p. 489. En relación con la jurisprudencia de ciertos tribunales californianos, previa a las decisiones del Tribunal Supremo, dirigida a mitigar en algunos casos las consecuencias de la ley *three strikes* cfr. *ibidem*, p. 517 ss. Sobre estas cuestiones cfr. también LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 25-27 y SCHULZ, *CJLPP*, 2000, p. 575.

90 FEELEY/KAMIN, en *Three Strikes*, p. 150. Un análisis de cómo las leyes en cuestión han afectado al tradicional rol del juez en el proceso penal estadounidense puede encontrarse en PILLSBURY, *BLR*, 2002, p. 506 ss.

91 Muy interesante al respecto el trabajo de MARVELL/MOODY, *JLS*, 2001, pp. 89-106. Según estos autores, las leyes *three strikes* han supuesto un aumento de los homicidios entre el 10 y el 12 %, cifras que, a corto plazo, pueden incrementarse hasta el 29 %. Los autores se basan en la idea (*ibidem*, p. 91) de que "cuando las penas de un delito y de su modalidad agravada son similares, cabe esperar que el delincuente cometa la modalidad agravada si ello reduce la posibilidad de ser detenido y declarado culpable".

92 Cfr. LUNA, *TJLR*, 1998, pp. 30-32.

VIII.

Desde una perspectiva europea las leyes *three strikes* pertenecen sin duda a lo que para muchos observadores constituye el catálogo de excesos y extravagancias político-criminales estadounidense. Una categoría de la que también forman parte otros fenómenos más o menos arraigados en la tradición jurídica de aquel país, como los registros de delincuentes sexuales, las denominadas penas avergonzantes, la privatización del sistema carcelario o, por supuesto, el mantenimiento a ultranza de la pena de muerte en muchos estados.

Pese a que la propuesta de imponer la pena de reclusión perpetua cuando se cometa el tercer delito cuenta en la historia jurídica europea con representantes tan ilustres como *Franz von Liszt*, en el actual debate político-criminal del viejo continente la lucha contra los delincuentes habituales no se plantea en términos tan rotundos como el de las leyes *three strikes*⁹³. Así, por ejemplo, las recientes reformas de la legislación española para endurecer el régimen de los multireincidentes merecen ser calificadas de muy moderadas si se las compara con las leyes norteamericanas, del mismo modo que la jurisprudencia el Tribunal Constitucional español en materia de proporcionalidad parece —pese a sus vacilaciones— una barrera mucho más sólida para evitar posibles excesos del legislador que la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Así, en la actual redacción del art. 234 del Código Penal la comisión en el plazo de un año de cuatro conductas constitutivas de una falta de hurto sólo se castiga con una pena de prisión de seis a dieciocho meses⁹⁴. Por su parte, aunque el Tribunal Constitucional español afirma en su jurisprudencia —al igual que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos— que la decisión sobre la pena que corresponde a cada delito es una cuestión que compete fundamentalmente al legislador y que la jurisdicción constitucional sólo debe intervenir en casos extremos⁹⁵, ello no le ha impedido declarar inconstitu-

93 VON LISZT, *La idea de fin*, pp. 86-87.

94 Para la reforma cfr. el texto de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre de 2003), de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

95 Así, afirma este Tribunal (vid. STC de 22 de mayo de 1986, ponente Latorre Segura) que “en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con rela-

cional la pena de siete años de prisión impuesta a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por decidir divulgar en televisión un vídeo de la organización terrorista ETA, así como la imposición de una medida de cuatro meses de internamiento a un menor que cometió una falta de hurto frustrado⁹⁶.

Con todo, y pese a tan distintas sensibilidades, conviene no menospreciar la importancia de la política criminal estadounidense para el debate europeo. Cuestiones cuya discusión es relativamente reciente en Europa, como la creación de registros públicos de delincuentes o el propio lema de “tolerancia cero”, vienen planteándose desde hace años en Estados Unidos, del mismo modo que este país fue en su momento precursor en la aplicación de las ideas resocializadoras, ahora en crisis también en el continente europeo⁹⁷. Algunos indicios permiten afirmar que, como en Estados Unidos, la demanda por parte de la opinión pública europea de un tratamiento más severo de los delincuentes habituales no decrecerá en los próximos años, sino más bien lo contrario. Las condenas de Ewing y Andrade deberían servir como ejemplo de los riesgos que corren los legisladores del viejo continente si en el futuro no ponen límites a su afán por satisfacer tales demandas.

ción a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del artículo 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del art. 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito”.

96 Vid., respectivamente, la STC de 20 de julio de 1999 (ponente Viver Pi-Sunyer) y la STC de 17 de marzo de 1998 (ponente Cruz Villalón). Con todo, la jurisprudencia constitucional española tampoco es un modelo de coherencia: así, por ejemplo, en la citada STC de 22 de mayo de 1986 se consideró constitucional una pena de doce años y un día de prisión para un sujeto que se había apropiado de varios kilos de carne pertenecientes a un organismo público.

97 El mismo día en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó las sentencias de los casos Andrade y Ewing, se pronunció también a favor de la constitucionalidad de los registros de delincuentes sexuales en la sentencia del caso Smith et al. v. Doe et. al. <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-729.pdf>>. Sobre el abandono de la resocialización en California, un estado que en su momento fue precursor de las ideas rehabilitadoras cfr. VITIELLO, JCLC, 1997, pp. 423-424.

Bibliografía citada

- Feeley, Malcom / Kamin, Sam, “The Effect of ‘Three Strikes and You’re Out’ on the Courts”, en Shichor / Sechrest (eds.), *Three Strikes and You’re Out. Vengeance as Public Policy*, Thousand Oaks, 1996, pp. 135-153.
- Feeley, Malcom M., “Le origini e le conseguenze del panico morale” (trad. M. Calleri), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000-2, pp. 417-432.
- Greenwood, Peter / Rydell, C. Peter / Abrahamse, Allan / Caulkins, Johnathan / Chiesa, James / Model, Karyn E. / Klein, Stephen P., “Estimated Benefits and Costs of California’s New Mandatory-Sentencing Law”, en Shichor/Sechrest (eds.), *Three Strikes and You’re Out. Vengeance as Public Policy*, Thousand Oaks, 1996, pp. 53-90.
- Liszt, Franz von, La idea de fin en el Derecho Penal. *Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, (trad. C. Pérez del Valle), Granada, 1995.
- Luna, Erik G., “Foreword: Three Strikes in a Nutshell”, *Thomas Jefferson Law Review*, spring 1998, pp. 1-89.
- Lungren, Dan, “Three Cheers for 3 Strikes”, *Policy Review*, noviembre/diciembre 1996, pp. 71-80.
- Marvell, Thomas B. / Moody, Carlisle E., “The Lethal Effects of Three-Strikes Laws”, *Journal of Legal Studies*, 2001, pp. 89-106.
- Pillsbury, Samuel H., “A Problem in Emotive Due Process: California’s Three Strikes Law”, *Buffalo Criminal Law*, 2002, pp. 483-524.
- Shepherd, Joanna M., “Fear of the First Strike: The Full Deterrence Effect of California’s Two- and Three-Strikes Legislation”, *Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 160-197.
- Silva Sánchez, Jesús-María, “El retorno de la inocuización”, en Arroyo Zapatero *et al.*, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, 2001, pp. 700-710.
- Schulz, David, “No Joy in Mudville Tonight: The Impact of ‘Three Strikes’ Laws on State and Federal Corrections Policy, Resources and Crime Control”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2000 (winter), pp. 557-583.

- Tyler, Tom R. / Boeckmann, Robert J., “Three Strikes and You Are Out, but Why— The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers”, *Law & Society Review*, 31, 1997-2, pp. 237-265.
- Vitiello, Michael, “Three Strikes: Can We Return to Rationality?”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 87 (1997), pp. 395-481.
- Zeigler, Frank A. / Del Carmen, Rolando V., “Constitutional Issues Arising From ‘Three Strikes and You’re Out’ Legislation”, en Shichor / Sechrest (eds.), *Three Strikes and You’re Out. Vengeance as Public Policy*, Thousand Oaks, 1996, pp. 3-23.
- Zimring, Franklin E. / Kamin, Sam / Hawkins, Gordon, *Crime and Punishment in California: The Impact of Three Strikes and You’re Out*, Berkeley, 1999.

El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana

Rubén Sánchez Gil

Universidad Nacional Autónoma de México (México)

Sumario

I. A guisa de introducción: la complejidad de los conflictos normativos constitucionales. II. El principio de proporcionalidad. 2.1. Consideraciones preliminares. 2.2. Subprincipios integrantes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. 2.3. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. III. Bases del principio de proporcionalidad en México. 3.1. Optimización de las “garantías individuales”. 3.2. La unidad de la Constitución. Interpretación sistemática y equivalencia jerárquica entre bienes constitucionales. 3.3. Prohibición de arbitrariedad. IV. El examen de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional mexicana. 4.1. La proporcionalidad en el derecho mexicano. 4.2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional. 4.3. Algunas notas conclusivas. V. Epílogo: proporcionalidad, jurisdicción constitucional y control material del legislador.

I. A guisa de introducción: la complejidad de los conflictos normativos constitucionales

Tradicional y normalmente, los conflictos normativos se resuelven a través de la declaración de invalidez de alguna de sus “partes contendientes”, según

el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) que finalmente no es sino el reconocimiento a la conformación aplicable del ordenamiento jurídico; de su inaplicación en virtud de oponerse a una norma de jerarquía superior, de acuerdo con el principio relativo;¹ y, finalmente, por medio una interpretación restrictiva de alguna de ellas, que reduzca su ámbito semántico para hacerla inaplicable al caso concreto por existir una norma que se adapta más precisamente a él, según el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*).²

No por la naturaleza política de la materia³ sino por su frecuencia y complejidad, los instrumentos referidos son ineficientes para resolver los conflictos normativos constitucionales y, en no pocas ocasiones –salvo el último de ellos que puede relacionarse con el principio de proporcionalidad, como más adelante se verá–.⁴ La solución de conflictos entre normas de un mismo ordenamiento constitucional,⁵ generalmente no puede obtenerse privilegiando a la posterior sobre la anterior, pues todas ellas fueron

- 1 Véase Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 115.
- 2 Baste destacar entre los trabajos sobre antinomias, por ser de “reciente” aparición en México y fácilmente disponibles en nuestro país, a los siguientes: Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 71-91; Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. de Liliana Rivera Rufino, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003; y Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- 3 Generalmente vista como un elemento que hace “diferente” a la interpretación constitucional, pero que al cabo no es *tan* relevante. Véase Igartúa Salaverría, Juan, “La interpretación de la Constitución (notas introductorias)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 9, mayo-agosto de 1984, pp. 14-15.
- 4 Véanse Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 222-223 y 228; y Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 127.
- 5 Considerando una hipótesis “simple”, o sea a un ordenamiento fundamental integrado por las disposiciones textuales de la Constitución en sentido formal, puestas en vigor en un mismo momento y carente de modificaciones; que precisamente por éstas puede “complicarse” y dar cabida a nuevas relaciones entre sus normas. Cfr: Orunesu, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 120-121.

establecidas al mismo tiempo, y tampoco a través del principio de jerarquía⁶ ya que también se encuentran a un mismo nivel; por lo que toca al criterio de especialidad, en tanto revela “una *decisión consciente del legislador* de regular con carácter general una situación y exceptuar de la misma algún aspecto de esta última”,⁷ existen casos en los que no es de utilidad inmediata porque, debido a la estructura de las disposiciones constitucionales,⁸ la *lex specialis* no es discernible por una mera exégesis textual, nivel en que generalmente se aplica dicho criterio.⁹

La ley fundamental es un texto redactado muy abstracta y ampliamente, de manera que “sólo deban marcarse sus líneas generales y proponerse sus objetos importantes, y que los ingredientes menores de éstos se deduzcan de su propia naturaleza”;¹⁰ de modo que en ella un gran número de disposiciones expresan normas con el carácter de “principios”, que no prescriben expresamente consecuencias jurídicas precisas a hechos muy concretos, sino que en forma abstracta ordenan lograr una determinada situación o salvaguardar un bien o interés que se estiman valiosos.¹¹ Obviamente, para su

- 6 A menos que se admita que las normas en cuestión tienen en *abstracto y a priori* diferente valor dentro del ordenamiento constitucional, en cuyo caso simplemente se impondría la tenga el mayor; cfr. Prieto Sanchís, op. cit., nota 4, pp. 232-233; y Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 80. De lo anterior nos ocuparemos en infra, § III.2.
- 7 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 465 (cursivas añadidas). Lo anterior se ejemplifica muy claramente en materia penal; tal es, por ejemplo, la diferencia entre los delitos de fraude genérico (art. 386 del Código Penal Federal) y defraudación fiscal (art. 108 del Código Fiscal de la Federación).
- 8 En este trabajo usaremos los términos “disposición” y “norma” para aludir respectivamente al enunciado lingüístico legal que formalmente expresa un mandamiento jurídico, objeto de la interpretación, y al significado prescriptivo de esa expresión, resultado de dicha actividad. Cfr. Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11.
- 9 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005, pp. 99-100.
- 10 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 407 (1819).
- 11 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 110; y Dworkin, Ronald, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3ª ed., Cambridge, EUA, Harvard University Press, 1999, pp. 7-8.

aplicación los principios constitucionales deben concretizarse a través de “reglas”¹² que dispongan conductas a seguir en casos concretos, pero su abstracción puede dar lugar a un número indeterminado y abierto de estas últimas; de las innumerables reglas derivadas de un principio constitucional, en un caso concreto, puede alguna ir contra el sentido normativo de otra resultante de diverso principio de la ley fundamental o aun del mismo del que provenga aquélla; se produce así un “conflicto” entre dichas reglas y una simultánea “colisión” entre los principios que las originan.¹³

Para resolver la antinomia puesta, se necesita un análisis *profundo* y en ocasiones *sutil*—nada sencillo— sobre la forma en que se relacionan en las circunstancias del caso concreto, los bienes jurídicos que tutelan las normas fundamentales que confluyen en él.¹⁴ Dada la pretensión de corrección, objetividad y razonabilidad del derecho,¹⁵ la solución de tal conflicto normativo no debe abandonarse a la intuición o, peor aún, a la buena voluntad de los operadores jurídicos,¹⁶ sino requiere pautas metodológicas que contribuyan a moderar en una manera justa, de “*igualdad proporcional*”,¹⁷ la relación de los intereses en conflicto y las normas jurídicas que los apoyan. El “principio de proporcionalidad”, desarrollado especialmente en Alemania, implica criterios de solución a tales conflictos, que aseguran al

12 Sobre la fundamental distinción entre “reglas” y “principios”, “clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”, es de obligada referencia Alexy, *op. cit.*, nota 6, pp. 71-75.

13 *Ibidem*, pp. 77-79.

14 Invariablemente, tras cada norma jurídica se halla un interés humano al que se aplica algún valor, que aquélla intenta proteger. Véase Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14ª ed., México, Porrúa, 1999, pp. 226-230.

15 Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 165 y 264-268; y Wróblewski, Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2003, p. 46.

16 Tal tarea corresponde al legislador y a los tribunales, pero más a los últimos pues dichos conflictos se presentan en situaciones inmediatamente imprevisibles por aquél, tocando a ellos como intérpretes finales de la Constitución dar concreción a su contenido indeterminado y una solución categórica al problema. *Cfr.* Serna, Pedro y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 22 y 59.

17 Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 14, p. 481 (cursivas añadidas).

máximo grado posible la objetividad del operador jurídico y “establecer resultados o decisiones de manera *racional* que son bastante aceptables”.¹⁸

II. El principio de proporcionalidad

2.1. Consideraciones preliminares

La idea de “proporcionalidad” evoca una “relación adecuada” entre cosas diversas,¹⁹ que la hace “razonable” por ser “armónica” y materialmente “justa”; además de emplearse en ciencias y artes formales (matemáticas, arquitectura, diseño, etc.), también ha sido parámetro de calificación de la conducta humana en la ética y el derecho.²⁰ En este último, al ser una manifestación de uno de sus valores fundamentales –la justicia–, el concepto de proporcionalidad puede extenderse y subyacer veladamente en cualquier ámbito (internacional, civil, penal, etc.) incluyendo al procesal para la solución de conflictos entre bienes jurídicamente tutelados.²¹

En décadas recientes, dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios integrantes, la idea de proporcionalidad se ha puesto en relieve como un recurso indispensable para adecuar bienes constitucionalmente promovidos o exigidos y de satisfacción opuesta en un caso concreto, mediante la aplicación del principio del mismo nombre²² en su “dimensión constitucional”,²³ cuya paradigma

18 Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 150 (cursivas añadidas).

19 El vocablo alemán para “proporcionalidad”, *Verhältnismäßigkeit*, equivale literalmente a “moderación (*Mäßigkeit*) de una relación (*Verhältnis*)” o sea al estado o cualidad (sufijo alemán –*keit*, asimilable al hispano–dad) de colocación de una relación en un punto medio, moderado (*mäßig*); en todo caso implica la interacción “adecuada”, “a la medida (*Mafß*)”, entre dos objetos.

20 Para una relación de lo anterior, véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 39 y ss.

21 Cfr. Matscher, Franz, “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 37.

22 Aunque se han usado varias denominaciones, pero que finalmente traen consigo la idea de una solución materialmente justa a ese conflicto, como: “principio de razonabilidad”, “juicio de ponderación” o similares; el debate de nomine carece de importancia, sobre todo frente al aparente

es el examen de la licitud de una medida legislativa en los derechos fundamentales y la que referiremos principalmente a lo largo del presente estudio.

Para lograr un determinado fin, es posible que el legislador reduzca el ámbito de eficacia de un derecho fundamental o bien regule su ejercicio; para calificar la constitucionalidad de sus disposiciones al respecto, se usa el principio de proporcionalidad para examinar si existe una relación “adecuada”, “justa”, entre el objetivo perseguido por el legislador, la medida que impone para realizarlo y el grado en que interviene con ello en la eficacia de un derecho fundamental.²⁴

2.2. Subprincipios integrantes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

En su fórmula clásica, el principio de proporcionalidad *lato sensu* comprende el examen de tres aspectos que debe satisfacer la medida legislativa para intervenir lícitamente los derechos fundamentales: 1) ser *idónea* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, por tender naturalmente a ello; 2) ser *necesaria* por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y 3) ser *proporcionada en sentido estricto* porque cualitativamente el beneficio que obtiene el fin legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.²⁵

consenso sobre la nomenclatura germana. Cfr. Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 4, p. 232; y Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 23, n. 7.

23 STC 55/1996, F.J. 8.

24 Cfr. Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, p. 31. Sobre el principio de proporcionalidad como garantía del “contenido esencial (*Wesensgehalt*)” de los derechos fundamentales, véanse Alexy, *op. cit.*, nota 6, p. 269; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 148-149; Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abschnitt 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, p. 68; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, pp. 97-98.

25 Por mencionar sólo a algunos autores y resoluciones judiciales: Alexy, *op. cit.*, nota 6, pp. 100-104; y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 38; Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, pp. 61 y ss.; BVerfGE 30, 292 (316-317); SSTC 66/1995. F.J. 5, y 207/1996, F.J. 4; *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968); y TEDH, *Gillow v. United Kingdom*, núm. 9063/80, fondo, 24 de noviembre de 1986, § 55.

Existe una corriente que ve a los anteriores subprincipios como criterios diversos, simplemente yuxtapuestos en la “proporcionalidad *lato sensu*”, al cual parece incluirse la jurisprudencia mexicana al referirse a ellos aisladamente y no como un “conjunto articulado”, como veremos.²⁶ Pero, en realidad, cada subprincipio representa un aspecto especial de la proporcionalidad, de una “justa medida” entre objetos diversos, que sirve para calificar si una medida legislativa en verdad resulta “*imprescindible* para la protección de un interés público”, según expresó el Tribunal Constitucional Federal alemán al admitir su “rango constitucional”.²⁷

Otro punto importante, relacionado con lo anterior, es el orden en que debe procederse al examen de cada subprincipio. Normalmente se sugiere un procedimiento lineal en el examen de cada uno de estos subprincipios en el orden en que expusimos, aunque la práctica revela que puede darse un trato “oscilante” entre ellos.²⁸ Pensamos que en realidad lo que sucede es que, al tener que superar una medida legislativa la prueba de *los tres subprincipios* para ser lícita, los tribunales se abocan a estudiarla a la luz de aquel o aquellos que reprueban y no a la del cual sale airoso el acto impugnado, cuyo análisis simplemente omiten —por obvio o sencillamente prescindible—; de ahí que con frecuencia las resoluciones judiciales refieran el examen relevante de la proporcionalidad *lato sensu* y por una mecánica confrontación con todos sus subprincipios.

2.3. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional

Los criterios del principio de proporcionalidad sirven en un conflicto entre normas constitucionales, una que exige o promueve la concreta intervención legislativa en los derechos fundamentales y otra que la prohíbe, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de apli-

26 Cfr. Hotz, Werner Friedrich, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1977, p. 77; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 472; Bernal Pulido, op. cit., nota 9, p. 37; e *infra*, notas 133, 141, 146 y 162.

27 BVerfGE 19, 342 (348-349). Cursivas añadidas al texto transcrito.

28 Véanse Bernal Pulido, op. cit., nota 9, p. 689; y Cianciardo, op. cit., nota 22, p. 121.

cación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él; en tales hipótesis precisa el significado de las disposiciones constitucionales a las que se adscriben ambas normas, es decir a la *interpretación* de aquéllas.

En términos lingüísticos, interpretar es traducir el significado indeterminado de las disposiciones legales a un enunciado aplicable de manera precisa a los hechos que se califica jurídicamente con ellas; constituye una reformulación del lenguaje del texto original a una expresión nueva, no idéntica sino variablemente análoga a aquél.²⁹ Simplemente considerada, la interpretación es un medio normalmente eficiente para eliminar contradicciones en el ordenamiento jurídico,³⁰ que opera dando a alguna de las reglas participantes en ella, un significado restringido que la hace inaplicable al caso y vuelve a su contendiente una *lex specialis*.

Pero en los conflictos normativos constitucionales a que nos referimos al inicio, la solución no es tan sencilla; en ellos no existe realmente duda de la intención semántica *prima facie* de las disposiciones legales, pues existen argumentos que apoyan tanto a una norma como a la otra —y pueden ser muy “buenos” para ambos lados— sin haber uno contundente que decida el dilema a un simple nivel lingüístico-semántico;³¹ en tal hipótesis, tiene que establecerse “cuál de las determinaciones constitucionales tiene el mayor peso (*höhere Gewicht*) en el caso concreto a resolver”,³² lo que sólo puede hacerse con referencia a las circunstancias *facticas* en las que operaría. En esta situación, la interpretación primera de las disposiciones constitucionales a través de criterios y directivas “tradicionales”, resulta insuficiente para solucionar la colisión y a lo mucho pondrán de manifiesto su existencia,³³

29 Cfr. Iser, Wolfgang, *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, FCE, 2005, pp. 29-30; y Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, 3ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2002, pp. 35-40.

30 Larenz, *op. cit.*, nota 26, p. 309.

31 Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 145.

32 Lenz, Sebastian y Philipp Leydecker, “Kollidierendes Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer/Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, p. 842. Es notable la identidad de los términos en que se expresan los autores citados, con los de Alexy, *loc. cit.*, nota 6.

33 Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 544-545. Particularmente el aspecto teleológico es protagonista en el examen de proporcionalidad, sirviendo para determinar la licitud de una distinción legis-

por lo que se requiere acudir a argumentos diferentes a ellos, relacionados con las características de los hechos del litigio y derivados del examen de la proporcionalidad *lato sensu* de la medida legislativa que interviene derechos fundamentales.

Sin embargo, no podríamos decir que el procedimiento interpretativo se consumó antes de recurrirse a los últimos argumentos, pues ya no se le tiene como una actividad llevada a cabo en un mero plano lingüístico, que busca (linealmente) el significado del texto aisladamente considerado; bajo un moderno enfoque hermenéutico, la interpretación es un proceso complejo, caracterizado como una *espiral ascendente* en diversos niveles, en el que intervienen diversos elementos como la perspectiva del intérprete, el lenguaje del texto y la realidad a que se refiere.³⁴ El principio de proporcionalidad interviene en la interpretación constitucional como un elemento que, a un *nivel más elevado de la espiral interpretativa* que el de la exégesis textual, sostiene más o menos complejamente la argumentación que fundamenta la “premisa mayor” del silogismo de adjudicación constitucional.³⁵

El examen los subprincipios integrantes de la proporcionalidad *lato sensu*, en conclusión, sirven para formular una regla precisa cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse *condicionadamente* aplicar las consecuencias jurídicas de una de las

lativa, o sea si vulnera el principio de igualdad, y la de cualquier restricción en los derechos fundamentales; en primer término es indispensable para establecer el *telos* de la medida legislativa y del derecho fundamental que interviene, a fin de apreciar la proporcionalidad *lato sensu* de su recíproca afectación; véanse Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 7, pp. 411-417; y STC 180/1987, F.J. 3.

34 Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 29, pp. 17-19. Para la hermenéutica, la interpretación es un procedimiento fluyente que comienza por las ideas, expectativas y valoraciones del intérprete, se dirige al texto interpretado y regresa a aquél; lo que se ha caracterizado como “círculo hermenéutico”, pero que en realidad se trata de una espiral de diversos niveles que nunca regresa al punto de partida (la mente del intérprete) sino a un estrato superior y diferente; *cf.*: Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Jaime Restrepo, Bogotá, Temis, 1991, pp. 125-127; y Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Múnich, C.H. Beck, 1999, p. 63.

35 Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 561. Aunque vilipendiado, no deja de reconocerse el carácter insustituible del silogismo como “esquema lógico” de la aplicación jurídica, cuyas premisas se forman por sendas argumentaciones con complejas relaciones entre sí; *cf.*: Larenz, *op. cit.*, nota 26, p. 265; Alexy, *op. cit.*, nota 15, pp. 341-342; y Luzzati, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 449-451.

normas colidentes, para que ésta rijga el caso en cuestión; tal es la “ley de colisión” (*Kollisionsgesetz*) alexiana.³⁶ La regla preferida para superar a la otra en las condiciones de que se trate, será la *lex specialis* del caso.

III. Bases del principio de proporcionalidad en México

Son diversos los argumentos para fundar genéricamente la aplicación del principio de proporcionalidad, pero entre ellos destacan: 1) *la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales* que manda optimizar su eficacia normativa, entendiéndolos como integrantes de una unidad constitucional —que bien podría tenerse como un aspecto separado, como haremos en esta ocasión—, y 2) las *prohibiciones de arbitrariedad y exceso* inherentes a un Estado constitucional democrático; aunque también, pero muy poco probablemente, alguna disposición textual que imponga su empleo o lo implique inmediatamente.³⁷

3.1. Optimización de las “garantías individuales”

Una de las tesis básicas del constitucionalismo moderno es otorgar carácter de *principios* a los derechos fundamentales —que para efectos prácticos identificaremos con las “garantías individuales” mexicanas³⁸—, que da sólido

36 En especial, véase *op. cit.*, nota 6, pp. 84 y 100.

37 Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 595 y ss.; Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, pp. 54-58; Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-131; y Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 75-76.

38 Bien pueden definirse los derechos fundamentales sencillamente como “derechos humanos *constitucionalizados*” (cursivas añadidas) —como propone Carbonell—, con lo que a grandes rasgos equivaldrían a nuestras garantías individuales; el tema, por supuesto, no es sencillo y hay mucho que decir sobre los derechos humanos de fuente internacional y su (posible) integración al “bloque de constitucionalidad”, al igual que los especificados por la jurisprudencia mediante sobreinterpretación constitucional —como sería el “derecho a la autodeterminación informativa” alemán—. Como punto de partida, sugerimos las fuentes siguientes: Alexy, *op. cit.*, nota 6, p. 54; Hesse, *op. cit.*, nota 24, pp. 125-126; Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 58-68; y específicamente para México: Burgoa, Ignacio, *Las garantías*

asiento a la idea de darles la *máxima eficacia* posible y salvaguardar en el mismo grado los bienes que tutelan, racionalizando su restricción en virtud de otra norma de derecho constitucional; precisamente esta posible relativización –en circunstancias determinadas y objetivas– es el eje de aplicación del principio de proporcionalidad.³⁹ Con una perspectiva más amplia, en realidad el mandato de dar la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales –u “optimizarlos” para decirlo como Alexy–, es una manifestación en ese ámbito particular, del *principio de interpretación constitucional* que ordena dar a las disposiciones de la ley suprema la “óptima fuerza a sus efectos (*optimale Wirkungskraft*)”, llamado también “principio de fuerza normativa constitucional”, que a su vez concreta en esta materia el argumento pragmático o funcional aplicable en cualquier otra.⁴⁰

Ninguna disposición de la Constitución mexicana señala, expresamente y en esos términos,⁴¹ que las garantías individuales deberán tener la *máxima eficacia posible*; y tampoco podemos desprenderlo con claridad de las discusiones en los Congresos Constituyentes de 1857 y 1917, más preocupados por hacer sobrevivir elementalmente esos derechos que por imaginar sus posibilidades y, casi con seguridad, sin tener la idea de “ponderarlos”.⁴²

individuales, 27ª ed., México, Porrúa, 1995, pp. 187-189; y Carbonell, op. cit., nota 4, pp. 6-14 y 52 y ss.

39 Véanse Alexy, op. cit., nota 6, pp. 122-125; y Borowski, op. cit., nota 37, pp. 77-85.

40 Cfr. Ezquiaga Ganuzas, op. cit., nota 7, pp. 285-288 y 317; Hesse, op. cit., nota 24, p. 29; Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 107-116; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 68-71; y Silva, José Afonso da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 61 y 65.

41 El primer párrafo del art. 1º constitucional, refiriéndose a las garantías individuales, señala que “no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

42 Sin resultar determinantes o contundentes, lo más cercano a una manifestación de voluntad en este aspecto fueron la exposición de motivos del 16 de junio de 1856 al Constituyente de 1856, en la cual se apuntó que “[s]in el pleno ejercicio de esos derechos [del hombre], la palabra sociedad no tiene sentido [...] entran en colisiones funestas [...] con sus restricciones odiosas y mezquinas...” (Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, México, Colegio de México, 1956, pp. 315-316); y la opinión del diputado Silva Herrera en la sesión del 2 de enero de 1917, en el sentido de que el Constituyente de ese año trataba “no de restringir las garantías

El mandato de optimización de los efectos de las garantías individuales en México, deriva entonces de su interpretación jurisprudencial nacional e internacional.

Por lo menos desde hace más de tres décadas, la jurisprudencia de los tribunales mexicanos ha señalado que las garantías individuales “no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo [...], que deba interpretarse [...] en forma rigorista”, sino que consisten en “principios o lineamientos vivos”, no sujetos a “rigorismos literales”.⁴³ Aunque el anterior criterio no corresponde a la Suprema Corte ni integra jurisprudencia, puede considerarse por su claridad como fundamental para la doctrina evolutiva de los derechos fundamentales en México.

Un notable ejemplo de aplicación del criterio anterior se dio a propósito del artículo 16 constitucional, en cuanto a las implicaciones del “mandamiento escrito” de los actos de autoridad –cuyo ponente, por cierto, fue el actual ministro Góngora Pimentel–. Se planteó en el asunto que referimos si dicho precepto implicaba la obligación de las autoridades administrativas de entregar al gobernado el documento en que consta el acto en su perjuicio, o si mandaba sólo mostrárselo; por mayoría de votos (!) el Tribunal Colegiado se inclinó por la primera opción al considerar que agotar esa garantía con la simple exhibición de la constancia documental, iría contra la intención del Constituyente, de quien no pudo pretender que “la única utilidad que podría tener [el mandamiento escrito] sería la de obrar como constancia [...] en [...] los archivos de la administración”, sino que el gobernado “pudiera conocer detalladamente su contenido y, por consiguiente, estuviera apto para combatir el mandamiento a través del recurso o medio de defensa procedente”.⁴⁴

individuales, sino de ampliarlas, si es posible, y evitar todas las dudas que surgieren” (Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. III, p. 240).

43 “GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vol. 62, sexta parte, p. 39.

44 “ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS EN EL DISTRITO FEDERAL, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO GENERAL PARA LA ORDEN DE VISITA DEBE SER ENTREGA-

Este precedente resolvió una duda sobre el sentido del referido precepto constitucional, surgida al existir dos alternativas a su respecto: una que limita el significado de la disposición a que se refiere y otra que lo amplía y favorece al gobernado. La primera de ellas, basada (según creemos) en el silencio del texto constitucional, “prudentemente” sostuvo que la ley fundamental no ordenaba la entrega de la constancia documental; la otra extendió el ámbito semántico de la disposición, teniendo en cuenta –como expresó el tribunal– que la opción contraria “no le produciría [al gobernado] ningún beneficio ni le aseguraría el ejercicio de sus libertades”, usando además del argumento pragmático para sostener esta última opción, el ad absurdum para rechazar la primera.⁴⁵

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fechas recientes, ha reflejado la doctrina anterior y afirmado que

[el] primer párrafo [del artículo 1º de la Constitución mexicana] proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de *asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente*, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye.⁴⁶

Probablemente porque no era el tema central del asunto a discusión, la Primera Sala no expresó detalladamente la argumentación que sostiene su opinión anterior, sino la formuló en la ejecutoria correspondiente prácticamente en los mismos términos que en la transcripción anterior.⁴⁷ Sin embargo, la motivación tácita de esta resolución puede ponerse de manifies-

DA Y NO SOLAMENTE MOSTRADA AL VISITADO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *ibidem*, 7ª época, vols. 205-216, sexta parte, p. 209.

45 Véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 7, pp. 270-271.

46 “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO Estricto DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XX, diciembre de 2004, tesis 1a. CXXXIII/2004, p. 361 (cursivas añadidas).

47 Amparo directo en revisión 988/2004, sentencia, 29 de septiembre de 2004, con. IV, p. 21.

to gradualmente; primeramente, a través de una interpretación meramente literal⁴⁸ que excluye la licitud de cualquier restricción iusfundamental que carezca de apoyo constitucional; sentado lo anterior, a un segundo nivel y usando el argumento pragmático –en su modalidad ad absurdum–, la Sala concluye que existe la obligación de dar a un derecho fundamental la máxima eficacia que requiera para no frustrar su finalidad: proteger a los gobernados de las intervenciones estatales en ámbitos esenciales para su desarrollo vital, e impedir que se “vacíe” el contenido normativo de la expresión “debe gozar[se] de las garantías” del texto interpretado, como sucedería privándola de posibilidades de aplicación.⁴⁹

Muy importante es determinar el carácter vinculante del anterior criterio. A favor de éste podría decirse que, no obstante ser una tesis aislada,⁵⁰ la calidad de su autora como sección del definitivo intérprete constitucional, le da una autoridad suficiente para que la sigan los demás órganos jurisdiccionales mexicanos.⁵¹ Pero, por otra parte, en un aspecto material, debe decidirse si tal criterio es vinculante por ser *ratio decidendi* del asunto en que se acuñó, o si no lo es por ser un simple *obiter dictum*.⁵²

Aunque con cierta oscuridad porque en él se negó el amparo al quejoso, al estimar la Sala que las normas impugnadas satisfacen criterios

48 Al emplear el texto constitucional la frase “no pueden restringirse... sino...”, que descarta el “silencio” legislativo. Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 7, p. 161, n. 14.

49 Cfr. *ibidem*, pp. 276-279; y *supra*, nota 43.

50 Véase el art. 192 de la Ley de Amparo.

51 Véanse STC 1/1981, F.J. 2; “SENTENCIAS DE AMPARO, FUERZA OBLIGATORIA DE LAS, AUNQUE NO SIENTEN JURISPRUDENCIA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, t. LXIX, p. 4087; y “TESIS DE LA SUPREMA CORTE QUE NO INTEGRAN JURISPRUDENCIA. ES CORRECTO APOYARSE EN LOS CRITERIOS SUSTENTADOS EN ELLAS”, Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. II, diciembre de 1995, tesis VI.1o. J/3, p. 470.

52 En México los operadores jurídicos no acostumbramos –salvo acaso las indicaciones expresas de la sistematización jurisprudencial– distinguir entre las “razones de decisión” y lo “dicho de paso”, traducción literal de las mencionadas locuciones latinas; es sabido que las primeras resultan vinculantes y no lo son los *obiter dicta*, ya que el principio de fidelidad al precedente (*stare decisis*) deriva del de igualdad en la aplicación de la ley, de modo que un litigio esencialmente similar a uno anterior se resuelva en el mismo sentido que éste, por “identidad de razón”. Véanse López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, pp. 111-121; y Castillo Sandoval, Jesús, *La cosa juzgada y sus secuelas*, México, Cárdenas, 2003, p. 122.

“perfectamente racionales y proporcionales desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la disposición legal y los artículos constitucionales aplicables”, podemos establecer el carácter de *ratio decidendi* de dicho criterio y, en consecuencia, su calidad vinculatoria. En realidad sólo por el mandato de optimización de las garantías individuales, “descubierto” por la interpretación de la Corte en esa ocasión,⁵³ se explica que la afectación a los derechos fundamentales deba ser “racional y proporcionada”, y que ello sea el parámetro de constitucionalidad de los actos impugnados; así, resulta una tesis básica de la decisión que analizamos, cuya sistematización específica hubiera convenido a su mejor difusión.

No puede darse una importancia menor a que la máxima efectividad a los derechos fundamentales corresponde a una obligación internacional del Estado mexicano, derivada de los artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con el sentido que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a esta última estipulación, deben interpretarse las disposiciones de derechos humanos –internacionales o domésticas–, de manera que produzcan mayor beneficio a sus titulares.⁵⁴ Esta “proyección interna” del principio *pro homine* –como se conoce a esta norma–,⁵⁵ al igual que una “externa” relativa a la aparen-

53 *Cit.*, nota 47, con. IV, pp. 29-30.

54 *Viviana Gallardo y otras*, decisión de 13 de noviembre de 1981, serie A, núm. G 101/81, § 16; y *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, § 30. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha formulado sobre este principio una doctrina tan contundente como la del americano sino más bien una difusa, inspirada en “salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática” (*Soering c. Royaume-Uni*, núm. 14038/88, fondo y satisfacción equitativa, 7 julio de 1989, § 87; cursivas añadidas); como ejemplos: *Wemhoff c. Allemagne*, núm. 2122/64, fondo, 27 de junio de 1968, cons. jur., § 7; *Klass et autres c. Allemagne*, núm. 5029/71, fondo, 6 de septiembre de 1978, §§ 41-42; y *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, núm. 28090/95, fondo y satisfacción equitativa, 28 de octubre de 1998, § 49; véase Matscher, *op. cit.*, nota 21, p. 24.

55 *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1535-1536.

te contradicción entre disposiciones textuales diversas,⁵⁶ se ha reconocido ya en México.⁵⁷

Finalmente, se relaciona con el mandato de optimización de las garantías individuales que su titularidad constituye el “estado natural y general de toda persona en México”,⁵⁸ que procesalmente correspondería a la causa remota de la acción constitucional, de la que habla Chioyenda.⁵⁹ Esta aseveración es toral en el examen jurisdiccional de proporcionalidad; por su virtud, ya que contravendría un *statu quo* constitucional, al impugnarse una medida legislativa por intervenir desproporcionadamente en un derecho fundamental, tocaría a la autoridad que la dictó argumentar y probar su conformidad a la Constitución, o sea demostrar que su acto es idóneo, necesario y proporcionado *stricto sensu*.⁶⁰

3.2. La unidad de la Constitución. Interpretación sistemática y equivalencia jerárquica entre bienes constitucionales

Si algún punto de acuerdo unánime existe sobre la interpretación en general, y de la constitucional en particular, sería considerar el ordenamiento jurídico “como si fuera” un sistema.⁶¹ Los tribunales mexicanos, y en particular la Suprema Corte, constantemente y desde antaño han usado el argumento sistemático en su labor interpretativa, respecto de la Constitución y

56 CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, § 52. La misma distinción entre las proyecciones “interna” y “externa” del principio *pro homine*, se halla en TEDH, *Sunday Times v. United Kingdom*, núm. 6538/74, fondo, 26 de abril de 1979, § 65.

57 “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XX, octubre de 2004, tesis I.4o.A.441 A, p. 2385; “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *ibidem*, 9ª época, t. XXI, febrero de 2005, tesis I.4o.A.464 A, p. 1744.

58 “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, t. XXXIII, p. 1848; y “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *ibidem*, 5ª época, t. XLV, p. 1533.

59 Véase Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 321-323.

60 Cfr. Plantin, Christian, *La argumentación*, 3ª ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 35-36; y Alexy, *op. cit.*, nota 15, pp. 216-217 y 242-245.

61 Serna y Toller, *op. cit.*, nota 16, p. 34; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 7, pp. 69 y 434.

de las leyes ordinarias, contando su historia jurisprudencial con una buena cantidad de tesis que afirman la calidad sistémica del orden jurídico,⁶² aunque no está de más decir que en últimas fechas el Pleno del Máximo Tribunal sentó que “todo orden jurídico es un *sistema de normas* que constituyen una *unidad*”.⁶³

El orden constitucional es partícipe de esta concepción sistemática; en muchas ocasiones —aunque pocas veces con todas sus letras, generalmente dándolo por obvio— la Corte y otros órganos han opinado que “la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional”.⁶⁴ Pero lo más importante de esta concepción para el tema que tratamos es que *todas las normas integrantes de dicho sistema tienen el mismo valor*, lo cual es de tenerse como “principio general” y punto de partida de la argumentación constitucional; así que el significado que se dé a las disposiciones constitucionales no tendrá más remedio que ser congruente con lo establecido en las demás, porque “la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de *igual jerarquía*, ninguno de ellos prevale[za] sobre los demás”.⁶⁵

Frente a conflictos constitucionales, aun los del tipo complejo que expusimos al inicio, la postura más arraigada de la jurisprudencia mexicana es no tener a las normas participantes en ellos como contradictorias o “conflictivas”, y erigir a la prevalente en “excepción” al ámbito de aplicación de

62 Son relevantes para el tema general que tratamos, las siguientes: “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vols. 193-198, primera parte, p. 113; “LEYES, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS”, Sala Auxiliar, *ibidem*, t. CXXIII, p. 802; “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Segunda Sala, *ibidem*, 5ª época, t. CXIII, p. 495; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *ibidem*, 5ª época, t. CX, p. 444.

63 Controversia constitucional 12/2001, sentencia definitiva, 7 de julio de 2005, con. VI, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 22 de marzo de 2006, primera sección, p. 55 (énfasis añadido).

64 “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XII/2006, p. 25.

65 *Idem*; “CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ”, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vol. 39, primera parte, p. 22 (cursivas añadidas); e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *cit.*, nota 62.

la otra; mas para concluir que una disposición constitucional prevé una de esas excepciones es necesario que ésta se establezca *expresamente y con toda claridad*, ya que [...] atendiendo a los fines del Constituyente, plasmados en los principios contemplados en esa Norma Fundamental, *deberá conferirse al respectivo precepto constitucional un alcance que sea acorde a éstos*.⁶⁶

Es decir, si dos normas constitucionales aparentan contradecirse en un caso particular, el intérprete debe racionalizar dicha oposición –léase “interpretarla”– y concluir que en realidad el ordenamiento las “coordina” haciendo inaplicable a una de ellas en las circunstancias específicas de la situación en que se enfrentan, volviendo a la otra *lex specialis* para él.⁶⁷

Esta coordinación excluye la idea de una gradación absoluta por la cual las normas constitucionales superiores en ella –o mejor dicho los bienes o “valores” que tutelan–, siempre se impondrán a las inferiores; pues *relativiza* la preferibilidad de los bienes colidentes de acuerdo a las circunstancias. Por ejemplo: abstractamente, la garantía de audiencia no tiene mayor importancia que la administración expedita de justicia, sino ambos principios son esenciales para el derecho a la tutela judicial efectiva; aun quien inicialmente pensara que en todo caso la celeridad procesal vale “menos” que el debido proceso y debiera ceder frente a éste, difícilmente sostendría lo mismo cuando la admisión y desahogo de pruebas irrelevantes o carentes de idoneidad, retrasara el trámite de un proceso.

La anterior postura es congruente con una ideología que concibe el sistema constitucional y los derechos fundamentales como un “orden de valores” que aplica cualidades y preferencia a los bienes que tutela y hace a éstos susceptibles de “valoración”. Más precisamente: dicha concepción se basa en una moderna posición axiológica que supera las jerarquías “petrificadas” entre bienes –que son los objetos sobre los que recae la valoración– y aun el “relativismo indiferente”, y reconoce que ese procedimiento es complejo y a él se integran en forma determinante las características del bien valorado,

66 Controversia judicial federal 1/2005, resolución del 11 de octubre de 2005, con. III, pp. 65-66 (cursivas añadidas); de este asunto proviene la tesis referida en la nota 64 anterior. Véase “LEYES, APLICACIÓN...”, Sala Auxiliar, *cit.*, nota 62.

67 Véase *supra*, §§ II.3 y III.1; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *cit.*, nota 62; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, t. CVI, p. 1355.

del sujeto que valora y las características de la *situación* en que se da la valoración.⁶⁸

Podría decirse que la existencia de *preferred freedoms*, aquellos derechos fundamentales tan importantes –como las libertades de expresión e información–, respecto de los cuales sólo en casos extremos se justificaría la intervención legislativa en ellos, desmiente lo dicho anteriormente.⁶⁹ Con un poco de detenimiento se ve que no es así; las “libertades preferentes” pueden prevalecer *prima facie*, pero no son de una superioridad absoluta y definitiva⁷⁰ sino que; de hecho, las opiniones judiciales fundantes de su doctrina, establecen en qué *circunstancias* es permitido restringirlas –o al menos admiten su posibilidad– aunque en la mayoría de las ocasiones sean intocables.

Concluyendo, en México se ha difundido en los últimos años la idea de que la Constitución es un *orden de valores de igual jerarquía*, cuyos bienes protegidos estarían sujetos a una valoración circunstancialmente determinada, cuya confrontación se resolvería relativamente a través del principio de proporcionalidad que, en última instancia, implicaría su ponderación;⁷¹ lo que avala la jurisprudencia de diversos tribunales y en especial la de la Suprema Corte.⁷²

68 Cfr. Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3ª ed., México, FCE, 2004, pp. 11-21 y 190-233.

69 Véanse Serna y Toller, *op. cit.*, nota 16, pp. 14-18; Carbonell, *op. cit.*, nota 4, p. 131; *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938); y *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529-530 (1945).

70 Cfr. SSTC 171/1990, E.J. 5; y 336/1993, E.J. 4.

71 Cfr. *supra*, nota 6. Véase en relación con la crítica de Habermas a la ponderación: Alexy, Robert, “Constitutional rights, balancing, and rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing., Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 134-136.

72 Véase Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 34-41 y 61-64; “INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXVIII/98, p. 117; y, considerando “objetivo” al orden constitucional, “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 38, p. 37.

Sin embargo, al inicio de esta corriente jurisprudencial encontramos que se ha referido a una “escala de valores de la jerarquía normativa constitucional”, dando lugar a la idea de una ordenación apriorística e inmutable,⁷³ contraria a lo establecido por la Suprema Corte sobre la igual jerarquía de los bienes constitucionales; dichos criterios manifiestan un resabio “geométrico” jurídico, derivado de una postura axiológica decimonónica, pero bien vistos a la luz de la posición anterior, arrojan que dichos tribunales, *bajo las precisas circunstancias de los casos concretos* que resolvieron y en atención a ellas –idoneidad y necesidad de las pruebas, materia penal, etc.–, tuvieron por desproporcionado que la administración expedita de justicia perjudique la debida defensa del inculpado en esos casos, de modo que al cambiar la situación pudiera la última garantía ceder ante la primera, sin que ésta tenga absolutamente un “mayor rango axiológico”.

Sentadas las ideas generales anteriores, es menester definir para el examen de proporcionalidad *lato sensu* qué tan “expresa” y “clara” tiene que ser una “excepción” a un derecho fundamental para que se intervenga lícitamente en él, máxime que se le debe restringir lo menos posible.⁷⁴ Cuando explícitamente requiera la Constitución dicha excepción –por ejemplo, tratándose de otro derecho fundamental– no habría problema; pero no es así tratándose de una regulación emitida por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración, que normase alguna materia de su competencia en un sentido no expresamente exigido o permitido por la ley fundamental.

El presupuesto para realizar dicho examen, se ha dicho, es que la medida legislativa enjuiciada tenga un *fin constitucionalmente legítimo*, en otras palabras: que no lo prohíba claramente la Constitución –de lo contrario,

73 “DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. II, tesis 24, p. 43; y “GARANTÍA DE DEFENSA. LOS PLAZOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO DEBEN INTERPRETARSE EN FORMA RIGORISTA CUANDO EL PROCESADO OFRECE PRUEBAS”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XVI, julio de 2002, tesis I.3o.P53 P, p. 304.

74 *Supra*, nota 66.

sería notoria su inconstitucionalidad y vana la discusión al respecto—. ⁷⁵ Así, la consecución de un fin específico y legítimo en los términos anteriores, aunque no se desprendiera directamente del texto constitucional, cabría dentro de las facultades implícitas ⁷⁶ del legislador, como consecuencia de normas competenciales que pueden tenerse como principios constitucionales que no deben quedar vacíos de contenido, cuyo ejercicio puede fundar —desde un mismo nivel jerárquico normativo— la intervención de una medida legislativa en un derecho fundamental, ⁷⁷ aunque la licitud del grado en que lo afecte sea precisamente objeto del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

3.3. Prohibición de arbitrariedad

A. *La garantía de motivación material*

En nuestro tiempo, por la complejidad de nuestras sociedades —además de la experiencia histórica y filosófica de la humanidad—, el contenido del orden jurídico ya no sólo requiere una legitimidad formal proveniente de que lo imponga la autoridad política a quien corresponda hacerlo, sino también una *material* derivada de que cuente al menos con la conformidad de los integrantes de la colectividad; ⁷⁸ de modo que también la “corrección material o justicia” del ordenamiento, es un parámetro para su legitimidad. ⁷⁹ Naturalmente, lo anterior exige a los agentes políticos y jurídicos la mejor argumentación posible para justificar sus decisiones, con el objeto de hacerlas aceptables a los sujetos a quienes se dirigen y a la sociedad en gene-

⁷⁵ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 700; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, p. 65, n. 12.

⁷⁶ Véanse Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 668; y “FACULTADES IMPLÍCITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CÁLCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª época, t. IX, enero de 1992, tesis P. XI/92, p. 32

⁷⁷ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 694-695 y 700; Häberle, *op. cit.*, nota 24, p. 68; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 7, p. 297.

⁷⁸ Sobre esta distinción véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 76, pp. 328-332; y Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 14, pp. 301-303.

⁷⁹ Cfr. BVerfGE 7, 89 (92); y 1, 14 (18).

ral, por haberse tomado *racionalmente* y no proceder de su capricho o voluntarismo.⁸⁰

En el moderno Estado constitucional democrático tales ideas toman forma en la *prohibición de arbitrariedad* que, de no encontrarse expresamente prevista en la ley fundamental, habría que tenerla por implícita en ella.⁸¹ La arbitrariedad, en un sentido amplio, consiste en que una acción se decida únicamente sobre la base de la voluntad de quien la realiza, *sin motivo alguno*;⁸² pero también puede distinguirse entre la arbitrariedad estricta, es decir aquellos actos que son un *ex abrupto* autoritario –como los define Bernal Pulido–, y el simple “exceso” en el grado de afectación al derecho de una persona,⁸³ en el cual dicho perjuicio estaría justificado pero no en la medida en que se realiza, que carecería carece de motivo y justificación, también proscrito como una manifestación de arbitrariedad.

En el orden constitucional mexicano, la prohibición de arbitrariedad en sentido lato radica en la *garantía de motivación* del artículo 16 constitucional. Este precepto puede servir de claro fundamento textual al examen de proporcionalidad en sede jurisdiccional, aunque fue más bien pensado para regir en un ambiente iuspositivista, formado alrededor de la aplicación jurídica por subsunción lógica, no sólo por haberse establecido en 1917 sino porque la inmensa mayoría de los precedentes a su respecto se refieren a la indebida aplicación legal por tribunales y autoridades administrativas.⁸⁴

Indudablemente, la intención de tal disposición constitucional mexicana es “establecer sobre bases objetivas la *racionalidad* y la legalidad de [actos de autoridad]; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, [su] subjetividad y [su] arbitrariedad”.⁸⁵ Pero no se agota en proscribir éstas *formal-*

80 Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 6-7; *supra*, nota 15; y BVerfGE 34, 269 (287).

81 Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1-2.

82 Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 605; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 22, p. 56.

83 Discrepamos en lo anterior de Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 606-607.

84 Véase, por ejemplo, “MOTIVACIÓN, CONCEPTO DE”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 338, p. 227.

85 Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 16”, en Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. III, p. 173.

mente, exigiendo que la autoridad exprese por escrito al gobernado el fundamento jurídico y los motivos del acto que emite en su perjuicio; sino también, en un aspecto *material* que importa para nuestro actual estudio, la motivación se refiere al contenido del acto y a la argumentación que lo sostiene y justifica.⁸⁶

B. *Control de facultades discrecionales
y de la libertad de configuración legislativa*

El principio de proporcionalidad tiene por objeto controlar el ejercicio de facultades discrecionales.⁸⁷ En todos los órdenes en que se aplica, su examen se dirige a establecer si, al elegir alguna alternativa de decisión en los márgenes de actuación que les corresponden, las autoridades no lo hicieron de forma injustificada y por ello su acto resulta arbitrario o excesivo respecto de los fines que persigue y los derechos que afecta; así acontece cuando se controla a través del principio de proporcionalidad el “margen nacional de apreciación” en sede internacional, la libertad de configuración legislativa o el ejercicio de facultades discrecionales administrativas.⁸⁸

Desde hace décadas se ha intentado en México controlar el ejercicio de facultades discrecionales —especialmente administrativas—; al respecto es muy notable el criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte en el sentido de que dichas facultades son susceptibles de control jurisdiccional “cuan-

86 “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 802, p. 544.

87 Aquí es irrelevante la clásica distinción entre facultades “discrecionales” y “regladas” que equivaldrían respectivamente a la discreción en sentidos fuerte y débil según Dworkin, al implicar ambas un margen de libre actuación para el operador jurídico, mayor en las primeras que en las segundas. *Cfr. Taking rights seriously*, 19ª ed., Cambridge, EUA, Harvard University Press, 2002, pp. 31-33; y “FACULTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS. DIFERENCIAS”, Segundo Tribunal Colegiado del Decimocuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XVII, febrero de 2003, tesis XIV.2o.44 K, p. 1063.

88 *Cfr. Brage Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 76; y Sudre, Frédéric *et al., Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2ª ed., París, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 65-68 y 72.

do se ejercita[n] en forma arbitraria o caprichosa”.⁸⁹ Las dificultades se presentan en el examen de proporcionalidad del ejercicio de la libertad de configuración del legislador, tomando en cuenta –como señalamos– que la garantía de motivación se dirige más bien a autoridades administrativas y jurisdiccionales.

En nuestro país, el estudio de la razonabilidad de las disposiciones legislativas que intervienen derechos fundamentales, se ha topado, además de excepciones indeterminadas como los “derechos de la sociedad” (art. 5º) y el “orden público” (art. 6º),⁹⁰ con el muy recurrido precedente en el sentido de que la garantía de motivación de actos legislativos se satisface cuando éstos “se refieren a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas”,⁹¹ que hace pensar en que dicho requisito es bastante para la constitucionalidad material de esos actos, por fundarse sobre el “bien común” o conceptos similares. La opinión anterior resultaría incorrecta porque aplicaría la jurisprudencia que tratamos, a casos diferentes a los resueltos en las ejecutorias que la integraron, los cuales versaron sobre agravios relativos a la violación de la garantía de motivación formal, no material.⁹²

89 “FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 38, p. 45; véase Burgoa, *op. cit.*, nota 38, pp. 605-607. Para un ejemplo reciente, sobre actos administrativos de las legislaturas estatales, véase “RATIFICACIÓN O NO DE FUNCIONARIOS JUDICIALES LOCALES. LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE ES UN ACTO QUE TRASCIENDE LOS ÁMBITOS INTERNOS DE GOBIERNO, POR LO QUE ES EXIGIBLE QUE ESTÉ DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P/J. 23/2006, p. 1533.

90 Las cuales, aunque no justifican cualquier intervención en los derechos fundamentales a que se refieren, sino sólo aquellas que sean “razonables” y aprueben el examen de proporcionalidad como veremos, pueden servir a manipulaciones que indebidamente afecten a aquéllos. *Cfr.* Serna y Toller, *op. cit.*, nota 16, pp. 77 y ss; y “LIBERTAD DE TRABAJO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, t. LXI, p. 4025, y “ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS MANDAMIENTOS DE LA AUTORIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación*, 6ª época, t. LII, tercera parte, p. 63.

91 “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 226, p. 269.

92 “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vols. 157-162, primera parte, p. 150. Véanse López Medina, *op. cit.*, nota 52, p. 118; “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”,

No obstante lo anterior, en un loable esfuerzo por apoyar la exigencia constitucional de razonabilidad de los actos legislativos, el Pleno de la Corte ha usado la última jurisprudencia que mencionamos –aunque incorrectamente por lo dicho en líneas anteriores–, para establecer que

en uso de sus atribuciones, las Legislaturas [...] pueden legislar a efecto de vedar el ejercicio de ciertas actividades; sin embargo, esto deben hacerlo fundada y *motivadamente*, es decir, en el ámbito de su competencia y en *circunstancias de modo, tiempo y lugar que así lo requieran*. [...].
[...el órgano legislativo] debe legislar atendiendo a estas condiciones, a fin de evitar que incurra en una actuación *arbitraria o injustificada*, que eventualmente pueda resultar inconstitucional.⁹³

Dada la votación con que se estimaron las acciones de inconstitucionalidad en las que se usó el criterio anterior, podemos decir que el Tribunal Constitucional mexicano interpretó la *garantía de motivación material*, con un alcance que funda sobre ella el examen de proporcionalidad y razonabilidad de los actos legislativos; siendo esa opinión vinculante para los demás órganos jurisdiccionales nacionales.⁹⁴

Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1a./J. 81/2004, p. 99; y “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, APLICACIÓN DE LA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vol. 16, cuarta parte, p. 19.

93 Acción de inconstitucionalidad 10/98, sentencia definitiva, 25 de febrero de 1999, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. IX, marzo de 1999, pp. 355 y ss., con. VI; y acción de inconstitucionalidad 5/99, sentencia definitiva, 11 de marzo de 1999, en *ibidem*, 9ª época, t. IX, marzo de 1999, pp. 469 y ss., con. XV.

94 Véanse los arts. 43, 72 y 73 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional.

IV. El examen de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional mexicana

4.1. La proporcionalidad en el derecho mexicano

A. Aceptación genérica de “proporcionalidad”

Como en todo orden jurídico, la idea de “proporcionalidad” también está presente en el mexicano, al ser una manifestación del valor de “justicia” o “razonabilidad” que lo informa –lo cual, por cierto, no siempre exenta discusiones–.⁹⁵ Hasta hace algunos años, ese concepto resultaba muy vago e indeterminado, simplemente equivalía a una cierta correspondencia entre intereses jurídicamente protegidos, que se establecía con parámetros equívocos o inaprehensibles, cuyos alcances acaso se profundizaron sobre un tema en particular: la “proporcionalidad tributaria”; nunca se había dado en México a ese concepto, un alcance tan preciso como lo tiene por la recepción del principio de proporcionalidad *lato sensu* en la jurisprudencia.

Quizá los ejemplos típicos en el derecho mexicano sobre el uso del concepto de proporcionalidad, además de su empleo en materia fiscal, sean: la relación de esa calidad que debe existir entre las posibilidades del acreedor y las necesidades del deudor, para establecer el monto de pensiones alimenticias;⁹⁶ la lesión contractual ocasionada por la irreciprocidad entre las prestaciones que mutuamente se otorgan las partes en un acto jurídico, que ocasiona la nulidad de éste;⁹⁷ y la legítima defensa penal como excluyente de responsabilidad, en la cual debe haber “racionalidad” y “necesidad” entre la agresión y los medios empleados para repelerla.⁹⁸

95 *Cfr. supra*, notas 17 y 21.

96 Art. 311 del Código Civil Federal; y “ALIMENTOS, SU PROCEDENCIA Y PROPORCIONALIDAD”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vol. 83, cuarta parte, p. 14.

97 Art. 17 del Código Civil Federal; y “LESIÓN EN LOS CONTRATOS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE SINALOA”, Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª época, vols. 145-150, sexta parte, p. 337.

98 Art. 15, frs. IV a VI, del Código Penal Federal; y “LEGÍTIMA DEFENSA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)”, Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. II, tesis 571, p. 350.

Consideración especial merece que el otrora Tribunal Fiscal de la Federación (hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) haya utilizado las ideas de “proporcionalidad” y “razonabilidad”; la primera precisamente en relación con la aplicación de sanciones (multas) y su relación con la infracción por la cual se impone y, la segunda, para controlar el ejercicio de la discreción administrativa de modo que se atienda “al fin del acto, o sea, a la intención subjetiva de su autor y a sus consecuencias fácticas”;⁹⁹ siguiendo a la jurisdicción constitucional.¹⁰⁰

La idea de proporcionalidad no es inédita en el derecho mexicano y tanto el legislador como la jurisprudencia se han acercado a ella, aunque con una idea muy vaga sobre sus implicaciones como criterio de “razonabilidad” de las decisiones jurídicas. A pesar de ello, en los últimos años se ha visto un claro uso del principio de proporcionalidad según los cánones de la dogmática alemana, aplicable en especial para resolver conflictos normativos constitucionales y, sobre todo, calificar la licitud del grado en que una medida legislativa interviene en los derechos fundamentales.

*B. El principio de proporcionalidad
no es la proporcionalidad tributaria*

Sin duda, el uso más conocido del concepto de “proporcionalidad” en México se da en materia fiscal. La fracción IV del artículo 31 constitucional dice que los ciudadanos mexicanos están obligados a contribuir de “manera proporcional y equitativa” a los gastos públicos y, aunque en principio no se reconoció el carácter de “garantía individual” a esas normas, su justiciabilidad mediante el juicio de amparo le ha dado carta de naturaleza

99 Por ejemplo: “SANCIONES FISCALES”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 1ª época, año XXII, núms. 256-258, abril-junio de 1958, tesis I-TS-6275, p. 105; y “FACULTADES DISCRETIONALES. SU MOTIVACIÓN”, Sala Superior (Segunda Sección), *ibidem*, 4ª época, año II, núm. 6, enero de 1999, tesis IV-P-2aS-56, p. 104.

100 “MULTAS, CUANTIFICACIÓN DE LAS, EN MATERIA FISCAL”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 498, p. 576; y “FACULTADES DISCRETIONALES...”, Segunda Sala, cit., nota 89.

iusfundamental, lo cual nos parece correcto atento a que la posibilidad de que los tributos sean una forma de opresión del poder público.¹⁰¹

Esta garantía de “proporcionalidad tributaria” puede muy fácil y indebidamente confundirse con el principio de proporcionalidad *lato sensu* de modo que los órganos jurisdiccionales a los que se planteen agravios derivados de éste, piensen que se formulan con base en aquélla y por consiguiente *equivocoquen por completo el rumbo de la argumentación de fondo del asunto*, especialmente –claro está– cuando se impugnen medidas legislativas fiscales.

La garantía de proporcionalidad tributaria consiste “en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica”, de modo que aquellos con capacidad superior lo hagan en una “proporción” mayor a la de contribuyentes de posibilidades económicas más reducidas.¹⁰² En realidad este concepto tiene muy poco qué ver con el principio de proporcionalidad *lato sensu*, acaso sólo tangencialmente en tanto busca una relación adecuada entre la capacidad económica de los gobernados y el importe de las contribuciones que deban pagar. Además, la proporcionalidad tributaria es una disposición constitucional sustantiva aplicable primariamente a una materia específica y para un caso muy concreto (cuantificar el monto de las contribuciones), no es como el principio de proporcionalidad una regla procedimental para adecuar la relación casuística entre bienes jurídicos que pueden ser muy disímiles y aun carentes de una inmediata y natural relación entre sí y, sobre todo, diferentes a él.¹⁰³

Aunque la Suprema Corte lo haya negado en algunas ocasiones,¹⁰⁴ la

101 Véanse Burgoa, *loc. cit.*, nota 38; “IMPUESTOS, EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 244, p. 290; y “IMPUESTOS, AMPARO CONTRA LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, t. LXI, p. 2923.

102 “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 155, p. 302. Véase también “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA”, Sala Auxiliar, *ibidem*, t. I, tesis 254, p. 299.

103 “[E]l principio de proporcionalidad no [...] un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”, STC 55/1996, F.J. 3.

104 “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBEN CUMPLIR LAS LEYES FISCALES”, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 418, p. 481.

proporcionalidad tributaria no es más que una concreta aplicación, enfatizada por el Constituyente, del principio general de igualdad y de la misma equidad tributaria que a su vez deriva de ella;¹⁰⁵ pues su fin último es “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, lo que fiscalmente se traduce en que los contribuyentes pudientes solventen contribuciones de un importe mayor que las pagadas por los de menores recursos.

4.2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional

A. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es propiamente “mexicana” sino “internacional”, pero sostenemos que el orden jurídico mexicano se vincula a ella por virtud del artículo 133 constitucional y la posición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado sobre los tratados internacionales de derechos humanos,¹⁰⁶ lo cual es especialmente relevante en la práctica judicial, aun la de ese mismo tribunal constitucional.¹⁰⁷ Por otra parte, una correcta interpretación sistemática de normas constitucionales —que conduce a la solución de los con-

105 *Infra*, nota 119. “[A]mbas palabras [proporcionalidad y equidad] son un solo concepto y significan justicia en la imposición [...], por lo tanto, debemos entender que esta característica se refiere a que los impuestos deben ser establecidos en función de la capacidad contributiva de las personas a quienes va dirigido”, Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho fiscal*, 2ª ed., México, Harla, p. 65 (cursivas añadidas).

106 “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVII/99, p. 46; y, especialmente, la ejecutoria de la que proviene, en *ibidem*, 9ª época, t. XI, marzo de 2000, pp. 442 y ss.

107 No viene al caso debatir sobre tan difícil punto, para el cual habrán mejores ocasiones; sentamos lo anterior para efectos de explicar por qué incluimos a la jurisprudencia internacional en este trabajo. Con el fin de afirmar un poco nuestra posición, diremos que ésta resulta del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que compartimos lo que se ha expresado directa o indirectamente al respecto; por citar sólo algunas fuentes: Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 88, pp. 587-589; y TEDH, *Valenzuela Contreras v. Spain*, núm. 27671/95, 30 de julio de 1998, fondo y satisfacción equitativa, § 60.

flictos entre ellas—, exigiría tener en cuenta no sólo el documento textual en el que se incluyen sino también lo establecido en otros, máxime que al incumplir éstos incurriría el Estado mexicano en responsabilidad internacional.¹⁰⁸

Para nuestro tema, es básica la frecuente alusión de la jurisprudencia internacional al concepto de “sociedad democrática”, debida a su previsión expresa en diversos tratados internacionales.¹⁰⁹ Dicho concepto se relaciona con las restricciones a los derechos plasmados en esos instrumentos, para calificar su licitud en cuanto sean “necesarios” a ese tipo de organización social, permitiendo sólo aquellas que sean “proporcionadas a un fin legítimo”, o sea “democrático”.¹¹⁰ A la misma referencia a una “sociedad democrática” ha echado mano la Corte Interamericana en diversas ocasiones,¹¹¹ y le ha servido en especial para calificar la legitimidad de las restricciones a los derechos contenidos en el Pacto de San José, implicando o mencionando expresamente el examen de su proporcionalidad.

Para el Tribunal Interamericano, las medidas legislativas en todo caso habrán de encaminarse al “bien común”, pero llenando de contenido esta expresión abstracta según los valores e ideales de un “Estado democrático”;¹¹² consciente de que tanto dicha expresión como la de “orden público” pueden servir para “desnaturalizar” los derechos humanos, asimismo ha

108 *Cfr. supra*, nota 61; Ezquiaga Ganuzas, op. cit., nota 7, pp. 439-440; y Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 102.

109 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). México es parte del primero y del último.

110 Para una relación de los elementos de una “sociedad democrática”, que incluye al principio de proporcionalidad, véase TEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, núms. 41340/98 *et al.*, 31 de julio de 2001, fondo, §§ 43-53.

111 Por ejemplo: OC-5/85, *cit.*, nota 56, § 69; *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, fondo, 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, § 79; y *Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC-9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, § 35.

112 *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, § 29. “La democracia aparece así como el único modelo político vislumbrado (envisagé) por la Convención [Europea] y, por lo tanto, el único que sería compatible con ella”, TEDH, *Partie communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, núm. 19392/92, fondo y satisfacción equitativa, 30 de enero de 1998, § 45.

señalado que “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el *equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*”, justificándose la restricción de sus derechos sólo en vista de una “necesidad social imperiosa”.¹¹³

El “equilibrio” del que habla la Corte corresponde a la “proporcionalidad” que debe existir entre un derecho humano y la restricción que se le imponga, como sugiere que haya decidido la consulta que se le planteó en esa ocasión con la aplicación del subprincipio de necesidad.¹¹⁴ Posteriormente, ese tribunal internacional hizo aún más clara su referencia al principio de proporcionalidad *lato sensu* y sus subprincipios integrantes cuando, al pronunciarse sobre estados de excepción, proscribió aquellas medidas tomadas en ellos que fueren “manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas”.¹¹⁵

Sin perjuicio de los importantes precedentes que relacionamos, el establecimiento del principio de proporcionalidad como criterio jurisprudencial interamericano, se dio recientemente en el caso *Herrera Ulloa* sobre libertad de expresión, en el cual la Corte de San José, luego de referir a múltiples criterios de su homólogo europeo, lapidariamente señaló que “la restricción [a un derecho de la Convención] debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en [su] efectivo ejercicio”.¹¹⁶

Dada la fidelidad con que la Corte Interamericana ha seguido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no sólo en éste sino también en

113 Véase OC-5/85, *cit.*, nota 56, §§ 43 y 67 (cursivas añadidas al texto transcrito). Casi en los mismos términos: TEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Sueña*, núms. 7151/75 y 7152/75, fondo, 23 de septiembre de 1982, § 69; y el caso *Gillow* (*cit.*, nota 25) sobre la “necesidad social imperiosa” —concepto netamente europeo—, además de los casos *Sunday Times* y *Barthold* citados por la Corte Interamericana.

114 OC-5/85, *cit.*, nota 56, § 79.

115 OC-9/87, *cit.*, nota 111, § 36.

116 Fondo, 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, §§ 112-116 y 120-123. La Corte Interamericana ya había señalado la posibilidad de que los Estados parte violaran la Convención por la falta de razonabilidad de una norma interna, debida a que no sea “proporcionada”, en *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OC-13/93, 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13, §§ 33 y 35.

otros temas, no sería extraño que llegue a establecer una doctrina de un “margen nacional de apreciación” o a hablar de un “común denominador americano”,¹¹⁷ conceptos típicos de la jurisprudencia de Estrasburgo y en estrecha relación con el principio de proporcionalidad.

B. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

a) Pleno

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado, con cierta claridad, las bases de aplicación del principio de proporcionalidad en México y podrían referirse casos en los que aplicó el examen de alguno de los subprincipios del mismo.¹¹⁸ Referiremos a continuación, los criterios de nuestro Tribunal Constitucional que mencionen genéricamente al principio de proporcionalidad *lato sensu*.

Una jurisprudencia fundamental la estableció el Pleno de la Corte sobre la equidad tributaria, sosteniendo que los “aspectos relevantes” para la constitucionalidad de una distinción legislativa en esa materia, y también en otras al ser ese principio una mera concreción fiscal del genérico de igualdad,¹¹⁹ deben establecerse según el principio de proporcionalidad

117 Véanse *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, §§ 47-48; *Rasmussen v. Denmark*, núm. 8777/79, fondo, 28 de noviembre de 1984, § 40; y *Sudre et al., loc. cit.*, nota 88.

118 Por ejemplo: “LEY GENERAL DE SALUD. EL ARTÍCULO 277, PÁRRAFO TERCERO, EN VIGOR A PARTIR DEL 20 DE ENERO DE 2004, QUE PROHÍBE LA VENTA DE CIGARRROS EN FARMACIAS, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, abril de 2005, tesis 1a./J. 40/2005, p. 378; y, en fecha reciente, “VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE EN 2005, VIOLA LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, tesis 1a. CLIX/2006.

119 Véanse “IGUALDAD. LÍMITES...”, Primera Sala, *cit.*, nota 92; y “EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 197, p. 239.

porque para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley, deben ser *adecuadas y proporcionadas*, para conseguir el trato equitativo, de manera que la *relación* entre la *medida* adoptada, el *resultado* que produce y el *fin pretendido por el legislador*, superen un *juicio de equilibrio* en sede constitucional.¹²⁰

Con un poco más de claridad que la Interamericana en su momento,¹²¹ pero no del todo, la Suprema Corte alude a un “equilibrio” entre la medida legislativa, el fin que se pretende con ella y el derecho fundamental, a través de la “adecuación” entre todos ellos, como parámetro de constitucionalidad. Ahora bien, los términos de esta tesis son, salvo minucias, *idénticos* a los del Tribunal Constitucional español,¹²² pero pierden demasiado en su “traducción” al contexto mexicano, en gran parte por la mutilación del texto original: las consecuencias legales no deben ser “adecuadas y proporcionadas” para conseguir “el trato equitativo”, sino que éste se logra porque aquéllas tienen esas cualidades respecto al fin pretendido por el legislador; acudiendo a la primigenia fuente española se ilumina el sentido de la tesis de la Corte mexicana que, en una primera lectura, no es todo lo clara que debiera ser.

Llama la atención que, si bien se vislumbra en tanto en los criterios interamericano, hispano y mexicano, la referencia al principio de proporcionalidad, ésta parece escueta y algo rudimentaria; en nuestra opinión, esto

120 “EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 198, p. 240 (cursivas añadidas). Véase también, para nuestra siguiente exposición, “IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL”, Pleno, *ibidem*, t. I, tesis 251, p. 296; e “IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis 1a. CXXXVIII/2005, p. 40.

121 OC-5/85, *loc. cit.*, nota 113.

122 “[P]ara que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”, STC 76/1990, F.J. 9, inc. A).

se debe a que provienen de un seguimiento a criterios iniciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²³ y del Tribunal Constitucional español¹²⁴ quien a su vez sigue al primero, y todos ellos confluyendo en la “práctica judicial” de otros Estados democráticos –¿Alemania,¹²⁵ Estados Unidos¹²⁶ u otro?¹²⁷–. Sorpresivamente diríamos, con buen grado de certeza, que el origen la comentada jurisprudencia de la Suprema Corte puede rastrearse hasta Estrasburgo.

Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte –pero sin referir detalladamente sus subprincipios– ha usado la idea de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones al derecho de acceso a la justicia, tomándose en cuenta la “naturaleza de la relación jurí-

123 “Importa entonces buscar los criterios que permitan determinar si una distinción del trato otorgado, ciertamente relativo al ejercicio de alguno de los derechos y libertades reconocidos, contraviene o no al artículo 14 [de la CEDH]. [...] el Tribunal, siguiendo en ello los principios [...] de la práctica judicial de un gran número de Estados democráticos, considera que la igualdad de trato se viola si la distinción carece de *justificación objetiva y razonable*. La existencia de tal justificación debe apreciarse *con relación al fin y a los efectos de la medida en consideración*, habida cuenta de los principios que prevalecen generalmente en las sociedades democráticas. Una distinción de trato [...] *no debe solamente perseguir un fin legítimo*: el artículo 14 [...] es igualmente violado cuando se establece claramente que no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (*visé*)”, *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique”* c. Belgique, núms. 1474/62 et al., fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § B.10 (cursivas añadidas).

124 “El art. 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado [TEDH] en varias de sus Sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato [...]: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse *en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada*, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”, STC 22/1981, F.J. 3 (cursivas añadidas). Véase también STC 136/1999, F.J. 22.

125 “El principio de igualdad se vulnera cuando no puede hallarse un motivo (*Grund*) razonable, resultante de la naturaleza de las cosas o de alguna manera objetivamente (*sachlich*) evidente, para la diferenciación legal o el tratamiento igualitario; en una palabra, si la disposición es de señalarse como arbitraria”, BVerfGE 1, 14 (52). Apenas dos años antes del *Caso lingüístico belga*, en 1966, se admitió en Alemania el “rango constitucional” del principio de proporcionalidad; *supra*, nota 27.

126 Véase *Nordlinger v. Hahn*, 505 U.S. 1, § II (1992).

127 Véase Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 53-54.

dica” de los derechos que se pretenden proteger judicialmente y el “contexto constitucional” en que se imponga alguna condición para acceder a los tribunales.¹²⁸ Aunque esta tesis no menciona el principio de proporcionalidad, más que con la vaga alusión a la “relación jurídica” que se pretende normar con una restricción al derecho de acción, sí lo hace su ejecutoria al señalar que los requisitos procesales deben estar “encaminados a resguardar otros derechos [...] constitucionalmente protegidos [...] en la medida que su cumplimiento no implique su pérdida o grave menoscabo”, a fin de que no se erijan “en un presupuesto *desproporcionado*, que impid[a] al gobernado ejercer cabalmente su derecho fundamental de acceso a la justicia”.¹²⁹

Muy importante también es que el mismo Pleno ha usado el principio de proporcionalidad como criterio para examinar la constitucionalidad de las penas, en tanto tenga una relación adecuada con la falta de la que derive y corresponda a los fines que persigue.¹³⁰ Como indica el último criterio citado sobre el tema, la proporcionalidad de una sanción no es de orden cuantitativo –la duración de la privación de la libertad para la especie de la que se habló en él– sino cualitativo, tomando en cuenta “el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico”, lo que decidió –suponemos– en respeto a la libertad de configuración legislativa; este criterio debe afinarse por la posibilidad de que el legislador establezca la pena de prisión con una

128 “JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, constitucional, tesis 33, p. 56.

129 Contradicción de tesis 35/2000, resolución del 10 de septiembre de 2001, con. VII, pp. 50 y 56 (cursivas añadidas al texto transcrito); publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XIV, octubre de 2001, pp. 449 y ss.

130 “PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *ibidem*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 1/2006, p. 6; y “PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *ibidem*, 9ª época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XIX/2006, p. 1178.

duración “que no sea acorde con la gravedad de la conducta delictiva”, excediendo “desproporcionalmente” al hecho delictivo que sancione con ella.

b) Salas

Invocando expresamente el ya referido criterio del Pleno sobre el tema y muy similarmente a la jurisprudencia española, la Primera Sala ha sostenido que los requisitos para el acceso a la justicia se justificarán si “están endeerezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la *adecuada proporcionalidad* con la finalidad perseguida”, e interpreta el artículo 17 constitucional “en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para establecer [sólo] límites racionales para el ejercicio de los derechos de acción y defensa”.¹³¹ La importancia de este criterio radica en que la tesis que lo sistematiza es –según sabemos– la primera de la Corte que expresamente habla de “proporcionalidad”; pero la labor de la Primera Sala no acaba en la simple reiteración de las opiniones plenas, sino ha sido fundamental para el principio de proporcionalidad en México.

Refiriéndose a los parámetros que deben tenerse en cuenta para calificar la constitucionalidad de distinciones legislativas, ha aclarado los términos del Pleno¹³² y develado que el “equilibrio” al que éste se refiere es la aprobación del examen de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, de modo que “las distinciones introducidas por

131 “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LIII/2004, p. 513; y su ejecutoria de procedencia: Amparo directo en revisión 1670/2003, sentencia, 10 de marzo de 2004, pp. 9-14 (cursivas añadidas en ambos casos). “[E]s distinto el enjuiciamiento que pueda recibir una norma según actúe como *impeditiva u obstaculizadora* del acceso a la jurisdicción.- [E]l legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un *innecesario formalismo* y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como *justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen*, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el *juicio de razonabilidad y proporcionalidad* el que resulta trascendente”, STC 3/1983, F.J. 4 (cursivas añadidas).

132 *Supra*, nota 120.

el legislador se vinculen con una finalidad constitucionalmente admisible, que estén racionalmente conectadas con ese fin, y que no incurran en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados”.¹³³

En cierto modo, también con este criterio la Primera Sala sigue al Tribunal Constitucional español quien, ocasionalmente, ha sostenido la existencia de parámetros de “objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad” para juzgar la constitucionalidad de distinciones legislativas, fundiendo los subprincipios de idoneidad y necesidad con la “razonabilidad”. Una mezcla similar hace aquí la Corte mexicana al reducir el examen de distinciones legislativas a tres aspectos: objetividad, “racionalidad” y proporcionalidad, dejando de lado el subprincipio de necesidad que, en nuestra opinión, implícitamente incluiría en su criterio de “proporcionalidad” cuando habla de proscribir “una afectación innecesaria o desmedida”.¹³⁴ No obstante, esta tesis es un importante elemento que sirve de ancla en el ordenamiento mexicano al principio de proporcionalidad *lato sensu*, que por la calidad de su autora y la generalidad con que se expresa —ya no refiriéndose sólo a la materia tributaria— es de gran utilidad para calificar las distinciones legislativas.

Sin embargo, la Primera Sala no ha sido constante en el uso del principio de proporcionalidad. En el amparo en revisión 1110/2005, planteado contra la limitación profesional impuesta por la fracción III del artículo 223 de la Ley Federal del Derecho de Autor, señaló que “ningún derecho individual se puede prolongar más allá del punto en que comienza el de otra persona o en que se vulnera el interés general”, opinando que dicho precepto legal servía a garantizar la imparcialidad arbitral y ello bastaba para justificar que restrinja la libertad de trabajo.¹³⁵ En su respectivo voto particular, el ministro Cossío Díaz señaló primeramente que el asunto planteaba “argumentos que obligan a ir mucho más allá de la indudable legitimidad

133 “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XX, diciembre de 2004, tesis 1a. CXXXII/2004, p. 362; y amparo directo en revisión 988/2004, cit., nota 47, p. 26.

134 Véanse SSTC 7/1990, F.J. 2; y 49/1999, F.J. 7; y amparo directo en revisión 988/2004, cit., nota 47, pp. 19-20.

135 Sentencia, 7 de diciembre de 2005, cons. VII, pp. 28-30.

constitucional de que una norma sobre ejercicio de la función arbitral persiga la imparcialidad de los árbitros” y concluyó, invocando el anterior precedente comentado, que dicha disposición legal carecía de “la necesaria adecuación entre medios y fines” y resultaba por ello una “norma discriminatoria”, “*desproporcional* y [que] limita innecesariamente bienes y derechos individuales”.¹³⁶

Finalizando con la Primera Sala, ésta ha puesto en relieve la importancia en sede constitucional de “que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas”.¹³⁷ A esta consideración llegó la Sala, como indica su ejecutoria de procedencia,¹³⁸ porque en virtud del “principio de proporcionalidad o prohibición del exceso” propio de un Estado democrático de derecho, el *ius puniendi* legislativo sólo debe usarse cuando sea “absolutamente necesario”, mínima y proporcionadamente a la gravedad del hecho –lo que la Corte bautiza como “principio de razonabilidad de la ley penal”–, a fin de salvaguardar aquellos bienes más estimados socialmente e impedir el abuso mayoritario de la potestad penal.

Este criterio es de suma relevancia para el aspecto procedimental del examen de proporcionalidad; se relaciona con que el goce de las garantías individuales en México son el “estado natural y general de toda persona”, un *statu quo* constitucional, al impugnarse una medida legislativa que intervenga o limite éstas –como sucede en materia penal con la libertad física–, corresponderán al legislador las cargas de argumentación y prueba sobre cuáles son los fines concretos y reales que sus disposiciones persiguen, la estricta indispensabilidad de éstas y que el bene-

136 7 de diciembre de 2005, pp. 1, 3, y 9-14 (cursivas en el original del texto transcrito). Esta opinión disidente se adaptó en Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.

137 “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXIII, abril de 2006, tesis 1a. LXIX/2006, p. 158.

138 Amparo directo en revisión 1063/2005, sentencia, 7 de septiembre de 2005, con. V., pp. 53 y ss.

ficio para aquél equivale o supera al derecho fundamental que se estime vulnerado.¹³⁹

Por último, recientemente la Segunda Sala ha considerado expresamente los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para calificar la constitucionalidad de leyes fiscales en relación a los fines que persiguen “ya que, de otro modo, se dejaría una libertad absoluta a la discrecionalidad del legislador”, aunque opinando que por perseguir fines extrafiscales¹⁴⁰ con apoyo en preceptos de la ley fundamental –en los casos concretos: los artículos 25 y 28–, una medida legislativa debe estimarse acorde a aquéllos.¹⁴¹ Es de señalarse que el recurso al principio de proporcionalidad en estos casos particulares, tiene un carácter subsidiario a otros argumentos determinantes, ya que fue señalado *in fine* por la Sala y “sin perjuicio” de los últimos, por lo que lo tomamos por un simple *obiter dictum*.

No obstante el indudable mérito que tiene este último criterio por mencionar ya sin ambages a los subprincipios de la proporcionalidad *lato sensu* –considerándolos diferentes y no un conjunto unitario–, la Sala incurrir en el error de que una medida legislativa sería justificada sólo porque el legislador persigue con ella fines constitucionalmente admitidos o exigidos. Esto último, cuando mucho, se referiría al examen de idoneidad,¹⁴² pero no

139 *Cfr. supra*, notas 58, 59 y 60; Alexy, *op. cit.*, nota 15, pp. 243-244; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 714-719; art. 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles; y “PRUEBAS EN EL AMPARO DE LEGALIDAD DEL ACTO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, parte VIII, tesis 227, p. 383.

140 Véase “CONTRIBUCIONES. FINES EXTRAFISCALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 153, p. 190.

141 “PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. LOS FINES QUE JUSTIFICAN LA EXENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 80., FRACCIÓN I, INCISO F), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL RELATIVO, SE SUSTENTAN EN EL INTERÉS DE PROTEGER A LA INDUSTRIA AZUCARERA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2004)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 2a. XXIV/2006, p. 534; y sus ejecutorias de procedencia: amparo en revisión 94/2006, sentencia, 24 de febrero de 2006, con. VIII, pp. 222-223; y amparo en revisión 162/2006, sentencia, 3 de marzo de 2006, con. VIII, pp. 219-220; y amparo en revisión 247/2006, sentencia, 3 de marzo del 2006, con. IV, pp. 244-245.

142 Aunque, ortodoxamente, la persecución de un fin constitucionalmente legítimo ni siquiera forma parte del examen de idoneidad y obviamente tampoco de la proporcionalidad en sentido lato, sino –como afirmó el Tribunal Constitucional español– es un “*prius* lógico” de determinación previa a dicho examen. *Cfr.* STC 55/1996, F.J. 7; y *supra*, nota 75.

a los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el examen de proporcionalidad reclama un análisis que no quede en constatar la “legitimidad” del fin legislativo, sino vaya “más allá” y establezca si es equilibrado el grado de perjuicio que una disposición del legislador provoca a un derecho fundamental, lo cual en muchas ocasiones no es apreciable a simple vista, pero no por ello deja de ser una afectación “injusta” de otros bienes (también) constitucionalmente tutelados.¹⁴³

C. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

Aunque no puede decirse que este órgano jurisdiccional es un “tribunal constitucional” porque su interpretación de la ley fundamental no es definitiva y carece de facultades para controlar la constitucionalidad de normas generales,¹⁴⁴ no puede desconocerse que su labor en gran parte es atribuir significado a diversos preceptos constitucionales y, en especial, a los indeterminados principios electorales mexicanos (certeza, legalidad, etc.),¹⁴⁵ motivo por el cual lo incluimos en esta relación.

Según tenemos noticia, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el primer tribunal mexicano que no sólo alude expresamente a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad –asimismo considerándolos distintos–, explicándolos con detalle y muy puntualmente,¹⁴⁶ sino también el primero que lo ha fundado en el *artículo 16 constitucional* –además del 14 del mismo ordenamiento– e interpretado

¹⁴³ *Supra*, nota 136.

¹⁴⁴ “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t I, tesis 62, p. 195.

¹⁴⁵ Art. 41, fr. III, constitucional.

¹⁴⁶ “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235. De las mismas ejecutorias del anterior, deriva también el siguiente criterio, relativo al subprincipio de necesidad: “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBEN PRIVILEGIARSE LAS DILIGENCIAS QUE NO AFECTEN A LOS GOBERNADOS”, *ibidem*, tesis S3ELJ 63/2002, p. 236. Cfr.

la garantía de motivación material en el sentido de consagrar un “principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales”.¹⁴⁷

Un ejemplo de uso del principio de proporcionalidad por el Tribunal Electoral, en específico de sus criterios de idoneidad y necesidad, es la hipótesis de apertura de paquetes electorales –muy trascendente y conocida, pero poco analizada con esta óptica–.¹⁴⁸ Al respecto, la Sala Superior ha señalado que dicha apertura sólo procede en “casos extraordinarios”¹⁴⁹ y

de tal modo que se evidencie la *pertinencia de la medida*, esto es, la *necesidad* de ella, para esclarecer si se debe declarar o no la nulidad de la votación de la casilla, y su *idoneidad*, en cuanto se advierta cierta probabilidad de que las irregularidades atribuidas a dicha votación se puedan acreditar con los documentos inmersos en el paquete electoral.¹⁵⁰

La apertura de paquetes electorales, como una diligencia probatoria tendiente a la certidumbre sobre los resultados comiciales, serviría “si en los autos no se cuenta con elementos suficientemente ilustrativos para dirimir la contienda, [...a...] salvaguardar el valor jurídico constitucionalmente tutelado de mayor trascendencia, que es el voto...”.¹⁵¹ Pero, como sostuvo el Tribunal en el criterio que comentamos, es una medida “última, excepcional y extraordinaria”, que no puede autorizarse gratuitamente sino sólo cuando resulte *adecuada* por ser susceptible de aclararse algún punto litigioso por su medio y, además, *necesaria* al no haber otro medio disponible para

147 Recurso de apelación SUP-RAP-050/2001, sentencia, 7 de mayo de 2002, con. V, pp. 116-119.

Este asunto es la primera ejecutoria de procedencia de las tesis referidas en la nota anterior.

148 Sobre los elementos de los “paquetes electorales”, véanse los arts. 234 y 235 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,

149 Que se distingan de los casos “ordinarios” en virtud de “criterios razonables y objetivos”; *cf.* “IGUALDAD. DELIMITACIÓN...”, *cit.*, nota 120.

150 Juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-370/2003, sentencia, 29 de septiembre de 2003, con. III, p. 68 (cursivas añadidas); ésta es la última ejecutoria de procedencia de la primera tesis referida en *infra*, nota 152.

151 “DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. PROCEDE REALIZARLAS CUANDO EN AUTOS NO EXISTAN ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESOLVER”, Sala Superior, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 10/97, p. 101.

elucidar el debate judicial; ya que de no ser así, se afectaría la administración expedita de justicia impulsada por el artículo 17 constitucional, con “diligencias o actuaciones inútiles [...] que sólo dilat[arían] el dictado de las resoluciones o produ[cirían] efectos ajenos al cometido del juicio”.¹⁵²

Es claro, luego de la exposición anterior, que confluyen en la apertura de paquetes electorales varios principios constitucionales: por un lado, la *certeza electoral* y la garantía de audiencia –por la relación con medios probatorios en juicio– y, por el otro, la *economía procesal*, cuya colisión es preciso resolver de modo razonable, objetivo y sistemático,¹⁵³ e incluso un conflicto entre *normas derivadas exclusivamente del primero de ellos* (!): el conocimiento de la votación real y la celeridad en la obtención de resultados electorales; en pocas palabras: un conflicto iusfundamental más complejo de lo “normal”. El Tribunal Electoral, en nuestra personal opinión, lo resolvió adecuadamente al exigir que no se prive innecesariamente de efectos a alguna de estas normas; si por medios diferentes y menos gravosos que la apertura de paquetes –dable en un amplio espectro numérico: desde uno solo hasta su total– pudiera decidirse sobre los agravios planteados, o bien cuando notoriamente esa actuación no condujera a ello, carecería de sentido dicha diligencia y se afectaría desproporcionadamente el principio establecido en el artículo 17 constitucional.

Como se sabe, el tema anterior fue protagonista de la elección presidencial mexicana de 2006; la solicitud de la Coalición por el Bien de Todos para recontar la totalidad de las casillas de esa elección (130,477), hizo que se manifestara la indicada tensión entre normas constitucionales. Nos parece que, en la correspondiente resolución, la Sala Superior electoral tácitamente usó el criterio de idoneidad como *ratio decidendi* pues en su opinión, al impugnar la actora sólo parcialmente las secciones electorales cuyo nuevo cómputo intentó, su pretensión resultó “inatendible”, aunado a “no encon-

152 “PAQUETES ELECTORALES. SÓLO EN CASOS EXTRAORDINARIOS SE JUSTIFICA SU APERTURA ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL”, *ibidem*, tesis S3ELJ 14/2004, p. 211; y SUP-JRC-370/2003, *cit.*, nota 150, con. III, pp. 59-63. Véase también “APERTURA DE PAQUETES. REQUISITOS PARA SU PRÁCTICA POR ÓRGANO JURISDICCIONAL (LEGISLACIÓN DE VERACRUZ-LLAVE Y SIMILARES)”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 25/2005, p. 352.

153 Véase *infra*, § III.2.

trarse la causalidad entre los hechos narrados y las supuestas irregularidades generalizadas de los cómputos de casilla y distritales a que aludió” (conclusión núm. 9).¹⁵⁴

El caso en realidad es más complicado de lo que dice el Tribunal, según anotamos arriba, pero bien puede con cierta facilidad resolverse por el subprincipio de idoneidad. La litis de los juicios de inconformidad –aun en conjunto– se limitó a una cantidad menor que la totalidad de las casillas de la elección, de modo que la apertura de las que no fueron impugnadas no constituía una medida idónea o adecuada para dilucidar las secciones electorales controvertidas *ante el Tribunal Electoral*, por ser extrañas a ellas, y hubieran “dilatado” la resolución de los casos en cuestión sin beneficio para los litigios que dirimían; y, aunque se ordenó la apertura de algunas de casillas reclamadas, ello lo decidió el Tribunal “en función de la viabilidad de la impugnación y de las pruebas que [obraron] en el expediente [respectivo]”.¹⁵⁵

Somos de la opinión de que, si con claridad hubiera ese órgano usado su misma doctrina sobre el principio de proporcionalidad –y también la de la Suprema Corte–, mucho habría ganado la argumentación de su decisión en ese asunto.

D. *Tribunales Colegiados de Circuito*

Un precedente importante lo sentó en México el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, aunque no refiera expresamente al principio de proporcionalidad o a los subprincipios que lo integran.¹⁵⁶ Su importancia radica, primeramente, en que se ocupa del paradigma de los conflictos constitucionales complejos: el derecho a la información y la libertad de expresión “contra” los derechos al honor y a la intimidad;¹⁵⁷ y, en segundo lugar, en que posiblemente sea el primero que habla sin tapu-

154 Juicio de inconformidad SUP-JIN-212/2006 y otros (incidente I), interlocutoria, 5 de agosto de 2006, con. II, pp. 36 y 46.

155 *Ibidem*, con. II, p. 46.

156 “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XVII, marzo de 2003, tesis I.4o.C.57 C, p. 1709.

157 Serna y Toller, *op. cit.*, nota 16, pp. 5 y 29.

jos de la “ponderación” entre bienes constitucionales.¹⁵⁸ Por otro lado, es encomiable que –conscientemente o no– de alguna manera se haya recogido este criterio judicial en reciente legislación positiva.¹⁵⁹

Inicialmente, salta a la vista que el precedente comentado sigue (casi) *ad pedem litterae* al Tribunal Constitucional español.¹⁶⁰ Puede decirse que el Tribunal Colegiado opinó, igual que su modelo hispano, que la libertad de expresión e información se dirige a “la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general”, y “solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad”; de modo que la divulgación de información carente de ese objetivo, simplemente “difamatoria o vejatoria, [...] ‘innecesaria y gratuita’...”, no justificaría la afectación a los derechos al honor y a la intimidad.

Este caso ejemplar, lo es en especial respecto de la aplicación del juicio de proporcionalidad *stricto sensu*. La divulgación de una cierta información perjudicial a una persona se realiza *prima facie* bajo el amparo de las libertades a las que se adscribe,¹⁶¹ y sólo a costa indispensable del honor e intimidad del sujeto afectado; así, es correcto que el Tribunal Colegiado –como el español– apunte que “[e]l límite entre la libertad de expresión y la [afectación a la intimidad y al honor] sólo puede establecerse mediante la ponderación de los derechos” (cursivas añadidas), es decir en ese último nivel del examen de proporcionalidad en sentido amplio, en el cual se valoran la posición e interrelación de los principios constitucionales opuestos y de los bienes que tutelan, en el caso concreto; por lo que ambos tribunales dieron por implícito o irrelevante examinar los subprincipios de idoneidad y necesidad.

158 Aunque hay criterios de muy poca antelación, que se ocupan del mismo problema. *Supra*, nota 73.

159 Art. 8º de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

160 STC 171/1990, FEJJ. 4-5. Esta decisión es de gran influencia en el ámbito español, como muestra la constante remisión a ella en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo: 336/1993, F.J. 4; 138/1996, F.J. 3; 136/1999, F.J. 15; y 39/2005, F.J. 2.

161 Sostener lo contrario –pensando en el subprincipio de idoneidad o del análisis preliminar de la legitimidad constitucional de dicha divulgación– sería decir que *solamente* cuando la información fuera social o políticamente relevante sería legítima su divulgación y, en contrapartida, que la relativa a información diferente estaría prohibida, lo cual no parece “necesario” o conveniente a una “sociedad democrática”.

Culminemos nuestra relación con otro fundamental criterio sobre el principio de proporcionalidad en México, sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.¹⁶² Este precedente no sólo promueve manifiestamente la aplicación del examen de proporcionalidad para “cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión”,¹⁶³ o explica con claridad y sencillez sus subprincipios –al igual que otros órganos mexicanos, no teniéndolos como entidades articuladas—; lo que de él más llama la atención es que profesa sin reserva su filiación con la difundida “teoría de los principios” de Alexy,¹⁶⁴ como demuestra el buen uso de su misma terminología.

4.3. Algunas notas conclusivas

La claridad de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio de proporcionalidad bastaría, como en España,¹⁶⁵ para su inclusión en el orden jurídico mexicano, pero no desconocemos las dificultades que enfrentaría en nuestro país una argumentación de este orden.¹⁶⁶ Afortunadamente en México los tribunales nacionales, en especial la Suprema Corte, no sólo han sentado en su jurisprudencia las bases de aplicación del principio de proporcionalidad, tanto en lo que se refiere a la optimización de derechos fundamentales como a su importante apoyo en la garantía de motivación material; por lo que no es indispensable recurrir a las opiniones de nuestro tribunal internacional para la aplicación de tal principio, aunque no deje de ser conveniente.

162 “TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis I.4o.A.60 K, p. 1579.

163 *Supra*, nota 103.

164 “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 94.

165 STC 50/1995, FJ. 7; y *supra*, nota 124. Cfr. Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 1549.

166 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 50-51.

Vimos en las secciones anteriores que diversos tribunales mexicanos han usado el principio de proporcionalidad para examinar la licitud del ejercicio de facultades discrecionales de órganos de poder público, en especial las del legislador y en relación con la afectación a los derechos fundamentales. Es de subrayar el seguimiento en este tema, que hace la jurisprudencia mexicana respecto de la española, en virtud del cual ha recibido la influencia del derecho comparado; quizá no sólo debido a esto último sino a otros factores también, el principio de proporcionalidad evolucionó en México muy similarmente a como lo hizo en otras latitudes, perfilándose casi con absoluta fidelidad a la dogmática alemana cuya terminología ya emplean nuestros tribunales con alguna familiaridad. La única diferencia apreciable de la jurisprudencia mexicana con la formulación del principio de proporcionalidad en Alemania, es que aquélla considera aisladamente, no un conjunto, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

A pesar de lo anterior, y no obstante algunos criterios muy valiosos sobre el principio de proporcionalidad, los tribunales mexicanos todavía enfrentan algunos problemas en su manejo, desde su uso inconstante hasta su confusión con la “proporcionalidad tributaria”. A la complejidad del concepto de “proporcionalidad” que estudiamos en este trabajo, cuesta un gran esfuerzo romper la inercia de los operadores mexicanos, aún bajo un esquema jurídico y constitucional positivista clásico y decisionista.¹⁶⁷

V. Epílogo: proporcionalidad, jurisdicción constitucional y control material del legislador

El examen de proporcionalidad de medidas legislativas ha dado ocasión de que se acuse a la jurisdicción constitucional de usurpar funciones legislativas, porque supuestamente con él resuelve cuestiones de oportunidad y consideraciones políticas, que corresponde decidir a órganos democráticamente electos.¹⁶⁸ En realidad, con el principio de proporcionalidad los jueces no

¹⁶⁷ Véase Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000, pp. 67-73.

¹⁶⁸ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, pp. 249-250. Véase *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 319-322 (1993).

hacen más que aplicar un *parámetro constitucional* que sirve de límite al legislador, constatando si éste dio o no la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales y, por lo tanto, actúa dentro de su competencia natural para resolver la controversia al respecto.¹⁶⁹

Pero quizá más importante sea la actitud judicial ante el examen de proporcionalidad. El control jurisdiccional de la constitucionalidad, desplegado en especial contra el legislador, en un principio sólo requería de los tribunales constatar la existencia de una “evidente” violación de la ley fundamental, dada la gran fuerza otorgada a la presunción de inconstitucionalidad; pero esta timidez no tiene cabida.¹⁷⁰

La complejidad de la vida social actual y su necesaria regulación legislativa, requiere a las normas generales ser cada vez más complejas, de modo que pueden afectar a los derechos fundamentales u otros principios constitucionales, de una manera sutil e imperceptible a simple vista. Ello exige de los jueces constitucionales “un papel más activo” en la protección de los derechos fundamentales y a no esperar una “notoria” violación constitucional —que factible pero improbablemente se daría— para ejercer el control a su cargo y no pecar por defecto en ello.¹⁷¹

El principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público.¹⁷² Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo

169 Cfr. Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5ª ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 344-345; Hesse, *op. cit.*, nota 24, p. 242; y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 9, p. 807.

170 Cfr. Wolfe, Christopher, “From constitutional interpretation to judicial activism: The transformation of judicial review in America”, *First Principles Series*, Washington, The Heritage Foundation, núm. 2, 3 de marzo de 2006, pp. 2 y 10; y Aja, Eliseo y Markus González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 288.

171 Cfr. Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 252. “No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción otorgada, que [el que tenemos] a usurpar el que no se ha dado. Uno u otro traicionaría a la Constitución”, *Cobens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 404 (1821).

172 Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, nota 40, p. 45.

goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse caprichosamente.

Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*

Gloria Patricia Lopera Mesa

Universidad Eafit (Medellín, Colombia)

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumir la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Parlamento. Lo anterior ha llevado a cuestionar que la última palabra en la disputa sobre el alcance de los derechos se deposite en un órgano carente de legitimidad democrática. Con todo, nuestra cultura jurídica no parece dispuesta a renunciar al control de constitucionalidad de las leyes, por lo cual, más que debatir sobre su abandono o conservación, en la actualidad los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora del Tribunal Constitucional y a proponer, de la mano de las teorías de la argumentación, criterios que permitan someter sus decisiones a un control racional, en un intento de cerrar la brecha que para el Estado

* Una versión previa de este trabajo ha sido publicada en *Jueces para la Democracia*, 53, 2005. La investigación que ha dado lugar a este trabajo ha contado con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y la Universidad Eafit.

de Derecho representa este excedente de discrecionalidad en manos del juez constitucional¹.

En este contexto se sitúa la reflexión sobre el principio de proporcionalidad, instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del legislador. El objetivo de este trabajo es examinar las peculiaridades que presenta dicha estructura argumentativa cuando se aplica al control de constitucionalidad de un tipo específico de intervención en derechos fundamentales, como es la que tiene lugar mediante la definición legislativa de delitos y penas. Para ello intentaré ofrecer una respuesta a las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué función desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación que efectúa el Tribunal Constitucional cuando se ocupa del control de constitucionalidad de las leyes?
2. ¿Qué exigencias específicas incorpora el principio de proporcionalidad cuando se emplea en el control de constitucionalidad de las leyes penales?
3. ¿Existen diferencias entre el juicio de validez y el juicio acerca de la legitimidad externa de una ley penal, incluso si para efectuar ambos se emplea el principio de proporcionalidad?
4. ¿Qué intensidad debe tener el control de constitucionalidad de las intervenciones penales del legislador?

1. El principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional

La imagen más simple del control de constitucionalidad de las leyes es la de un juicio en el que se comparan dos normas –ley y constitución– que, en

1 Riccardo Guastini habla de la “incompletud (*incompletezza*) del Estado de Derecho” para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el estado constitucional como efecto de su vinculación preferente a la constitución. Vid. “Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico”, en Montanari, B. (comp.), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Turín, Giapichelli, 1992, pág. 177.

caso de ser detectada una incompatibilidad entre ellas, se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias. Pero en la mayoría de los casos esta imagen tan simple no se corresponde con el razonamiento más complejo que debe efectuar el Tribunal Constitucional cuando revisa la constitucionalidad de las leyes. Mayor complejidad que obedece al menos a dos razones: en primer lugar, a la *indeterminación* de los contenidos materiales de la constitución, la cual dificulta establecer aquello que la constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir, como ocurre por ejemplo con la disposición que consagra el derecho a la vida (art. 15 C.E.), de la cual no se deduce, por sí misma, si tal derecho comprende sólo una dimensión positiva (derecho a conservar la propia vida) o también una dimensión negativa que ampare el derecho a decidir la propia muerte y establezca el correlativo deber estatal de no imponer alimentación forzada a reclusos en huelga de hambre². Empleando una expresión de Moreso, cabría decir entonces que, debido a esta indeterminación, en buena parte de los supuestos que debe decidir el Tribunal “*la constitución habla con voz incierta*”³. En segundo lugar, la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de constitucionalidad de las leyes obedece al hecho de que la propia constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues contiene preceptos susceptibles de entrar en colisión ya sea en abstracto o con ocasión de un caso concreto, como ocurre en los típicos casos de conflicto entre libertad de expresión (art. 20.1.a C.E.) y derecho al honor (art. 18.1 C.E.) o entre igualdad formal e igualdad sustancial (arts. 14 y 9.2 C.E.). En estos casos la dificultad reside en que “*la constitución habla con muchas voces*”⁴.

En estos supuestos, los llamados “casos difíciles”, el quid del control de constitucionalidad reside en determinar cuál es, en definitiva, la calificación

2 Cuestión debatida en la STC 120/1990, (Huelga de hambre presos GRAPO), en la que el Tribunal opta por una respuesta negativa al sostener que “(n)o es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente” (EJ. 7).

3 José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 87.

4 *Ibid.*, pág. 108.

deóntica que la constitución asigna a la decisión legislativa enjuiciada, si ordenada, prohibida o permitida. Pero dentro de este universo de casos difíciles me voy a centrar sólo en los *casos difíciles de derecho fundamental*, esto es, aquellos que se suscitan a propósito del control de normas que afectan algún contenido protegido, al menos *prima facie*, por normas de derecho fundamental, y, por tanto, cuentan con una razón en contra de su constitucionalidad, pero en los cuales también es posible aducir otros argumentos a favor de la misma, como, por ejemplo, el que la norma en cuestión se oriente a la salvaguarda de otros derechos o bienes jurídicos dotados de protección constitucional.

Para resolver este tipo de colisiones los Tribunales Constitucionales suelen emplear una estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa⁵.

Esta estructura de argumentación no hace sino condensar exigencias básicas de racionalidad medios-fines y, en general, plasmar criterios de justificación de la actividad estatal cercanos a una ética consecuencialista. Así, en virtud del subprincipio de idoneidad sólo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto. Con el subprincipio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la interven-

5 Entre la bibliografía reciente sobre el principio de proporcionalidad cabe la pena destacar los trabajos de Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Markus González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

ción del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad.

Aunque no puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales⁶, sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones del Tribunal, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque, al acotar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga al Tribunal a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas.

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una *estructura argumentativa* que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales⁷.

Paso entonces a examinar las exigencias específicas que incorpora dicha herramienta argumentativa cuando se proyecta sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales.

6 Para una estructura de argumentación distinta, vid. José Juan Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en *Constitución y derechos fundamentales*, J. Betegón / F. Laporta / J. R. de Páramo / L. Prieto (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Ministerio de la Presidencia, 2004, págs. 473-489.

7 Un desarrollo más amplio de esta idea puede verse en Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 97 y ss; Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006 (en prensa), capítulo 1, II, 2.

2. Principio de proporcionalidad y control constitucional de leyes penales

2.1. Presupuestos

Si, como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión en el caso a decidir. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los *derechos fundamentales prima facie afectados por la ley penal*, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción. Tomando como ejemplo el artículo 380 del C.P., que tipifica como delito la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, se tiene que, a través de la obligación de someterse a dichas pruebas establecida en la norma de conducta, se afecta una posición *prima facie* comprendida dentro del derecho a no declarar contra sí mismo. Por su parte, a través de la norma de sanción (prisión de 6 meses a un año), se establece una intervención no sólo la libertad personal, sino en todos los demás derechos que se ven afectados por el régimen de ejecución de la pena de prisión. Adicionalmente, toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento, pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde el punto de vista iusfundamental, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae.

El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la *legitimidad constitucional* del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el ordenamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines.

Así, por ejemplo, cabría pensar que existe una prohibición definitiva de perseguir a través del derecho penal fines tales como impedir a los españoles entrar o salir del país por motivos ideológicos, asegurar la afiliación obligatoria a sindicatos, imponer determinados modelos de virtud (legislación perfeccionista) o proteger intereses basados en criterios de discriminación prohibidos.

2.2. Subprincipios de la proporcionalidad

2.2.1. Idoneidad

El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue. Se entenderá que tal es el caso cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido⁸.

2.2.1.1. Idoneidad de la norma de conducta

El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal: en el primer caso es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico. Por esta vía, el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del *principio de lesividad*, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, *la exterioridad de la acción típica*, condi-

8 Vid. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976, pág. 193; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 724.

ción necesaria para verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. Conforme a este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un *peligro abstracto* para el bien jurídico que fundamenta la intervención.

El margen de control de que dispone el Tribunal en el juicio de idoneidad es bastante reducido, limitándose, en el caso de la norma de conducta, a verificar que el pronóstico de peligrosidad que efectúa el legislador al momento de tipificar la conducta encuentra respaldo en reglas de experiencia y en el conocimiento disponible y, a lo sumo, a utilizar la técnica de las sentencias interpretativas para declarar la idoneidad de la norma de conducta a condición de que se entienda que la misma incorpora como requisito de tipicidad de la acción la verificación de que concurren las condiciones necesarias para que su realización represente un peligro para el bien jurídico, atendiendo al contexto causal en el que se desenvuelve la acción (p. ej. en el delito del porte de armas exigir como condición de tipicidad que el arma esté cargada; en el delito de conducción bajo el efecto de bebidas embriagantes exigir como condición de tipicidad que la persona conduzca por una vía por la que circulen otros vehículos u otros peatones)⁹.

9 Como explica Daniel González Lagier, la noción de *contexto causal* se refiere al conjunto de circunstancias adicionales que deben concurrir para que un determinado fenómeno, percibido como *causa* de otro, desencadene el resultado previsto. Así, en el ejemplo que propone este autor, consideramos que raspar una cerilla es la “causa” de que se encienda, pero ello sólo ocurre porque se dan otras condiciones tales como la presencia de oxígeno, que la cerilla no esté mojada, etc., todas las cuales conforman el “contexto causal” sin el cual no se produciría el efecto esperado. “Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el ‘caso de la colza’ desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia”, *Poder Judicial*, 33, 1994, págs. 83-103, aquí pág. 100. En el caso de los delitos de peligro abstracto se trata de comprobar si, en el caso concreto, concurría o no ese conjunto de circunstancias —el “contexto causal”— sin las cuales la mera realización de la conducta no podría desencadenar un peligro para el bien jurídico. Tal exigencia de acreditar la peligrosidad *ex ante* de la conducta en el caso concreto supone una reinterpretación de todos los delitos de peli-

2.2.1.2. Idoneidad de la norma de sanción

Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la *eficacia preventiva* que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivo generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta. La única exigencia de prevención especial que cobra relevancia en sede de control abstracto es la derivada del mandato constitucional de resocialización, el cual, interpretado en clave negativa, conduce a excluir del conjunto de los medios penales idóneos todas aquellas sanciones abiertamente desocializadoras, como es el caso de la prisión perpetua o de penas privativas de libertad que en la práctica produzcan el mismo efecto, teniendo en cuenta su duración y la esperanza promedio de vida de la sociedad en que se imponen.

También aquí el margen de control del que dispone el Tribunal es bastante reducido, debido a las dificultades para desvirtuar por completo la eficacia preventiva de las conminaciones penales. Creo que sólo es posible fundamentar declaración de inconstitucionalidad, por falta de idoneidad, de las normas penales de sanción cuando concurren dos condiciones: 1) que el legislador no logre respaldar, con base en premisas empíricas avaladas por el conocimiento técnico y científico disponible, que su intervención puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende garantizar; 2) que pueda establecerse, con base en premisas dotadas del mismo respaldo, que la intervención penal, además de no producir efectos apreciables en orden a la protección del bien jurídico, se revela contraproducente para alcanzar dicho fin.

gro abstracto como delitos de peligro hipotético, en el sentido sugerido por Ángel Torío, "Los delitos de peligro hipotético", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 825-847, y acogido luego por buena parte de la doctrina penal española.

2.2.2. Necesidad

Una vez acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.

2.2.2.1. Necesidad de la norma de conducta

Proyectado al control de los tipos penales, el subprincipio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al *principio de fragmentariedad*.

En este caso los medios alternativos a comparar con la norma enjuiciada pueden consistir, ya sea en la desregulación o plena liberalización de la conducta prohibida, o bien en la búsqueda de alternativas de tipificación que reduzcan el ámbito de lo prohibido, indagando si para la protección del bien jurídico es suficiente optar, por ejemplo, por delitos de lesión en lugar de delitos de peligro, y entre estos últimos, de peligro concreto en lugar de abs-

tracto, por formas de comisión activas y no omisivas, por tipos dolosos en lugar de imprudentes, etc., o si es posible definir con mayor precisión las conductas objeto de prohibición penal. Pero mientras la comparación de estos medios alternativos con la norma enjuiciada no plantea problema alguno desde el criterio de su menor lesividad, pues toda reducción del conjunto de las prohibiciones penales se traduce en un aumento de la esfera de libertad jurídica de los individuos, no ocurre igual cuando la comparación se lleva a cabo desde la perspectiva de su igual idoneidad. En este caso la mayor amplitud de los tipos penales comporta, en línea de principio, una mayor eficacia preventiva, por cuanto supone un adelanto en las barreras de protección del bien jurídico, de modo tal que, bajo esta perspectiva, ninguna de las modalidades alternativas de tipificación estaría en condiciones de alcanzar el mismo grado de idoneidad de la norma enjuiciada. De ahí que, en lugar de descartar de plano las modalidades de tipificación que no revistan el mismo grado de eficacia que la norma enjuiciada, el juicio de necesidad deba orientarse a establecer si aquellas modalidades de regulación alternativa resultan ser globalmente más eficientes, lo que ocurrirá cuando estas se limiten a excluir del ámbito de lo punible las conductas que carecen de la suficiente relevancia social para ser reguladas a través del derecho penal. Relevancia social que, a su vez, se determina en función de los criterios de merecimiento y necesidad de pena: mientras el primero de estos atiende a la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque, de modo tal que a menor importancia del bien jurídico más graves deben ser los ataques contra el mismo para que se consideren penalmente relevantes, el segundo de ellos obliga a considerar la frecuencia de afectación del bien jurídico a través de la conducta incriminada o los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar su prohibición penal. Sin embargo, antes que declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma de conducta establecida por el legislador, el Tribunal Constitucional puede valerse de los criterios de relevancia social antes sugeridos para fundamentar una restricción del alcance de los tipos penales, a través de la técnica de las sentencias interpretativas “reductoras”¹⁰.

10 Así procede el Tribunal Constitucional en la STC 111/1993, donde se interpreta la expresión “título oficial” (contenida en la redacción del delito de intrusismo establecida en el anterior código penal), en el sentido de título “académico” oficial, reduciendo considerablemente el alcance de este tipo penal.

2.2.2.2. Necesidad de la norma de sanción

Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al *principio de subsidiariedad* en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de *alternativas al derecho penal*, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de *penas alternativas*. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.

a) *Búsqueda de alternativas al derecho penal*: En cuanto a lo primero, es necesario distinguir los medios alternativos situados por fuera del derecho penal según tengan o no naturaleza sancionadora, pues el juicio de necesidad suscita problemas diversos en relación con cada uno de ellos. Por lo que respecta a las alternativas no sancionadoras (medidas de política social, mecanismos extrapenales de solución de conflictos, estímulos positivos, campañas educativas, medidas de vigilancia policial, etc.), el espacio para su consideración en el control de constitucionalidad es bastante limitado pues, además de plasmar opciones político criminales de signo muy diverso y, en ocasiones, radicalmente contrarias a la expresada por el legislador en la norma enjuiciada, su heterogeneidad, por otro lado, dificulta en extremo su comparación con la medida legislativa enjuiciada desde la perspectiva de su igual idoneidad y menor lesividad. De ahí que, en relación con este tipo de alternativas, el juicio de necesidad que efectúa el Tribunal Constitucional deba limitarse a indagar si la expedición de la norma penal enjuiciada estuvo precedida o acompañada de otro tipo de medidas no sancionadoras dirigidas a proteger el bien jurídico cuya tutela sirve de fundamento a la intervención penal. Y aunque la inexistencia de tales medidas no constituye, por sí misma, razón suficiente para declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma penal enjuiciada, la comprobación de que el legis-

lador ha utilizado el derecho penal como *prima o única ratio* si está llamada a cobrar relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como un argumento que debilita la certeza sobre las premisas que fundamentan la necesidad de la intervención legislativa.

Cuando las medidas alternativas consisten en sanciones extra-penales su comparación con la norma enjuiciada se torna menos compleja, debido a la relativa homogeneidad que existe entre los medios examinados, dado que también la pena pertenece al género de las sanciones, aunque se distingue de las demás por incorporar un juicio de reproche ético en contra del infractor que le confiere un plus de afflictividad respecto de otras sanciones. En este caso, la búsqueda de medios alternativos debe comenzar por las sanciones previstas en otros sectores del ordenamiento para la conducta descrita en el tipo penal o para otros comportamientos de gravedad y características similares; duplicidad de sanciones que se presenta en el caso de atentados contra el honor, frente a los que también cabe incoar la vía civil, y que en general tiende a incrementarse debido a la expansión del derecho penal a la represión de actividades tradicionalmente sancionadas por vía administrativa. Sólo en caso de no existir tales sanciones paralelas de *lege lata*, cabe acudir a las sanciones no penales previstas en el derecho comparado y, en cualquier caso, considerar las alternativas de *lege ferenda* propuestas por la doctrina o por las partes que intervienen en el juicio de constitucionalidad.

La comparación entre la sanción penal y las sanciones alternativas desde la perspectiva de su idoneidad lleva a cuestionar la presunción de mayor efectividad que acompaña al derecho penal en razón de la mayor gravedad de sus consecuencias jurídicas. Ello obedece a que en el caso de las sanciones civiles o administrativas su menor drasticidad se ve compensada por una mayor certeza en su imposición, derivada de la mayor flexibilidad en la configuración del injusto, las estructuras de imputación y las garantías procesales que caracteriza a estos sectores del ordenamiento en relación con la rigidez propia del derecho penal. En algunos casos, como ocurre con la protección civil del derecho al honor, la experiencia ha desvirtuado la creencia en la mayor eficacia de la vía penal¹¹. Sin embargo, en general cabe señalar

11 Al respecto vid. Santiago Muñoz Machado, "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", *Poder Judicial*, 1 (2ª. época), 1986, págs. 11-22, aquí

que la racionalidad de la argumentación sobre este punto es bastante frágil, entre otras razones, por la imposibilidad de verificar empíricamente la eficacia de alternativas sancionadoras que no han sido llevadas a la práctica sino que sólo consisten en propuestas de *lege ferenda*, y por la dificultad de recabar, interpretar y comparar la información empírica relativa a sanciones que sí han sido implementadas. Con todo, uno de los pocos casos en que la comprobación empírica suministra una base fiable para descartar la necesidad de una intervención penal del legislador se presenta cuando, tras evaluar los resultados de una reforma que introduce una sanción penal en lugar de (o como adición a) una sanción extrapenal ya existente, no se aprecia una reducción significativa del número de infracciones cometidas, caso en el cual cabe concluir que la penalización del comportamiento no ha significado un aumento de la eficacia preventiva y, por tanto, que para obtener los mismos resultados bastaba con la vía sancionadora ya existente.

Pero si la mayor flexibilidad de las garantías que acompañan las sanciones extra-penales puede representar una ventaja frente a las penales en términos de idoneidad, supone una desventaja cuando ambas se comparan desde la perspectiva de su menor lesividad, dado que la reducción de garantías representa un coste desde el punto de vista iusfundamental. Un coste que, dentro de ciertos límites, es necesario asumir si se pretende buscar alternativas a la sanción penal que garanticen una razonable tutela de los bienes jurídicos y hagan efectivo el postulado de *última ratio*, pues la posibilidad de aplicar sanciones menos severas que las penales sin disminuir su eficacia preventiva depende de que esta menor severidad se pueda compensar con una mayor certeza en su imposición, lo que a su vez requiere matizar el alcance de aquellas garantías que pueden afectar dicha certeza. Por tanto, es preciso admitir la existencia de diferentes niveles de garantías, que se incrementan de acuerdo a la gravedad de las sanciones a imponer y alcan-

págs. 14 y s; Tomás Vidal Marín, *El derecho al honor y su protección desde la constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 247; Fermín Morales Prats, "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, 12, 1987, págs. 251-320, aquí pág. 307, quienes destacan la preferencia de los afectados por hechos constitutivos de injuria y calumnia por acudir a la vía civil en lugar de a la penal, debido a las dificultades para obtener una condena penal en relación con tales delitos y lograr una efectiva reparación del deshonrado.

zan su mayor cota en el caso de las penas, siempre y cuando dicha escala tenga como umbral mínimo un conjunto básico de garantías que deben acompañar la imposición de cualquier sanción¹². Sobre esta base, la comparación entre la sanción penal enjuiciada y la sanción extrapenal alternativa desde la perspectiva de su menor lesividad debe atender a cuatro aspectos: a) la *cantidad* de posiciones de derecho fundamental afectadas por una y otra sanción; b) la *importancia* de las mismas; c) la *intensidad* de su afectación; d) las *garantías* que acompañan su imposición.

Cuando logre acreditarse que una sanción extrapenal resulta menos lesiva y tiene similares efectos preventivos que la norma penal enjuiciada, no es posible fundamentar la necesidad de esta última tan sólo en argumentos que apelan a la importancia social del bien jurídico, que sufriría menoscabo si sólo se protege a través de mecanismos no penales, o a la necesidad de mantener la sanción penal para expresar repudio frente a conductas especialmente disvaliosas. Este tipo de fundamentación pone de manifiesto una utilización puramente simbólica del derecho penal, la cual pierde toda justificación cuando, como ocurre en estos supuestos, no contribuye al refuerzo de su eficacia instrumental, esto es, de su real capacidad preventiva.

b) Búsqueda de penas alternativas: Si tras la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuarse la necesidad de recurrir al derecho penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios punitivos

12 Las cuales consisten, básicamente, en la predeterminación normativa de infracciones y sanciones, la sanción por hecho propio o, en su caso, de personas respecto de las que se esté obligado a responder en virtud de lo establecido en normas preexistentes, la proporcionalidad y humanidad de las sanciones, así como las garantías elementales del debido proceso previstas en el artículo 24 C.E., que comprende los derechos a) a ser informado del ilícito imputado; b) a contestar la imputación, proponer pruebas de descargo y que estas sean tomadas en consideración por el órgano sancionador; c) a tener asistencia letrada; d) a no ser sancionado por hechos ni con sanción distintos a los que constan en la imputación que se ha tenido derecho a contestar; e) a no ser sancionado si no existe prueba de cargo de los hechos imputados; f) a la inexistencia de trabas para recurrir las decisiones sancionadoras; g) a que la sanción no sea ejecutada sin que el Tribunal que conoce del recurso haya podido decidir sobre su suspensión. Sobre el reconocimiento de estas garantías comunes por parte de la jurisprudencia constitucional remito al detallado análisis de José Cid Moliné, "Garantías y sanciones. (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, págs. 131-172, aquí pág. 157.

vos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma enjuiciada. En este punto comienza la segunda fase del juicio de necesidad de la norma de sanción, en el cual ya no se trata de buscar alternativas al derecho penal sino tan sólo de explorar la posibilidad de establecer penas alternativas y, en particular, alternativas a la pena de prisión. En dicha búsqueda el Tribunal Constitucional debe orientarse, en lo posible, a contemplar como alternativa una *pena menor* a la establecida en la propia norma enjuiciada, ya sea que se trate de reducir su cantidad o, en el caso de que estén previstas varias sanciones para el mismo hecho, de optar sólo por una (o algunas) de ellas. Sólo en segundo término puede plantearse como alternativa una *pena distinta* a la establecida en la norma enjuiciada, y en tal caso deberá acudirse, en su orden, al catálogo de penas establecida por el legislador en la parte general del código penal, a otro tipo de penas previstas en el derecho comparado y, en última instancia, a aquellas sugeridas por la doctrina o propuestas por las partes que intervienen en el juicio de constitucionalidad.

Por lo que respecta a la comparación entre la pena prevista en la norma enjuiciada y la pena alternativa desde la perspectiva de su idoneidad, cabe señalar que esta última sólo estará en condiciones de sustituir a la sanción prevista por el legislador cuando su contenido aflictivo no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito. Cuando ambas penas están por encima de este umbral, no cabe esperar necesariamente mayor idoneidad de la sanción más grave, como lo ponen de manifiesto los resultados de las investigaciones empíricas que acreditan la escasa o nula eficacia preventiva de los aumentos de penas¹³. Siendo así, dado que una pena superior a la anteriormente establecida para el mismo delito no necesariamente garantiza mayor idoneidad y sí, por el contrario, mayor lesividad, cabría sostener la inconstitucionalidad, por innecesarias, de las normas que establecen aumentos de penas en aquellos casos en los que no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior.

13 Un resumen de las cuales ofrece Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 244; Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, citado, capítulo 5, II, 4.2.

Por su parte, la comparación entre ambas sanciones desde la perspectiva de su menor lesividad sólo plantea dificultades en los supuestos en que la alternativa consista en una pena distinta, no así cuando se trata de una pena menor a la establecida en la norma enjuiciada, caso en el cual su menor lesividad se da por descontada. En el supuesto de penas distintas la comparación debe atender a tres aspectos: a) la *cantidad* de posiciones de derecho fundamental y otros principios que son afectados por una y otra pena; b) su *importancia* o peso abstracto; c) la *intensidad* con que son afectados, que en este caso vendría dada por su duración y/o cuantía. La pena menos lesiva será aquella que recaiga sobre un menor número de posiciones iusfundamentales, afecte derechos o bienes menos importantes, o lo haga con menor intensidad.

Conjugando los anteriores criterios, y teniendo en cuenta la mayor lesividad y el carácter potencialmente criminógeno de la pena privativa de libertad, cabría cuestionar la necesidad de las normas que establecen la pena de prisión como sanción para determinados delitos, particularmente en los supuestos en que se consagran las penas de prisión o multa como sanciones alternativas, caso en el cual es el propio legislador, al establecer la multa como alternativa, quien valora a esta última como respuesta apropiada y suficientemente idónea para sustituir a la prisión. Igualmente cabría cuestionar la necesidad de dicha pena en el caso de aquellas normas que la establecen no como sanción alternativa sino concurrente con otras (multa, inhabilitación absoluta o especial). En tales supuestos, siempre que pueda argumentarse que las demás penas establecidas en la norma enjuiciada son razonablemente idóneas, por cuanto su contenido aflictivo no es inferior al beneficio probable del delito, el mantenimiento de la privación de libertad como pena adicional queda privado de toda justificación desde la perspectiva del subprincipio de necesidad.

Cuando se constata la igual idoneidad y menor lesividad de una sanción alternativa (tenga o no naturaleza penal) que no ha sido prevista por el legislador en la misma norma objeto de control (caso de penas concurrentes o alternativas) o en otro sector del ordenamiento, se dan los presupuestos para declarar inconstitucional, por innecesaria, y en consecuencia anular, la pena establecida en la norma de sanción. Sin embargo, en tales casos puede originarse un “vacío de punibilidad”, dado que subsiste una

norma de conducta válida (que establece la prohibición contenida en el tipo penal) sin la correspondiente sanción para su incumplimiento. Ante esta situación se plantea un trilema al Tribunal Constitucional, cuyas alternativas son, en primer lugar, *colmar el vacío*, a través de una sentencia manipulativa que anule la pena establecida por el legislador e imponga en su lugar la pena alternativa; en segundo lugar, *evitar el vacío*, utilizando mecanismos como el retraso en la entrada en vigor de la inconstitucionalidad o sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad; en tercer lugar, *generar el vacío*, empleando la clásica fórmula de inconstitucionalidad-nulidad. Todas estas soluciones se revelan altamente problemáticas, pero dado que se impone optar por alguna de ellas a mi juicio el Tribunal debe hacerlo en el último sentido, toda vez que la primera alternativa le está vedada por el principio de legalidad sancionatoria y la segunda supondría evitar el vacío de sanción para una norma de conducta, al precio de dejar sin sanción la vulneración de derechos fundamentales en que incurre el legislador cuando establece penas innecesarias y al mismo tiempo mantener en vigor una norma que ha dejado de ser un título válido para fundar la imposición de una condena penal.

Por otra parte, cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad, por falta de necesidad, de una norma que castiga con pena lo que antes se sancionaba por vía civil o administrativa o que establece un aumento de penas para un delito antes sancionado con pena menor, bajo el argumento de que la nueva sanción es más lesiva y no despliega mayores efectos preventivos que la establecida en la norma derogada por la que ahora se anula, el vacío de sanción puede cubrirse modulando los efectos de la sentencia de tal modo que se reviva la sanción establecida en la norma derogada.

Finalmente, en los supuestos en que la declaración de inconstitucionalidad, por falta de necesidad, de la norma de sanción enjuiciada traiga como consecuencia que el delito quede sancionado con una pena o sanción de menor entidad (establecida en la propia norma enjuiciada como pena concurrente o alternativa a la declarada inconstitucional, o en otro sector del ordenamiento en supuestos de duplicidad de sanciones), puede darse el caso de que delitos de similar o incluso menor gravedad al sancionado por la norma objeto de control permaneciesen reprimidos con penas mayores, originando una situación de falta de proporcionalidad relativa en la escala de

penas¹⁴. En tales casos el Tribunal no debe abstenerse de anular la norma enjuiciada, pues las situaciones de desproporción que se producen como consecuencia pueden ser corregidas bien por el propio legislador o, en su defecto, por el juez ordinario o el Tribunal Constitucional a través de ulteriores cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra las sanciones desproporcionadas por exceso.

2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el *grado de afectación / satisfacción* que para ellos se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y sanción penal); en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, *la seguridad de las premisas empíricas* que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención¹⁵.

14 Sobre la distinción entre los conceptos de proporcionalidad *relativa* (referido a la exigencia de establecer sanciones equivalentes para delitos de similar gravedad) y absoluta (que atiende a la fijación de los límites máximos y mínimos de la escala global de penas), vid. Andrew von Hirsch, *Censurar y castigar*, trad. E. Larrauri, Madrid, Trotta, 1998, págs. 45 y ss, 71 y ss.

15 Vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. C. Bernal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 13-64, aquí págs. 37 y ss; del mismo, "Die Gewichtsformel", en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, J. Jickeli, M. Kreutz y D. Reuter (edits.), Berlín, W. De Gruyter, 2003, págs. 771-792, aquí págs. 778 y ss; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 760 y s; del mismo, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa*, 26, 2003, págs. 225-238, aquí págs. 227 y s.

Para establecer la intensidad con que la medida legislativa enjuiciada afecta los derechos fundamentales, tanto en lo que respecta a la definición de la conducta prohibida como a la clase y cuantía de pena aplicable, es preciso atender a los siguientes criterios: a) el *alcance* de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena; b) la *probabilidad* de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental; c) la *duración* de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma; d) la *comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza* tanto en el propio ordenamiento como en el derecho comparado, de modo que la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito o en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad.

La intensidad con que la norma penal enjuiciada satisface el principio que respalda la intervención legislativa se determina en función de los siguientes criterios: a) la *lesividad de la conducta prohibida*, pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección de dicho bien jurídico, de tal suerte que la incriminación de una conducta lesiva representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico respecto de la penalización de conductas que sólo representan un peligro concreto y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que representa la tipificación de conductas que sólo constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico; b) la *modalidad de imputación subjetiva*, con lo cual la intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del que supone la prevención de ataques imprudentes, debido al mayor desvalor de acción de los primeros y a la especial trascendencia que tendría la omisión de la intervención del legislador.

Mediante la variable del peso abstracto se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que les atribuyan los participantes en la práctica constitucional. Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son: a) la *jerarquía constitucional* de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional)¹⁶; b) la *prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos* y, a su vez, entre estos últimos, la prioridad de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social respecto de los bienes jurídicos orientados a la protección de instituciones estatales; c) el diverso “*grado de resistencia*” constitucional de los derechos fundamentales, que viene dada por el conjunto de garantías dispuestas para reforzarlos (recurso de amparo, reserva de ley orgánica, procedimiento agravado de reforma); d) la cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al *espectro central de aplicaciones del derecho fundamental*; e) la vinculación de la posición afectada o protegida con *el principio democrático y la dignidad humana*; f) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en *decisiones precedentes referidas a casos análogos*.

Con la tercera de las variables que intervienen en la ponderación se confiere relevancia a la calidad epistémica de las premisas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la intervención legislativa, exigiendo que tal calidad sea mayor, cuanto más intensa es la intervención en derechos

16 Sobre la distinción entre principios constitucionales de primer y segundo grado, vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 132; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentale Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, págs. 196 y ss; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 706 y ss.

fundamentales que se trata de justificar. Mientras las premisas empíricas que respaldan la constitucionalidad de la norma enjuiciada versan principalmente sobre el grado de idoneidad y la necesidad de la medida legislativa, las premisas que operan en contra de la intervención son aquellas referidas a su grado de lesividad y a su falta de necesidad. La certeza de las premisas relativas al *grado de idoneidad* de la medida depende de calidad de las pruebas que para el caso respalden su eficacia preventiva y de la inexistencia de datos que indiquen su nula utilidad o su carácter contraproducente para la protección del bien jurídico. Por su parte, la certeza de las premisas relativas al *grado de lesividad* depende de que la afectación de derechos fundamentales se produzca de modo necesario o sea sólo una consecuencia probable de la intervención legislativa. Finalmente, la seguridad de las premisas relativas a la *necesidad* de la medida enjuiciada será mayor cuando se acredite que antes de acudir al derecho penal se implementaron otro tipo de medidas, que éstas resultaron insuficientes para lograr el efecto de protección deseado y existan estudios empíricos que corroboren la mayor eficacia de la norma enjuiciada respecto de las medidas menos lesivas implementadas con anterioridad; por el contrario, la certeza sobre la necesidad de la intervención será menor cuando no hayan existido tales medidas previas, cuantos más hayan sido los medios considerados como alternativas plausibles para reemplazar la intervención penal y cuando la comparación entre la medida legislativa y el medio alternativo desde la perspectiva de su idoneidad y menor lesividad haya dado como resultado un empate¹⁷.

Ha de advertirse, sin embargo, que la aplicación de los criterios de ponderación antes señalados no elimina la discrecionalidad que subyace a la atribución de mayor peso a un principio sobre su contrario. Con todo, en la medida en que tales criterios puedan ser intersubjetivamente fundamentados, su utilización sí puede aportar racionalidad a las elecciones valorativas del juez constitucional.

17 Para una exposición más detallada de estos criterios de ponderación, vid. Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, citado, capítulo 5, III, 1.

3. El principio de proporcionalidad en el juicio de validez y en el juicio de legitimidad externa de la ley penal

El principio de proporcionalidad sirve pues como una herramienta argumentativa orientada a fundamentar los juicios de *validez constitucional* de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, entre ellas las penales. Por otra parte se advierte que muchas doctrinas de justificación del derecho penal enmarcadas dentro de la tradición del utilitarismo condicionan la legitimidad externa del derecho penal y de cada una de las normas que lo componen a que éstas persigan un fin legítimo, acrediten ser un medio idóneo y necesario para alcanzarlo, y la suma total de sus costes en términos de libertad sea inferior a la garantía de libertad que con ella se obtiene¹⁸.

Así pues, a la luz de esta doctrina de justificación del derecho penal, el juicio sobre la legitimidad externa de una ley penal y el juicio interno acerca de su validez constitucional comparten la estructura de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. Esta coincidencia viene a corroborar la aproximación entre los planos de la legitimidad y de la validez

18 Así lo expresan autores como Alf Ross, para quien “*la cuestión de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas*”, lo que supone “*evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su aptitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella pueda producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario*” (“La finalidad del castigo”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Astrea, 1976, págs. 151-191, aquí pág. 173 y s). A su vez Luigi Ferrajoli sostiene que “*una justificación adecuada de ese producto humano y artificial que es el derecho penal*” como la que sugiere su modelo garantista, ha de acreditar “*no sólo que la suma total de los costes que requiere es inferior a la de las ventajas que proporciona, sino también que lo mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación*” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pág. 252). Finalmente Carlos Nino, cuando afirma que “*dado que la pena es un mal para ciertos individuos, lo es también para la sociedad de la cual ellos forman parte*”, lo que implica someterla a las reglas que presiden el “*estado de necesidad justificante*”, a saber, 1) *que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa*; 2) *que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios*; 3) *que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva*” (“La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Doctrina Penal*, enero/marzo, 1989, págs. 29-48, aquí pág. 38).

que tiene lugar en los estados constitucionales, como resultado de la “migración” de muchos de los contenidos éticos o de legitimidad externa al derecho constitucional y de la especial exigencia de justificación de los actos del poder que incorpora este modelo de organización política¹⁹. Lo anterior no equivale, sin embargo, a una plena equiparación entre ambos juicios que permita considerar que la afirmación acerca de la constitucionalidad de una ley penal cierre toda discusión ulterior acerca de su legitimidad externa, pese a que tanto los criterios sustantivos (derechos fundamentales) como la estructura de argumentación (principio de proporcionalidad) empleados en uno y otro caso puedan coincidir.

Tal asimilación no es posible porque entre el juicio de validez y el juicio de legitimidad externa de una ley penal media la distancia que separa al discurso jurídico del discurso práctico general, en virtud del componente autoritativo e institucional que confiere al primero su seña de identidad frente a otras formas de razonamiento práctico²⁰. En el control de constitucionalidad de las leyes esta dimensión autoritativa se introduce a través de los principios formales, en particular del que ordena optimizar la competencia decisoria del legislador, el cual fundamenta el reconocimiento de diversos márgenes de acción legislativos que restringen el alcance con que pueden ser aplicados los subprincipios de la proporcionalidad para enjuiciar la validez de una ley penal²¹:

19 En tal sentido advierte Luis Prieto que la exigencia de justificación externa o ética de la legitimidad de la ley penal que los ilustrados plantearon a partir del conjunto de límites sustanciales al poder punitivo que hoy se agrupan bajo el principio de proporcionalidad, en los estados constitucionales se transforma en un discurso jurídico interno sobre la validez: “*El discurso ético externo sobre la justicia o legitimidad se habría transformado en un discurso jurídico interno sobre la validez*”. “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 287, 297, afirmación que sigue la línea sugerida por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, citado, pág. 356, donde se sostiene que, como resultado del proceso de inclusión de los antiguos contenidos del derecho natural en las modernas constituciones se verifica “*una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico*”.

20 Sobre esta diferencia llama la atención Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 213; del mismo, “La tesis del caso especial”, trad. I. Lifante, *Isegoría*, 21, 1999, págs. 23-35, aquí pág. 27.

21 Como explica Jan-Reinard Sieckmann, “*la función de los principios formales en el sistema jurídico es fundamentar la validez formal de normas que son el resultado de procedimientos anteriores con inde-*

a) *Un margen de acción estructural para la elección de fines* que matiza considerablemente el alcance del examen de legitimidad del fin que puede efectuar el Tribunal Constitucional: mientras que, desde un punto de vista externo, podría afirmarse que, puesto que con el derecho penal se afectan derechos fundamentales, dicho instrumento sólo puede utilizarse para tutelar bienes de la misma importancia; en cambio, desde el punto de vista de un juicio de validez constitucional es preciso admitir como fines *prima facie* legítimos todos aquellos no proscritos por la constitución.

b) *Un margen para la elección de medios* que introduce importantes diferencias en los juicios sobre la idoneidad y la necesidad del medio elegido por el legislador, según se lleven a cabo desde la perspectiva de su legitimidad externa o de su validez constitucional: en el primer caso bien podrá reclamarse del legislador la adopción del medio más eficiente, esto es, aquél que conjugue el más alto grado de idoneidad para alcanzar el fin propuesto y el menor sacrificio para otros bienes jurídicos, e incluso, tratándose de medidas penales, podrá considerarse ilegítima su implementación cuando previamente no se hayan arbitrado o no se haya acreditado la insuficiencia de mecanismos de tutela no penales, condición necesaria para salvaguardar el carácter subsidiario del instrumento penal. Tales exigencias se atenúan considerablemente cuando se formulan en el marco de un juicio de validez, caso en el cual el subprincipio de idoneidad ya no reclama la adopción del medio más idóneo, sino que opera como un criterio negativo orientado a excluir los medios abiertamente inadecuados; por su parte, el subprincipio de necesidad no prescribe categóricamente al legislador optar por el medio más benigno sino que tan sólo prohíbe sacrificios manifiestamente innecesarios para los derechos fundamentales, ni comporta la invalidez de aquellas

pendencia de su corrección interna. Ellos fundamentan la estructura autoritativa del sistema jurídico y configuran de este modo una característica conceptualmente necesaria de los sistemas jurídicos. Un sistema normativo que no incorporase ningún principio formal no sería un sistema jurídico, sino un sistema normativo de naturaleza puramente moral". Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 148. Sobre la relación entre el principio formal que ordena optimizar la competencia decisoria del legislado y la existencia de márgenes de acción legislativos vid. Robert Alexy, "Epílogo...", citado, págs. 23 y ss; Virgilio Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, Baden-Baden, Nomos, 2003, págs. 113 y ss.

medidas que evidencien un uso del derecho penal como *prima o única ratio*, sino que a lo sumo tal circunstancia suministra un argumento para debilitar al certeza de las premisas referidas a la necesidad de la intervención penal.

c) Un *margen para la ponderación* que se manifiesta cuando existe un empate entre las razones a favor y en contra de la intervención, esto es, cuando los beneficios que cabe esperar de la medida son equivalentes a los sacrificios para los derechos fundamentales que acarrea su implementación. Desde la perspectiva de un juicio de validez, en los casos de empate en la ponderación el legislador es libre para adoptar la medida o abstenerse de hacerlo y su decisión pertenece al ámbito de lo constitucionalmente posible, pues no viene ordenada ni proscrita por la constitución, lo que sólo ocurriría cuando la balanza se inclinara decididamente ya fuera a favor o en contra de la medida legislativa. Así pues, en supuestos de empate corresponde al Tribunal Constitucional afirmar la validez de la norma enjuiciada, como consecuencia del margen de acción que en tal evento asiste al legislador. Por el contrario, desde un punto de vista externo la intervención, aunque válida, sería ilegítima, por cuanto sus beneficios no logran superar los costes que produce en términos de libertad, siendo tal superávit condición necesaria para afirmar su legitimidad a la luz de aquellas doctrinas de justificación de orientación garantista, conforme a las cuales el recurso al derecho penal sólo está justificado cuando la libertad que logra protegerse con dicho instrumento supera, y no simplemente iguala, a la libertad que se sacrifica con su utilización. En definitiva, una situación de empate en la ponderación basta para corroborar la validez de una norma penal, pero no resulta suficiente para afirmar su legitimidad externa.

d) Un *margen de acción epistémico* que, dentro de ciertos límites, faculta al legislador para tomar decisiones que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas inciertas. Exigir al legislador que sólo dicte medidas que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas empíricas seguras implicaría reducir al mínimo su competencia decisoria, habida cuenta de que buena parte de las regulaciones legislativas tratan de ordenar ámbitos complejos de la realidad social, respecto de los cuales difícilmente se dispone de conocimientos seguros, y por otra parte porque además, una

vez se asume una concepción amplia de los derechos fundamentales, y correlativamente la existencia de sendos derechos generales de libertad e igualdad, ha de admitirse que casi toda decisión legislativa afecta *prima facie* alguna posición iusfundamental, con lo cual aquella exigencia de certeza se extendería a todos los ámbitos de la legislación, paralizándolo por completo la posibilidad de dictar regulaciones en contextos de incertidumbre. Pero, por otra parte, admitir que el legislador actúe sobre la base de premisas inseguras introduce la posibilidad de que éste dicte medidas que afecten gravemente derechos con respaldo en información falsa. Ante este dilema se admite una solución intermedia, consistente en reclamar un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuánto más intensa sea la intervención en derechos fundamentales que con ella se produce. De este modo, el margen de acción que se confiere al legislador para decidir sobre la base de premisas inciertas se amplía o reduce en función de la intensidad con que tales decisiones afecten derechos fundamentales.

Pero en cualquier caso, dicho margen introduce una distancia insalvable entre los contenidos sustantivos de la constitución, que determinan lo que está prohibido y ordenado al legislador, y aquellos contenidos que puede efectivamente garantizar el Tribunal Constitucional; distancia que será mayor cuanto más amplio sea el margen de acción epistémico que se reconoce al legislador y el cual, por otra parte, viene a dar cuenta del componente autoritativo presente en el razonamiento jurídico, pues se trata de una divergencia establecida por normas que disciplinan el *quién* debe tener la última palabra en casos de incertidumbre. Desde la perspectiva de la teoría jurídica del garantismo, esta divergencia vendría pues a confirmar la existencia de “*un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior*” respecto de los contenidos constitucionales²², brecha que no puede ser cerrada por completo a través del control de constitucionalidad.

Así pues, aun cuando pueda afirmarse la constitucionalidad de una ley expedida con fundamento en premisas inciertas (siempre que no estén por debajo del umbral mínimo de certeza exigida), tal solución, admisible en el plano de la validez por las razones ya expuestas, no es extensiva, sin embar-

22 Sobre la cual insiste Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, citado, págs. 854, 866 y ss.

go, al juicio acerca de su legitimidad externa. Mientras en el primero el déficit de justificación material de una decisión, derivada de la incertidumbre de las premisas sobre las que ésta se asienta, se suple con la apelación a la autoridad del órgano que la expide, atendiendo al carácter institucionalizado del razonamiento jurídico, no ocurre igual cuando se enjuicia la legitimidad externa de una decisión legislativa, pues en este ámbito el recurso a la autoridad - así se trate de una autoridad legitimada democráticamente - no tiene la virtud de compensar una deficiente justificación material. De tal suerte que, desde un punto de vista externo, la falta de certeza sobre las premisas que justifican la intervención se traduce en un *déficit de legitimidad*, pues en tanto no logre acreditarse con certeza que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, no se pueden dar por satisfechas las condiciones necesarias para reputarla como un ejercicio legítimo del *ius puniendi*, aun cuando haya sido declarada válida e incluso aunque cuando provenga de un poder democráticamente legitimado²³.

En definitiva, a causa de los límites al control de constitucionalidad derivados del reconocimiento de los márgenes de acción legislativos, no es posible asimilar el juicio que efectúa el Tribunal acerca de la *validez* de una ley penal con el juicio sobre su *legitimidad externa*, por más que se afirme la “aproximación”, “migración” o incluso “transformación” de los criterios de legitimidad externa en criterios de validez. En consecuencia, las decisiones adoptadas por el legislador dentro de los márgenes de acción estructural, esto es, allí donde la constitución “guarda silencio”, serán decisiones normativas válidas pero pueden, no obstante, ser susceptibles de una crítica ética y política, aunque no jurídico constitucional. Por otro lado, las valoraciones que el legislador efectúa dentro del margen de acción epistémico, esto es, allí donde no existe certeza acerca de lo que la constitución ordena o pro-

23 Tal déficit, por otra parte, viene a dar cuenta del irreducible margen de ilegitimidad ya no sólo jurídica sino también ético-política que, desde los presupuestos del garantismo, presenta el poder en el estado de derecho, habida cuenta de que, conforme a tal esquema de justificación, “*la legitimación política en el estado de derecho no sólo no es nunca perfecta, sino ni siquiera apriorística, ni global, ni permanente [...] no puede ser más que a posteriori, parcial, contingente y relativa a las funciones de utilidad efectivamente aseguradas por el estado o, mejor, de esta o aquella de sus instituciones, o, todavía mejor, de este o aquel de sus actos singulares*”. *Ibid.*, pág. 887.

híbe, no siendo controlables por el Tribunal Constitucional son, sin embargo, susceptibles de crítica externa²⁴.

4. Intensidad del control de constitucionalidad de las leyes penales

Hemos visto, pues, que las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad se debilitan considerablemente cuando transitamos del juicio acerca de la legitimidad externa al juicio acerca de la validez constitucional de una ley penal. Sin embargo, se trata ahora de establecer hasta qué punto deben matizarse tales exigencias: si en razón de aquellos márgenes de acción legislativos el control que puede practicar el Tribunal ha de limitarse únicamente a extirpar exabruptos o si, por el contrario, puede tener mayor intensidad.

Y es que, precisamente, una de las razones que se esgrime a favor del empleo del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad es que se trata de una estructura de argumentación con la cual se trata de conciliar el respeto a la libertad de configuración del legislador con un control material de sus decisiones que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales. Con tal fin se introduce una graduación en la intensidad del control sobre las decisiones del legislador, en función de la intensidad con que éstas afectan los derechos fundamentales.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (que ha su vez ha retomado este elemento de la jurisprudencia estadounidense),

²⁴ A ello se refiere Ferrajoli cuando subraya la autonomía y precedencia del punto de vista externo (referido a la legitimidad) respecto del punto de vista interno (referido a la validez), así como a la existencia de “un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes” respecto del punto de vista externo, debido a la “divergencia que [...] subsiste entre valores ético-políticos y validez”. *Derecho y razón*, citado, págs. 854, 886. También Luis Prieto matiza el alcance de la aproximación entre ambos puntos de vista cuando escribe que “(p)or muchos que sean los valores morales incorporados por el constitucionalismo rematerializado éste nunca pierde su fondo de ilegitimidad y, por ello, nunca puede desvanecerse la tensión crítica a la que nos invita la ilustrada primacía del punto de vista externo; tensión crítica que no sólo ha de mantener el observador externo, sino la propia ciencia del derecho”. “Constitucionalismo y garantismo”, inédito, pág. 9; más ampliamente en *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Fontamara, 1999, págs. 66 y ss, 70 y s, 86.

se distinguen tres niveles de intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad:

- *Control leve o de evidencia:* empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas “no evidentemente falsas”.
- *Control intermedio o de justificabilidad:* aplicable a intervenciones medias en derechos fundamentales. Al igual que en el nivel anterior, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante. La certeza de las premisas en las que debe apoyar el reproche de inconstitucionalidad ha de ser media o, en sentido contrario, la intervención del legislador estará justificada si se apoya sobre premisas “plausibles”.
- *Control estricto o control material intensivo:* Se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada²⁵.

Aunque el Tribunal Constitucional español no ha adoptado esta distinción entre niveles de aplicación del principio de proporcionalidad, en líneas generales, la utilización de este instrumento por parte del Tribunal Constitucional español ha estado presidida por una acusada deferencia hacia el legislador, que se manifiesta en la configuración de aquél instrumento como un cauteloso juicio de mínimos. Tales cautelas se extreman cuando el principio de proporcionalidad es aplicado al juicio de constitu-

25 Sobre estos distintos niveles de control vid. Robert Alexy, “Epílogo...”, citado, págs. 56 y ss; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pág. 41; Virgilio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, citado, págs. 188 y ss.

cionalidad de las leyes penales, ámbito en el cual, de acuerdo a la doctrina del Tribunal, aquél debe situarse en el umbral más bajo de exigencia. Para ello se argumenta que en un sistema democrático corresponde en exclusiva al legislador decidir el rumbo de la política criminal sin que nadie pueda sustituirle en dicha labor; asimismo se advierte que, debido a la falta de conocimientos seguros sobre la capacidad preventiva del derecho penal o la existencia de medios alternativos menos lesivos e igualmente efectivos, así como al carácter eminentemente valorativo y convencional de las decisiones relativas a la calificación de una conducta como delito y la determinación de su correspondiente pena, una configuración más exigente de los subprincipios de la proporcionalidad conduciría a despojar al legislador de la última palabra en tales cuestiones para conferirla a un órgano carente de legitimidad democrática directa. En consecuencia, sostiene el Tribunal, la aplicación del principio de proporcionalidad al control de las leyes penales sólo debe llevar a excluir aquellas intervenciones legislativas manifiestamente inidóneas, abiertamente innecesarias o groseramente desproporcionadas²⁶.

Sin embargo, cabe oponer diversos argumentos en contra de una configuración tan poco exigente del control de constitucionalidad de las leyes penales. En primer lugar, un control destinado sólo a extirpar exabruptos desvirtúa la principal razón de ser de dicha institución, que consiste en estimular una cultura pública deliberativa en la cual las mayorías parlamentarias deban justificar ante los ciudadanos las razones de sus actos; tal estímulo sólo subsiste si el control al que vienen sometidas sus decisiones le exige algo más que apoyarse en premisas cuya falsedad no sea evidente o abstenerse de adoptar medidas abiertamente inconstitucionales, pues en este caso el legislador podrá confiar en que cualquiera sea la decisión que adopte, siempre que respete un mínimo de racionalidad, tendrá que reputarse constitucional. En segundo lugar, un control que sólo sirva para reaccionar frente a hipótesis de manifiesta irracionalidad legislativa o de abierto desafío a la constitución es insuficiente para hacer frente al tipo de controversias que suelen plantearse en situaciones de normalidad, de cara a los cuales deben

26 Al respecto vid. las consideraciones efectuadas en las SSTC 55/1996 (Régimen penal de la prestación sustitutoria – II); 161/1997 (Delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia); 136/1999 (Mesa Nacional H.B.).

estar diseñados los mecanismos de fiscalización del poder en un estado constitucional²⁷. En tercer lugar, un control de mínimos debilita en extremo la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, al introducir una enorme divergencia entre lo que tales derechos garantizan y la posibilidad de hacer efectivos dichos contenidos frente al legislador.

Finalmente, en contra de un control de mínimos cabe señalar que el reconocimiento unánime del derecho penal como el más severo mecanismo de control social de que dispone el estado conduce a que, del mismo modo en que se reclaman para este sector del ordenamiento reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también ha de imponerse un control de constitucionalidad más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo y, más aún, del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Y ello porque el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones – privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad - sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes.

Pero un modelo exigente de control de las leyes penales no debe construirse sobre la base de supeditar la constitucionalidad de las decisiones del

27 Víctor Ferreres se refiere a estos dos argumentos como razones para debilitar la presunción de constitucionalidad de las leyes. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 180, 213.

legislador penal a la exigencia de que éstas se apoyen en premisas seguras, pues dado el inevitable margen de incertidumbre que acompaña a toda elección político criminal, ello equivaldría a impedir al parlamento legislar en este ámbito o a autorizar al Tribunal para invalidar todas sus decisiones. Un modelo tal debe articularse en torno a los siguientes elementos: la atribución al legislador de las cargas de argumentación y prueba, la adopción de una perspectiva *ex post*, la necesidad de respaldar las premisas empíricas en el conocimiento científico disponible y, finalmente, la exigencia de que dichas premisas cuenten con un alto grado de probabilidad.

4.1. La atribución de una *carga de argumentación y de prueba* al legislador requiere que, una vez fijados los términos de la impugnación, aquél comparezca, por intermedio de sus representantes, a defender la constitucionalidad de la norma enjuiciada para lo cual debe, en primer lugar, poner a disposición del Tribunal y demás intervinientes en el proceso los estudios empíricos y demás información que sirvió como base para adoptar la decisión; en segundo lugar, debe ocuparse de señalar: 1) los fines que persigue con su intervención; 2) las razones por las cuales la medida adoptada constituye un medio idóneo para contribuir a su realización; 3) si fueron tenidas en cuenta otras posibles alternativas, entre ellas las propuestas por el impugnante, y las razones para optar por la finalmente elegida; 4) los argumentos que avalan la proporcionalidad entre beneficios y sacrificios ocasionados por la intervención. La imposición de dicha carga de argumentación y de prueba es una consecuencia insoslayable del reconocimiento de la resistencia normativa de los derechos fundamentales y de su carácter vinculante para el legislador, quien está obligado a justificar toda restricción de los mismos. Igualmente, ella permite verificar si la norma enjuiciada cuenta con el respaldo del parlamento actual, de modo tal que es posible entender que, si el legislador no comparece a defender la norma, es porque ésta no cuenta ya con el apoyo de las mayorías, caso en el cual dejaría de beneficiarse de la presunción de constitucionalidad que se le atribuye en razón de su legitimidad democrática²⁸.

28 A la pérdida de respaldo por el parlamento actual como argumento para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley se refiere Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, págs. 218 y ss.

4.2. *Perspectiva*: Las leyes penales deben ser enjuiciadas teniendo en cuenta

los conocimientos existentes al momento de efectuar el juicio de constitucionalidad (perspectiva *ex post*) y no tan sólo a la luz de los conocimientos disponibles en el tiempo en que fue aprobada la ley (perspectiva *ex ante*). La diferencia entre ambas perspectivas adquiere relevancia en los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, que tienen lugar cuando las estimaciones del legislador acerca de la idoneidad, necesidad o proporcionalidad de la medida adoptada, si bien eran acertadas a la luz de las circunstancias y del estado de los conocimientos existente al momento de aprobar la ley, han dejado de serlo al momento de juzgar su constitucionalidad, debido a un cambio de la realidad social o de la información disponible acerca de dicha realidad. Un importante sector doctrinal considera que en este caso debe privilegiarse una perspectiva *ex ante* y, por tanto, juzgar la medida de acuerdo a los conocimientos de los que pudo disponer el legislador al tiempo de su expedición²⁹. Sin embargo, discrepo de esta solución, máxime cuando se trata del control de intervenciones en derechos fundamentales que revisiten especial gravedad. La razón para adoptar en estos casos una perspectiva *ex post* la suministra la pretensión de efectividad de los derechos fundamentales, cuya fuerza vinculante sobre la ley no se contrae al momento de su aprobación sino que se prolonga durante todo el tiempo en que perdura su vigencia, imponiendo tanto al legislador como al juez constitucional el deber de velar para que la conformidad de la ley con los derechos fundamentales se mantenga a lo largo del tiempo. Para hacer efectivo tal deber de vigilancia, es preciso que el Tribunal Constitucional pueda tener en cuenta los resultados de las investigaciones sobre los efectos de la medida llevados a cabo en la fase post-legislativa y demás información necesaria para llegar a establecer eventuales discrepancias entre el pronóstico efectuado por el legislador y los efectos reales de su intervención. Por otra parte, el juicio de constitucionalidad no tiene una naturaleza subjetiva sino objetiva, en el sentido de que no tiene por objeto enjuiciar al autor de la norma sino a la norma misma, y por lo mismo una eventual declaratoria de incons-

29 En tal sentido vid. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1981, págs. 53, 62; Laura Clérico, *Die Struktur...*, citado, págs. 110 y s; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 729, 752.

titucionalidad y nulidad de una ley no tiene el sentido de un reproche que se formula al legislador sino más bien el de un mecanismo de depuración normativa orientado a garantizar la supremacía de la constitución sobre el resto del ordenamiento. En consecuencia, dado que la inconstitucionalidad no representa una sanción que se impone al legislador por haber errado en su pronóstico no tiene sentido limitarse a considerar sólo aquello que éste pudo conocer y prever, sino que es preciso tener en cuenta todo aquello que permita establecer si la norma conserva su legitimidad constitucional al momento de ser enjuiciada.

4.3. Respaldo de las premisas empíricas: La utilización del principio de proporcionalidad ha traído consigo una revalorización del papel que desempeñan las premisas empíricas en el control de constitucionalidad de las leyes, particularmente en lo que respecta a los juicios de idoneidad y necesidad, donde se condiciona la constitucionalidad de la ley a su aptitud para alcanzar determinados fines o a la inexistencia de otras medidas menos lesivas e igualmente efectivas para lograr la misma finalidad. La introducción de estos análisis, que tiene lugar mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, supone revisar la tradicional concepción de juicio de constitucionalidad como un simple juicio de comparación entre normas, en el que no resulta necesaria la práctica de pruebas y en el que están excluidas todo tipo de consideraciones de índole empírica o todo control sobre la eficacia de la norma enjuiciada. Sin embargo, debido a las especiales dificultades que conlleva la acreditación empírica del tipo de hechos relevantes en el control de constitucionalidad de las leyes (hechos generales, predicciones del legislador), dicha acreditación suele reemplazarse por apelaciones a las “convicciones sociales generalmente aceptadas” (p. ej., la mayor eficacia del derecho penal frente a otro tipo de medidas)

Ahora bien, un modelo exigente de control de constitucionalidad requiere que el legislador apoye los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley penal en premisas empíricas respaldadas en el conocimiento científico disponible y no sólo en convicciones sociales generalmente aceptadas. Este requisito de apoyar las premisas empíricas en conocimiento experto viene además a reforzar criterios de racionalidad legislativa ya existentes en el derecho positivo español (exigencia de que los proyectos de ley

en materia penal vayan precedidos de estudios sobre su necesidad, oportunidad y coste), al igual que estimula el interés por las consecuencias de las leyes penales y su evaluación en la fase postlegislativa³⁰. Por otra parte, aunque el incumplimiento de tal exigencia no sea un argumento suficiente para invalidar la intervención penal del legislador, sí debilita el grado de certeza atribuible a las premisas empíricas que sustentan dicha intervención, y con ello, el peso de las razones a favor de su constitucionalidad.

4.4. Grado de certeza de las premisas: Las intervenciones graves en derechos fundamentales, entre ellas las que se efectúan a través del derecho penal, han de ser sometidas a un control material intensivo, conforme al cual se exige que la medida enjuiciada venga respaldada en premisas seguras. Tal exigencia no debe interpretarse, sin embargo, como una demanda de certeza absoluta, imposible de alcanzar mediante el conocimiento empírico, sino más bien como el reclamo de que las premisas que apoyan la intervención legislativa cuenten con una elevada calidad epistémica, con un alto grado de probabilidad. Ello ocurrirá sólo cuando concurren las condiciones que garantizan su *máxima confirmación y su máxima resistencia a la refutación*. El grado de confirmación se incrementará cuanto mayor sea el fundamento cognoscitivo de las reglas de experiencia utilizada, la calidad y cantidad de los medios de prueba que lo respaldan, y cuanto menor sea el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis expresada en el enunciado de las pruebas que lo confirman. A su vez, la resistencia a la refutación será máxima cuando no exista ninguna contraprueba que desvirtúe las premisas empíricas que respaldan la intervención del legislador; tendrá un grado medio cuando existan algunas contrapruebas, pero éstas no logran imponerse sobre las pruebas que respaldan las premisas empíricas a favor de la intervención; finalmente, tendrá el grado más bajo de resistencia, cuando las contrapruebas tengan un grado de certeza equivalente al de las pruebas que apoyan la medida legislativa³¹. Estos parámetros generales de valora-

30 Al respecto vid. José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 46 y s.

31 Sobre tales criterios de valoración, basados en un modelo inductivo, vid. Marina Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 173 y ss.

ción han de ser complementados con los criterios específicamente orientados a determinar el grado de certeza de las premisas empíricas involucradas en el control de constitucionalidad de las leyes penales. En cualquier caso, esta menor certeza de las premisas empíricas relativas a la idoneidad y necesidad de la norma enjuiciada tendrá relevancia en la ponderación que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde una de las variables a tener en cuenta para asignar el peso a los principios que en ella intervienen es la certeza de las premisas empíricas que se hacen valer a favor o en contra de la intervención.

A modo de conclusión cabe señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de leyes penales requiere desarrollar una estructura de argumentación mucho más compleja (pero más completa) y depurada de la que se viene utilizando, en la que simplemente se identifica el juicio de proporcionalidad con la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del delito. Pero incluso en el marco de una estructura de argumentación más desarrollada, como la que aquí intenté esbozar, se advierten con claridad los límites del control de constitucionalidad de las leyes como instancia fiscalizadora del poder punitivo. La aplicación del principio de proporcionalidad supone introducir en el control de constitucionalidad de las leyes un gran número de interrogantes sobre los que no existe respuesta definitiva (qué se debe proteger a través del derecho penal, cuáles técnicas de tipificación deben emplearse, si la normas penales son instrumento realmente eficaces para la protección de bienes jurídicos, si es posible acudir a instrumentos alternativos, etc.), y frente a las cuales la última palabra, en un sistema democrático, se confía al legislador y no al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, dado que la definición del alcance de los derechos fundamentales dista de moverse en el plano de lo indiscutible, los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes han de estar diseñados para ser operativos más allá del umbral de lo evidente, pues sólo con una configuración más exigente del control es posible estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afectan derechos fundamentales, y lograr que el juicio abstracto de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de *“asegurar que no decaiga la práctica constitucio-*

*nal de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia*³². No creo que en los actuales estados constitucionales el peligro para la democracia provenga de un exceso de protagonismo de sus órganos de justicia constitucional; antes bien, a esta crisis puede contribuir la falta de un *alter ego* institucional que afiance la exigencia de deliberación que, en las “democracias realmente existentes” no siempre cabe esperar del Parlamento.

32 Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, pág. 180.

El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad

(Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)

Ramiro Ávila Santamaría
Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador)

Sumario

I. Introducción. II. Los derechos humanos como principios rectores del estado y como renovadores de la teoría del derecho penal. 2.1. Principio de legalidad: limitación del poder punitivo. 2.2. Principio de proporcionalidad: configuración del poder punitivo. III. El principio de legalidad y el rol del legislador. IV. El principio de proporcionalidad: el rol del juez penal como garante de la Constitución. V. La legalidad y la proporcionalidad en acción: la inconstitucionalidad de algunos tipos penales. 5.1. Las contravenciones. 5.2. La libertad de expresión y la honra. 5.3. La quema de la bandera como libertad de expresión. 5.4. Los vagos y mendigos. 5.5. La tenencia de drogas y el consumo. 5.6. Código penal militar y Derecho internacional humanitario. VI. Conclusiones. 6.1. La agenda legislativa. 6.2. La agenda judicial.

I. Introducción

El principio de legalidad es uno de los principios y conquistas más importantes del estado legal de derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Los parlamentos pudieron controlar los actos del poder administrativo o ejecutivo y garantizar que los jueces apliquen irrestrictamente la ley. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido. Este principio no ha desaparecido en el estado constitucional de derecho sino que se ha reconceptualizado en función de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella.

El principio de proporcionalidad, por su parte, se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad. Se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presentan antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso, como se demostrará en materia penal. Se complementa, en tanto los legisladores y los jueces tienen la obligación de materializar al principio de legalidad (que podría llamarse de estricta legalidad, como lo predica L. Ferrajoli o de constitucionalidad); los primeros, al crear leyes adecuadas a la Constitución y, los segundos, al dictar sentencias adecuadas también a la Constitución.

En la realidad de nuestros sistemas jurídicos, lamentablemente, los dos principios, en la mayoría de los casos, se encuentran en contradicción, lo cual hace que el rol de los jueces sea mayor. De esta constatación se desprende el título de este artículo.

En este ensayo se pretende demostrar que múltiples normas del Código Penal son incompatibles con los principios establecidos en la Constitución Política de la República del Ecuador (“La Constitución”) y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que forma parte de nuestro sistema jurídico. Además, se sostendrá que el poder legislativo tiene la obligación de adecuar el Código Penal, vía creación de un nuevo Código, que derogue al vigente, a los principios que constan en la parte dogmática de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el Ecuador. La obligación de adecuar, además, implica

algunos deberes para el legislativo, que se concreta en despenalizar conductas, abstenerse de criminalizar y penalizar otras.

Por otro lado, ¿puede un juez penal resolver en contra del principio de legalidad y hacer interpretaciones extensivas de la ley? ¿Existen contradicciones entre algunas normas de ley penal y la Constitución? ¿Cuál es el método para resolver estas antinomias? ¿Han aplicado ya los jueces, en otros contextos, la Constitución por sobre y en contra de la ley penal? Trataremos de responder afirmativamente a estas preguntas.

En este ensayo pretendemos dar algunas pautas sobre los grandes lineamientos de esta nueva corriente que se ha denominado neoconstitucionalismo¹ o también garantismo² y las implicaciones para el derecho penal. Para hacerlo, abordaremos la relación entre la Constitución y el Derecho Penal, para sostener que los derechos humanos reconocidos en la Constitución limitan la intervención penal y es legítima cuando, paradójicamente, tutela bienes jurídicos protegidos³ constitucionalmente⁴; seguidamente, afirmaremos que el legislador tiene la obligación de materializar el principio de legalidad y adecuar el sistema jurídico a la Constitución y a los

- 1 Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo. Ver Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003.
- 2 El garantismo, con énfasis en lo penal, tiene como un primer gran sustento teórico en Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 7a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005. No podemos tampoco negar el aporte que Alessandro Baratta hiciera sobre el garantismo, véase Alessandro, Baratta, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 299.
- 3 Jakobs sostiene que el Derecho Penal no protege los bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Sin duda, la responsabilidad penal devuelve a la norma la confianza resquebrajada por la conducta del autor. Ver Günther Jakobs, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 29. Agradezco a Jorge Vicente Paladines Rodríguez por su aporte en la edición de esta cita y otras tantas, añadidas con el propósito de que se pueda recurrir a fuentes doctrinarias para profundizar aspectos de este ensayo.
- 4 Ver Alessandro Baratta, "Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal", en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, p. 299.

derechos en ella reconocidos; en un tercer momento, desarrollaremos la idea de que el juez penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución y no sólo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y argumentación, sin los cuales se torna ilegítima la inaplicación de la ley penal. Finalmente y ejemplificativamente, demostraremos algunos casos penales que pueden tener soluciones distintas a las contempladas en los tipos, si es que se aplican estándares constitucionales.

II. Los derechos humanos como principios rectores del estado y como renovadores de la teoría del derecho penal

Los derechos humanos, al contrario de lo que se piensa por el sentido común, no se restringen a los derechos de los delincuentes ni son competencia exclusiva de las organizaciones de derechos humanos. Los derechos humanos constituyen la base del sistema político y jurídico contemporáneo. Norberto Bobbio, cuando se pregunta si existe algún progreso ético en la humanidad, ante tanto desastre, dolor y muerte, que podrían hacer pensar lo contrario, se responde que la gran conquista del ser humano son los derechos humanos⁵. Los derechos humanos invierten la perspectiva entre la relación del estado con el ser humano⁶. Históricamente, el ser humano –vasallo, objeto de protección, súbdito– ha permanecido al servicio del estado. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) y su incorporación en las Constituciones Políticas, en cambio, el esta-

5 Marx criticó la función del derecho (“La Sagrada Familia”) en la sociedad, como un instrumento más de las clases dominantes, de ahí la necesidad de hundir al Estado con todas sus expresiones ideológicas, entre ellas el derecho. Hoy no se trata de abolir al Estado, sino de limitar su poder en términos de derechos. Así, Lefort sostiene que, desde el momento en que se reclaman derechos se hace también política. El derecho aparece entonces como constitutivo de la política; pero además, como una forma de relegar el discurso del marxismo “clásico”, debido a que en la Ley se instituye también un nuevo espacio de litigio. Claude Lefort, *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Anthropos, Barcelona, 2004. pp. 184-186.

6 Norberto Bobbio, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

do está al servicio del ser humano. Si el estado pierde esta perspectiva, es decir utiliza al ser humano, existen garantías constitucionales para reconducir al estado para que cumpla su finalidad y se ubique. Las garantías, normalmente, son efectivizadas por los jueces con competencia constitucional, que pueden inaplicar normas que atentan contra los derechos humanos o pueden inobservar actos administrativos de parte de los poderes públicos⁷.

Las Constituciones contemporáneas están conformadas por dos partes. La una es la parte orgánica, que establece la estructura del estado y la organización del poder; la otra, que es la que nos interesa en este ensayo, la dogmática, que establece la finalidad que tiene el estado⁸. Tradicionalmente, el Derecho Constitucional y las Constituciones consideraban y priorizaban exclusivamente la parte orgánica. Recordemos nuestras clases sobre Derecho Constitucional. Históricamente, se hacía un recuento de las numerosas constituciones que hemos tenido. Luego, describíamos, siguiendo la letra de las normas, cada uno de los poderes. Entonces conocíamos aspectos básicos de los procesos electorarios, las formas de hacer las leyes, las relaciones ejecutivo-legislativo y los órganos de control. Nada nos dijeron sobre los derechos humanos y sobre los principios. Quizá nos mencionaron como un dato histórico y se los veía como algo lejano, que sucedió en 1789 en la Revolución Francesa. Mientras esto aprendíamos, la teoría del derecho y del estado, por la influencia de los derechos humanos, estaba dando pasos acelerados. La tradición positivista-formal cedía el paso a lo que ahora se conoce como constitucionalismo o como garantismo. La teoría del derecho se ha replanteado desde tres perspectivas: 1. ideológica, 2. metodológica y 3. teórica⁹.

1. Ideológicamente, el positivismo eliminó la discusión sobre la justicia y los principios. En las partes dogmáticas de las constituciones encontramos los principios que no son otros que los derechos humanos. En otras

7 En general, sobre las obligaciones de los jueces que tienen competencia penal, ver Ramiro Ávila Santamaría, "¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?", en *Revista Foro* N8, 2008.

8 Esta división tiene sentido en términos pedagógicos puesto que en la práctica tanto la una como la otra están imbrincadas lingüística y funcionalmente.

9 En adelante, sigo el esquema de análisis propuesto por Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Segunda Edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1999.

palabras, podríamos afirmar que encontramos dos elementos en el sistema jurídico y en el estado. Un elemento formal, que establece las competencias de las autoridades y los procedimientos, y otro elemento material, que establece el objetivo del sistema jurídico y político. “La legalidad constitucional se halla legitimada formalmente por el principio de imparcialidad y materialmente por contener un contenido básico perfectamente delimitado, que son los derechos fundamentales”¹⁰.

2. Metodológicamente, el positivismo pretende ser una ciencia neutra, alejada de las ciencias sociales y de la política, ajeno a la moral y a la filosofía. El derecho es un dato que es el objeto de la ciencia jurídica. El derecho se debe limitar a describir las normas válidas. Al ser una ciencia avalotativa, las normas jurídicas podrían ser injustas y, a pesar de ello, deberían ser observadas. Para el constitucionalismo, en cambio, los jueces y los legisladores tienen valoraciones morales al momento de aplicar el derecho. Lo que en el positivismo constituiría la adhesión a principios morales cuando se aplica una norma, en el constitucionalismo los operadores de justicia deberán transparentar sus opciones normativas.

3. Teóricamente, el derecho puede analizarse desde tres perspectivas (podrían ser más): (1) la estructura de la norma, (2) la teoría de las fuentes y (3) la teoría de la interpretación. (1) Para el positivismo las normas tienen una estructura conformada por un supuesto de hecho, un deber ser que es realizado a través de la imputación y una consecuencia jurídica, que normalmente es una obligación o sanción; en cambio, para el constitucionalismo, a este tipo de normas que se las denomina reglas, se añaden los principios que no tienen condición, ni medida, ni consecuencia u obligación. A estas normas, Kelsen las llamaba imperfectas y no las consideraba merecedoras de análisis jurídico¹¹; para el constitucionalismo, estas normas son aplicables y tienen una haz de interpretación que se aplica a cualquier tipo de caso. (2) Para el positivismo, la única fuente

10 Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Segunda Edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1999, p.26.

11 Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 4ta edición, Argentina, Eudeba, 2003, pp. 59-60.

de la que emanan derechos y obligaciones son las leyes, todas las demás fuentes son secundarias y tienen un mero valor interpretativo. De alguna manera, el positivismo implanta un monismo; la ley es soberana. En cambio, para el constitucionalismo, existe un pluralismo jurídico; las fuentes son múltiples y no necesariamente tienen jerarquía. Baste enunciar la teoría del bloque de constitucionalidad, en virtud del cual la norma que se aplica es aquella que más favorece a la protección efectiva de las personas¹²; piénsese, por ejemplo, en el derecho indígena, en el derecho internacional de los derechos humanos, en la costumbre¹³. (3) El único método de interpretación en el positivismo es el de la subsunción; en la teoría pura del derecho sólo caben antinomias que se resuelven por la jerarquía de la norma, la especialidad o la cronología; cuando existía oscuridad, se utilizaba el método gramatical y no existía la posibilidad de las anomias. En cambio, para el constitucionalismo, el método es el de la ponderación, a través del cual pueden existir conflictos de normas que tienen igual jerarquía, igual cronología, igual especialidad, por ejemplo la pugna entre igualdad y libertad, la expresión y la honra; además, cuando no hay adecuación del derecho interno con el derecho internacional o un principio constitucional existe una anomia.

Los derechos humanos cruzan las tres perspectivas de la teoría del derecho. La materialización del derecho, es decir el contenido como parte importante de una regla, tiene sentido si está de acuerdo con los valores consensuados universalmente y expresados en forma de derechos humanos. La justicia no es otra que el resultado de la realización de los derechos. Metodológicamente, los derechos humanos demandan personas y operadores del estado, comprometidos con la promoción y garantías de los derechos; ante una violación de derechos humanos, no se puede ser neutro, porque la neutralidad podría significar complicidad. Teóricamente, cuando se

12 Sobre la historia, dimensiones y riesgos de la teoría del bloque de constitucionalidad ver Rodrigo Uprimy, *El bloque constitucional en Colombia, análisis jurisprudencial*, Bogotá, 2001.

13 Una excelente demostración del pluralismo normativo y su incidencia en las normas penales, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996 en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Volumen II, Colombia, pp. 605-629.

habla del derecho por principios, los derechos humanos son normas que determinan el contenido material de las reglas o del derecho ordinario.

Nada hace pensar, entonces, que el derecho penal no pueda ser leído en clave constitucional y, más concreto aún, en perspectiva de los derechos humanos y los principios constitucionales.

En el positivismo jurídico, que se asienta en el principio de legalidad y en la validez de la norma¹⁴, la configuración de las normas penales sólo tiene que pasar el *test de pedigrí*. Si la norma era el producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, en tanto la autoridad y el trámite estén contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida. Por la presunción de validez de las leyes, sólo la derogación de la norma por parte del órgano competente permita su inobservancia. A esta forma de entender la legalidad, L. Ferrajoli la denominaba “mera legalidad”.

El concepto de validez es el sustento de otro principio que algunos consideran que es un pilar de los sistemas jurídicos y políticos, y hasta de los derechos humanos: la seguridad jurídica¹⁵. Este concepto ha sido cuestionado por el constitucionalismo y relativizado. La seguridad de unos puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez formal no garantiza plenamente la justicia¹⁶.

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma. Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. La vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola la sustancia, la forma pierde la cualidad de validez¹⁷. A esta forma de entender la norma, L. Ferrajoli la denomina “estricta legalidad”.

14 Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, p. 31.

15 Gregorio Peces-Barba, “La seguridad jurídica”, en *Curso de derechos fundamentales*, Teoría General, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 245-258.

16 Gustavo Zabrebelsky, “Los jueces y los derechos fundamentales”, en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta.

17 Sobre este tema, el mejor y más preciso tratado que conozco se puede encontrar en Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 84 y ss.

Este análisis es particularmente difícil cuando se trata de normas penales.

El principio de legalidad, en el Derecho Penal, ha sido uno de los más relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el Estado¹⁸.

¿El principio de legalidad penal atraviesa una crisis en el constitucionalismo? La respuesta depende de la circunstancias. Imperdonable lo dicho desde el positivismo jurídico y desde el derecho penal liberal. Nos atreveríamos a decir que no, salvo que excepcional y argumentadamente se demuestre lo contrario. Lo cierto es que el derecho penal, a la luz del derecho constitucional, podría ceder.

Para explicitar esta ambigua afirmación, en el siguiente capítulo analizaremos brevemente dos situaciones, una a nivel nacional y otra internacional, en las que se puede apreciar cómo el juzgador inaplica principios del derecho penal relacionados con el principio de legalidad.

Los derechos humanos, que están en la parte dogmática de la Constitución, imponen dos obligaciones al legislador en materia penal: (1) limitar y (2) configurar el poder punitivo del estado.

2.1. Principio de legalidad: limitación del poder punitivo

Los derechos humanos se han configurado históricamente como un limitante del poder. En principio, de los derechos humanos emanan obligaciones de abstención por parte de los poderes públicos. Allí donde las personas ejercen los derechos, persona alguna puede entrometerse para obstaculizar, restringir o excluir dicho ejercicio. Todo derecho humano, en esta dimensión, está protegido por una inmunidad. Nadie debe atravesarlo. Sin embargo, la inmunidad puede perderse.

La inmunidad se pierde cuando en el ejercicio de un derecho se vulnera otro. Algo más o menos parecido a lo que sucede con la inmunidad que tienen los civiles en un conflicto armado. Las personas que no son miembros de las partes en conflicto no pueden ser tocados y si lo son, este hecho constituiría un crimen de guerra. Sin embargo, el momento en que una persona civil toma las armas, inmediatamente pierde la inmunidad, toma el

¹⁸ Recordemos la máxima de Feuerbach "Nullum crime, nulla poena sine lege"

estatus de combatiente y, en hostilidades, podría ser muerto sin que esto sea considerado un crimen.

Pensemos en alguna infracción a un derecho que, además, tiene actualmente carácter penal. Una persona *x* toma un bien de otra *y*. *x* está ejerciendo su libertad de movimiento y su autonomía personal. Libremente ha decidido tomar aquel bien; y argumenta que ese bien es suyo y que, en ejercicio del derecho de propiedad, puede usar, gozar y disponer del bien, pero que la intervención de *x* ha impedido ejercer su derecho a la propiedad. En este caso, el estado podría intervenir en la libertad de *x* para reivindicar el derecho de *y*. El estado, en este caso, estaría legitimado para intervenir y limitar justificadamente la libertad de *x*. La proporcionalidad de la intervención nos lleva a otra discusión que la trataremos en el punto 2.2. Existen varias formas de intervención. Una de ellas, la más fuerte y por tanto excepcional, es la penal.

El poder penal del estado es y ha sido una de las maneras más cotidianas de intervenir en la vida y en los derechos de las personas. De hecho, cuando se manifiesta, desde regímenes autoritarios, el poder crea derecho¹⁹. El poder y la fuerza del derecho se materializa a través del sistema penal. Históricamente, el poder penal ha sostenido más de un poder político despótico (y democrático también) y ha perseguido a más de una persona por ejercer sus derechos. Baste leer la introducción de *De los delitos y las penas* de Beccaria²⁰, obra en la que se describen las formas crueles de juzgar y sancionar y, desde una perspectiva más crítica aún, leer a Michel Foucault, en su *Vigilar y castigar*²¹, la forma como el ejercicio del poder penal ha sido y sigue siendo una forma de control social. La humanidad no puede olvidar ese ejercicio sangriento del poder juzgador de la iglesia

19 Ya en 1928 Carl Schmitt habla exactamente de esto, cuando hacía referencia a dos tipos de dictaduras: la dictadura “comisarial”, que pretende defender el estatus quo; y, la dictadura “soberana”, que se propone instaurar un nuevo régimen, es decir, un nuevo poder. Ver Carl Schmitt, *La dictadura*, Alianza Editorial, Madrid, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Asimismo, Walter Benjamin denunciaba los poderes que producían efectos violentos, tanto hacia una violencia conservadora –dictadura comisarial–, como hacia a una violencia fundadora de derecho –dictadura soberana. Ver Walter Benjamin, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Iluminaciones IV, Madrid, Taurus, 1991, p. 40.

20 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, 3ra edición, Editorial Alianza, 2005.

21 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Editorial Siglo XXI, 1992.

a través de la Santa Inquisición²² y los regímenes autoritarios en América Latina con el pretexto de la seguridad nacional en los años setenta y ochenta.

Cuando los liberales restringieron el poder punitivo del estado y reivindicaron el principio de legalidad, lo que se quería era que tanto los delitos como las penas no fueran arbitrarias y que dejaran de depender de la voluntad de una persona. El principio de legalidad fue, sin duda alguna, una primera limitación al poder punitivo del estado. Los juicios, los jueces y las sanciones debían estar determinadas con anterioridad a los hechos. En el contexto liberal, cuando los burgueses determinaban las leyes exclusivamente, gracias al principio de ciudadanía (sólo son ciudadanos las personas adultas, propietarios, hombres y miembros de la religión mayoritaria), el bien fundamental que se protegió y promovió fue la propiedad. La propiedad de los burgueses era tan importante que primaba sobre la libertad.

Las teorías liberales y el mismo estado liberal, que era su reflejo, han ido modificándose. Los derechos de los burgueses se fueron expandiendo hacia otras personas. La famosa lucha de clases, basada en la teoría marxista de la economía política, incorporó en el concepto de ciudadanía a los obreros. Posteriormente, a partir de los años sesenta, con los movimientos de cambio (revolución cultural en Francia, movimiento feminista, movimiento de los derechos civiles, movimiento de los derechos de los niños y, entre otros, los movimientos indígenas), existe un eclosión de identidades y de reclamaciones por la inclusión en el concepto de ciudadanía²³. Los derechos humanos son considerados ahora como universales, independientes e interrelacionados (Viena, 1993).

Los derechos se han multiplicado en número y se han engrosado en contenido. El impacto de los derechos humanos en el derecho y en el estado es enorme. Por un lado, la teoría del derecho se ha visto afectada por lo

22 Sobre el Derecho Penal en la Inquisición ver de Zaffaroni su crítica al *Malleus Maleficarum* o “El Martillo de las Brujas”. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000, pp. 21-24.

23 Sobre la revolución cultural, en donde la reivindicación por identidades es muy importante, ver Alain Touraine, *Un nuevo paradigma*, Paidós, 2006.

que se denomina ahora neo constitucionalismo²⁴; y el estado ahora se legitima sólo si cumple con los objetivos que constan en los principios determinados en la parte dogmática, que no son otros –insistimos reiteradamente– que los derechos humanos.

A mayor cantidad y mejor contenido de derechos humanos, mayores restricciones al poder penal punitivo. Por esta razón, ahora se habla, con sobradas razones, del derecho penal mínimo. El máximo desarrollo de los derechos humanos obliga al Estado a minimizar los ataques a los derechos humanos²⁵. De lo contrario, se podría sospechar que el poder penal atentaría, por el principio de inmunidad, contra los derechos humanos.

2.2. Principio de proporcionalidad: configuración del poder punitivo

El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica sólo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos.

Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional. Por ejemplo, si un operador de justicia viola el debido proceso por no notificar oportunamente una providencia judicial, la sanción que podría tener consistiría en un llamado de atención; si este operador de justicia acepta un pago de parte de uno de los litigantes para no citar oportunamente, podría estar cometiendo un delito sancionado con privación de la libertad.

El derecho penal, como cualquier otro sistema de normas, desde la perspectiva garantista de Ferrajoli, es una de las garantías a los derechos con las

24 Sobre la teoría del derecho en el neoconstitucionalismo ver Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Editorial Trotta, 2005; del mismo autor, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

25 Alessandro Baratta, “Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal)”, en *Criminología y sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, pp. 299-333.

que cuenta el estado. Esta garantía hay que tomarla con pinzas porque al usarla necesariamente restringimos derechos de las personas objeto del poder penal.

La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. El legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos²⁶, que enunciamos a continuación-

a. El principio de proporcionalidad: el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción. Si una persona viola una señal de tránsito, tipo pasarse un semáforo en rojo en la noche, no puede ser privado de la libertad. La privación de la libertad es desproporcionada en relación al semáforo rojo inobservado.

b. El principio de necesidad: sólo los valores más relevantes deben ser los bienes jurídicos protegidos penalmente cuando no hay otro mecanismo menos lesivo para proteger esos derechos. Si yo puedo conseguir la reparación del daño sin privar de la libertad a la persona, no hay que tipificar el hecho. Por ejemplo, en los delitos económicos quizá la forma de reparar el daño sea a través de perjuicios patrimoniales exclusivamente.

c. El principio de igualdad: en el tratamiento de las infracciones, las hipótesis de hecho de las reglas penales, no deben estar inspiradas en categorías prohibidas, tipo raza, etnia, género, edad, condición económica o social. Si un tipo penal sanciona a los vagos o mendigos por su condición, estaría atentando contra la igualdad.

26 En esta exposición sigo la estructura de Juan M. Terradillos Basoco, "La Constitución penal. Los derechos de libertad", en *Las sombras del sistema constitucional español*", Madrid, Trotta, 2003, pp 355-381.

d. El principio del libre desarrollo de la personalidad: en un régimen democrático, las personas tienen derecho a la libertad y esto quiere decir que tienen derecho a un proyecto de vida y poder realizarlo. Cada vez que se crea un tipo penal, se amplían las posibilidades de restringir el libre desarrollo de la personalidad de alguien. Potencialmente, un tipo penal aumenta el poder del estado para investigar, procesar y sancionar. En cualquiera de estas posibilidades, el libre desarrollo de la personalidad se ve amenazado y severamente imposibilitado cuando hay una sanción.

e. El principio de lesividad: éste es uno de los principios más importantes. Los tipos penales deben prever situaciones en las que el bien jurídico protegido pueda sufrir un daño concreto y verificable empíricamente. Si no hay daño, el bien jurídico no debería estar protegido porque no tiene amenaza alguna. Si no hay daño, la intervención penal provocaría un daño injustificado. En otras palabras, sólo caben los tipos penales que lesionen un derecho humano en el que se pueda identificar al titular y se pueda cuantificar el daño concreto.

Existen múltiples tipos penales que no satisfacen el principio de lesividad. Toda referencia al orden público, al bien común, a la patria, a la salud colectiva y cuestiones afines, no justifican la existencia de normas penales. La salud pública, por ejemplo, que justifica múltiples legislaciones de drogas, son enunciados etéreos, que no necesariamente ocasionan daños. Pensemos en la tenencia de drogas para el consumo. En este caso no existe daño alguno a nadie y constituye una ficción la invocación a la salud pública.

Los delitos que tipifican conductas como los injustos formales, las puras desobediencias, las bagatelas, las irregularidades en el funcionamiento del derecho privado, deben sospecharse desde la mirada constitucional.

f. El principio de excepcionalidad: aunque se crea que el uso del derecho penal es efectivo porque presiona a las personas, ante el temor de perder la libertad, el poder punitivo no se justifica. El medio no justifica el fin. El derecho penal es de *ultima ratio*. Siempre el derecho penal debe ser utilizado de modo excepcional, cuando no existan otros mecanismos para lograr los fines propuestos por el sistema penal. Si el sistema penal sostiene que la finalidad de la pena es rehabilitar y resocializar, no cabría el uso del

sistema penal para cobrar deudas o promover algún tipo de comportamiento que se considera moralmente inaceptable, como en el caso de la tenencia de drogas o la represión a la homosexualidad.

g. El principio de subsidiaridad: los problemas sociales que tienen relevancia jurídica deben ser resueltos de forma que fomenten la cohesión social y que no provoquen daños²⁷. Estos mecanismos de resolución de conflictos pueden ser varios y deben ser identificados. El primero es el de auto-composición, a través del cual los conflictos interpersonales se resuelven por los mismos involucrados, por ejemplo, los típicos conflictos vecinales. El segundo mecanismo es aquel en el que interviene un tercero. Este tercero puede ser un mediador, un árbitro o un juez. En este orden, el mediador facilita a las partes la búsqueda de una solución; el árbitro, escogido por las partes, resuelve el problema; el juez, designado por el estado y que goza de la garantía de imparcialidad e independencia, resuelve en base a reglas pre-establecidas el conflicto. En la categoría judicial, encontramos la justicia constitucional, civil y penal. Debe preferirse la constitucional a la ordinaria cuando se trata de derechos humanos, la civil a la constitucional cuando se trata de litigios que tengan que ver con procedimientos determinados, como el laboral o el de inquilinato. Finalmente, cuando ninguno de los mecanismos de solución de conflictos sea adecuado, entonces y sólo en esos casos, procede la solución penal. En otras palabras, de acuerdo a estos mecanismos expuestos de manera ejemplificativa y superficial, para llegar a la vía penal debe explorarse, previamente la vía civil, la constitucional, la administrativa, la arbitral, la mediadora, la autocomposición: la vía penal es subsidiaria a seis mecanismos que le anteceden. El legislador tiene la obligación de reforzar estos mecanismos para que resuelvan el problema y si éste no es resoluble por éstos, entonces ahí procede la regulación penal.

27 No es por demás destacar la visión abolicionista sobre los delitos. Aquellos no son más que una entelequia creada por el legislador para encubrir los verdaderos problemas sociales. Detrás de los delitos no hay más que conflictos, de cuya solución el Estado se apropia. En otras palabras, por medio del Derecho Penal el Estado se roba los conflictos de la ciudadanía. Ver Jorge Paladines, *Periodismo sin garantismo: ¿La reaparición de la picota pública?*, en www.cienciaspenales.net, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, noviembre 2008, p. 15 (visita 3 de diciembre de 2008)

h. El principio de legalidad: éste es un principio clásico del derecho penal. Este principio pretende garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se sepa con antelación a los hechos qué conductas están prohibidas, cuáles son las penas y quiénes son las autoridades encargadas de imponerlas. Se atenta contra este principio cuando se dictan tipos penales abiertos o, en regímenes autoritarios, se crean jueces especiales, se eliminan los procedimientos democráticos y establecen penas mediante reglamentos o decretos. También se vulnera el principio de legalidad cuando se delega a una agencia del estado que no es el parlamento la definición del tipo penal. El ejemplo más esclarecedor lo encontramos en la ley de drogas cuando se considera que un ente no parlamentario debe decidir cuáles son las drogas sujetas a control penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni²⁸ compara la necesidad de los principios tanto para la limitación como la configuración del derecho penal a la construcción y a la elaboración de planos. Zaffaroni sostiene que pese a la creatividad de los arquitectos, existen principios que no pueden vulnerarse. No se puede, por ejemplo, poner la puerta de entrada de una casa por el baño o diseñar una aula en un sótano. Los planos responden a una concepción del espacio y de la funcionalidad de ese espacio. Los planos son un medio para que se cumpla un fin. Asimismo el derecho penal. La Constitución Política determina las fines y el derecho penal es el camino o medio para cumplir los fines. El derecho penal no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional.

Los principios que se han enunciado no son taxativos. Los principios, o sea los derechos humanos, pueden aumentar, pueden precisarse, pueden perder vigencia y pueden expandirse. De hecho, la vigencia y perfeccionamiento de los principios son fruto del esfuerzo y de las luchas de las personas por limitar al estado.

Zaffaroni clasifica a los principios de la siguiente manera:

28 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Límites a la construcción impuestos por su función pública", en *Manual de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 95-121.

1. Principios que derivan de la exigencia de legalidad, que son los siguientes:

- La legalidad formal, que ya la hemos descrito anteriormente.
- La irretroactividad, por la que las normas penales rigen a futuro.
- La máxima taxatividad legal e interpretativa, por la que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo para determinar con precisión las conductas punibles.
- El respeto histórico al ámbito de lo prohibido, por el que el legislador debe tener en cuenta el contexto cultural y civilizatorio; por ejemplo, si el rapto en las comunidades indígenas son las formas propias de generar vínculos matrimoniales, no debería ser penalizado.

2. Principios contra groseras disfuncionalidades en los derechos humanos:

- La lesividad: las acciones, como hemos descrito, que no dañan a nadie no generan conflicto, no pueden ser delito y deberían estar fuera del ámbito de la intervención estatal.
- La humanidad: exclusión de toda crueldad inusitada.
- La trascendencia mínima: las penas deben procurar, en su diseño y ejecución, al máximo, los efectos en terceras personas, como la familia.
- La prohibición de la doble punición: muchos hechos tienen más de una sanción que no está contemplada exclusivamente en el Código Penal; por ejemplo, la privación de la libertad con la imposibilidad de ejercer el derecho al voto.
- La buena fe y el *pro homine*: los derechos humanos no permiten sino excepcionalmente su restricción.

3. Principios derivados de la organización republicana de gobierno:

- El agotamiento material: se debe proscribir la inidoneidad del poder punitivo, como establecer la ley seca para combatir el alcoholismo o la ley de fuga para evitarlas; proscribir la grosera criminalización, como cuando no se paga la luz.

- Superioridad ética del estado: se debe evitar los intereses del estado por sobre los derechos de las personas.
- Saneamiento genealógico: hay muchos tipos penales que responden a ideologías autoritarias y que deben ser corregidas, por ejemplo aquel tipo penal que sanciona violaciones a la honra de las autoridades o el respeto a los símbolos patrios.
- Culpabilidad: dentro de la teoría del delito, ésta es la expresión máxima del respeto a la persona, que debe ser analizada en cada caso. Si no hay dolo, no hay delito.

El aspecto interesante de los principios limitadores y configuradores que establece Zaffaroni es que la fuente de cada uno de estos principios los encuentra tanto en la Constitución como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Todos los principios enunciados constituyen el lente constitucional a través del cual debemos mirar el Código Penal. La hipótesis a comprobar en cada uno de los tipos penales actualmente vigentes es que muchos son inconstitucionales y que así deber ser declarados por los jueces y reformados por el legislador.

Particular atención merece, en cuanto a la configuración, algunos avances conceptuales en cuanto al derecho penal internacional: (1) la adecuación de los tipos penales a las infracciones que se consideran más graves en el derecho internacional, (2) las leyes de amnistía, (3) el derecho penal y el género.

(1) El derecho penal internacional ha tenido relevancia particular a partir de la aprobación de convenios internacionales que establecen delitos, crímenes o infracciones graves, que obligan a actualizar algunos tipos penales en función de bienes jurídicos que se consideran que son de relevancia en cualquier lugar y en cualquier tiempo²⁹. El consenso internacional es que esos delitos son cuatro: el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los crí-

29 Convención para prevenir y sancionar el genocidio (1948), Convención para prevenir y sancionar la tortura (1978), Los cuatro convenios de Ginebra (1949) y sus dos protocolos adicionales (1977) y, entre otros, el Estatuto de Roma (1998).

menes de guerra y la agresión. Las normas de derecho interno deberán adecuarse a estos tipos penales configurados internacionalmente.

(2) Las leyes de amnistía han sido consideradas por el sistema interamericano de derechos humanos como una violación a las garantías judiciales que tienen las personas, por imposibilitar el acceso a la justicia y por la promoción de la impunidad. Cuando se impide la tramitación de juicios penales y, a la postre, la sanción penal, las víctimas de las violaciones a sus derechos humanos, que tienen protección penal, no tienen derecho a la tutela efectiva. En estos casos, las amnistías desfiguran las políticas contempladas constitucionalmente para el ámbito penal. Sin embargo, no toda amnistía puede ser considerada perniciosa. En el Derecho Internacional Humanitario (DIH), por razones de justicia transaccional, o sea, para conciliar la necesidad de paz social y la tutela efectiva de derechos, siempre que durante un conflicto armado se hayan respetado las normas del DIH, se recomienda procurar conceder la amnistía a los ex combatientes³⁰. Se supone, en estos casos, que los combatientes no hicieron daño a la población ni a los bienes civiles y que sus objetivos eran políticos y afectaban directamente al estado³¹.

(3) Usualmente, se escucha cada vez que existe un movimiento que denuncia una violación generalizada a los derechos humanos, que deben incluirse figuras penales y hasta aumentarse las penas. El movimiento de mujeres, que tiene perspectiva liberal o diferencialista, reivindica la penalización de cualquier abuso sexual. Zaffaroni nos advierte que estas reivindicaciones son contradictorias. Los movimientos de género luchan por la eliminación de una cultura patriarcal, que discrimina con particular énfasis a las mujeres. El monumento mejor logrado del sistema patriarcal,

30 Protocolo Adicional N. 2 a los Convenios de Ginebra (1977), Art. 6 (5) "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

31 Un caso aberrante, contrario a lo mencionado, es la aplicación en Colombia de la Ley de Justicia y Paz (975-2005), donde se ofrecieron concesiones jurídicas a grupos paramilitares que violaron notoriamente el DIH.

por sus características y por los efectos autoritarios, excluyentes y violentos, es el sistema penal. Si se quiere luchar contra el régimen patriarcal, no se lo puede hacer desde una estructura que lo legitima. De ahí que las reivindicaciones de género no deberían jamás realizarse a través del sistema penal³².

III. El principio de legalidad y el rol del legislador

Luigi Ferrajoli, consecuente con la teoría constitucional que brevemente hemos descrito, consideraba que todo el estado es una garantía para que se cumplan los derechos humanos. Ferrajoli clasifica las garantías en dos. Garantías primarias y secundarias³³. Las garantías primarias son aquellas que se refieren al sistema jurídico. Las normas jurídicas constituyen una primera garantía para las personas. Las normas establecerían el marco a través del cual los organismos y los funcionarios del estado tienen determinadas sus competencias y las personas son titulares de derechos. Los derechos humanos, a su vez, limitan al estado, de tal modo que si se exceden violarían derechos, y vinculan, de tal forma que los funcionarios de estado tienen obligaciones con cada persona. Las garantías secundarias son, a su vez, de dos clases. Las políticas públicas, que emanan del poder administrativo o ejecutivo, que se concretan en planes y proyectos; y las garantías técnicas, que son todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional, a través de las acciones constitucionales, tanto de control de normas como de actos violatorios a los derechos humanos. A un resultado parecido llega Gregorio Peces Barba cuando distingue a las garantías en función del órgano del poder del estado. Así, por ejemplo, existen garantías de control, de ejecución, de justicia, de definición. En suma, la idea fuerza es que todo el estado es garante de los derechos humanos. Nos interesan, por el momento, las garantías que tiene que ver con la creación de normas jurídicas de carácter legislativo.

32 Eugenio Raúl Zaffaroni, "El discurso feminista y el poder punitivo", en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000

33 Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales y garantías", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001, pp. 45-56.

Las garantías primarias o legislativas tienen como destinatarios al parlamento o congreso, sea éste ordinario o constituyente. Los constituyentes deberán definir los derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales y del desarrollo progresivo de los derechos humanos acorde con la historia constitucional de un país. Los legisladores deberán adecuar los principios contenidos en instrumentos internacionales y en la parte dogmática de la Constitución a la legislación ordinaria y secundaria.

Estas distinciones doctrinarias también las encontramos en los instrumentos jurídicos internacionales. Casi sin excepción, los convenios internacionales recogen en sus artículos primeros las obligaciones generales de los estados: respetar y hacer respetar. La primera implica, en cualquier tipo de derechos, un deber de abstención³⁴. El estado no puede realizar actos que puedan violar los derechos humanos. El “hacer respetar”, en cambio, obliga al estado a realizar acciones, ya para evitar que terceros violen los derechos humanos, ya para promover positivamente la realización de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos la enuncia de la siguiente manera:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social³⁵.

Este artículo bastaría para encuadrar la obligación de legislar como parte del enunciado de “garantizar su libre y pleno ejercicio...”. Sin embargo, como para resaltar la importancia de la obligación de legislar en general, que tiene un estado, también se enuncia la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno:

34 Sobre la intervención positiva –de participación– o negativa –de abstención– del Estado ver Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre libertad*, Madrid, Alianza editorial, 2000.

35 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1.

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La adecuación, como se desprende del texto, no es exclusivamente legislativa. Se refiere al poder del estado de normar, cuando menciona que las medidas podrían ser “de otro carácter”, esto es, por ejemplo, reglamentar, expedir acuerdos, planes, programas o proyectos.

En este punto, podemos retomar nuestra pregunta original ¿hay que adecuar las normas penales, en particular el Código Penal, a la Constitución y a los instrumentos de derechos humanos? La respuesta es categóricamente sí. Las razones son múltiples. Una razón histórica nos diría que la Constitución, al establecer derechos humanos y algunos principios de carácter penal en los años noventa y reactualizarlos en la primera década del siglo XXI, tienen una mirada actual de los bienes jurídicos penales. El Código Penal fue escrito e inspirado con ideologías de hace dos siglos, en los que imperaba una filosofía liberal, que ponía énfasis en principios morales burgueses y en la propiedad. Otra razón, que ya ha sido explicitada, es la jurídica. En teoría del derecho una de las ideas fuerza es la del sistema normativo. El sistema de normas debe ser coherente y esa coherencia, entre otros filtros, se logra por el principio de jerarquía, en virtud del cual todas las normas de carácter secundario deben ser conformes con las normas constitucionales. Finalmente, en el constitucionalismo moderno, el sistema jurídico se hace material o sustancial. El contenido de las normas, y no sólo el procedimiento, debe ser rematerializado en función de los derechos humanos.

El Código Penal tiene que ser mirado con los lentes de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No cabe ya que el Código Penal sea considerado como un ente autónomo, que se basta a sí mismo por el sólo hecho de ser distinto al Código Civil. Si al mirar el Código Penal a la luz de la Constitución y del DIDH encontramos diferencias, entonces, se impone una reforma legal.

IV. El principio de proporcionalidad: el rol del juez penal como garante de la Constitución

El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico es garante de la ley (por eso los jueces son “boca de la ley”); y en el estado constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto; todos estos poderes gozan de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal³⁶, ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento o *labeling approach*³⁷), ya desde el aparato judicial, que aplica irracional y desproporcionadamente el derecho, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y que garantice los derechos humanos.

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro lado, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida.

El juez no debe ser mero aplicador de la ley penal. El juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos, debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente

36 Ver Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

37 La teoría del etiquetamiento consiste en que las agencias del sistema penal seleccionan a las personas que serán criminalizadas a través de un proceso social basado en la discriminación. Una vez que una persona tiene un antecedente penal o una sentencia está etiquetada.

al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del derecho³⁸), aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente³⁹.

Este último caso nos interesa. En todos los ámbitos del derecho ordinario no encontramos mayores dificultades porque la duda es entre dos normas aplicables ante un caso, cuya solución de mayor protección la encontramos en la Constitución. En cambio, en el derecho penal tenemos dos derechos que están en franca tensión: el derecho a la libertad que tiene el supuesto ofensor y el derecho a la tutela efectiva que tiene el supuesto ofendido.

Veamos dos ejemplos. Uno a nivel internacional, que ha llamado la atención y levantado críticas⁴⁰, el famoso juicio de Nuremberg; otro, a nivel nacional, que es conocido como “el caso Massera”.

En 1945, los países aliados, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, redactaron una Carta en la que establecieron la competencia material del Tribunal Penal de Nuremberg⁴¹. El tribunal internacional, creado *ex post facto* tenía competencia para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Indiscutiblemente, en términos objetivos y positivistas, la Carta y el Tribunal violan el principio de legalidad, por el que nadie puede ser juzgado por tribunales que no hayan sido creados con anterioridad al hecho y nadie puede ser juzgado por hechos no tipificados en la ley.

El principio de legalidad en relación al tribunal y a los tipos penales fueron alegados por las partes. Sin embargo, se consideró que por el *ius cogens*,

38 Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, p. 65. Kelsen distingue, con absoluta claridad, la obligación jurídica de la moral.

39 Ver Gustavo Zabrebelsky, “Los jueces y los derechos fundamentales”, en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, España, Editorial Trotta, pp. 131-153. Al mismo resultado llega Carlos Santiago Nino, “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Argentina, Editorial Astrea, 2005, pp. 20-25.

40 Entre otras críticas, una jurídicas que se comentan en este ensayo y que tienen que ver con el principio de legalidad, y otras políticas, como aquella de que el juicio fue justicia de vencedores (sin duda, los aliados cometieron violaciones al Derecho Internacional Humanitario y también crímenes de guerra; por ejemplo, el bombardeo a Dresde, a Berlín, a Hiroshima y a Nagasaki).

41 Henry Steiner y Alston Philip, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, second edition, Oxford University Press, 2000, “Judgment at Nuremberg”, pp. 112-126.

los acusados tenían conocimiento de las normas internacionales que prohibían matar civiles y que aunque no había pena, no existía razón para no juzgarles con las penas más severas existentes en el derecho comparado para delitos graves. Además, se argumentó que las leyes no son estáticas sino que deben adaptarse a las necesidades de un mundo en constante cambio. Finalmente, se argumentó, en términos de practicidad, que la creación del tribunal y del procedimiento fueron mecanismos necesarios para reprimir conductas que eran ilegales y criminales que, de otra manera, no hubiesen sido juzgadas y se hubiese promovido la impunidad⁴².

En el caso de cortes nacionales, el ejemplo es el razonamiento de un juzgado penal argentino frente a los argumentos positivistas del acusado⁴³.

El señor Massera sostenía que había sido ya juzgado por los mismos hechos (*no bis in idem*), y que las acciones habían prescrito. Los argumentos de Massera están relacionados con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El juzgador penal consideró que los argumentos eran inadmisibles en el caso y, por tanto, los desechó. Massera no fue juzgado por los mismos hechos ya que los elementos del tipo penal en el ámbito nacional no coincidían con los elementos del tipo internacional, luego se le juzgaba por primera vez. Los delitos por los que le acusaban eran delitos continuados y además considerados imprescriptibles por el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación al derecho positivo conviene destacar de la sentencia la siguiente afirmación:

...allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho Positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia⁴⁴.

42 *Ibidem.*, pp. 116-117.

43 Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Washington, vol. II, 2001, pp. 871-883.

44 *Ibidem.*, p. 878.

En otras palabras, el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.

En los casos mencionados, los juzgadores penales aplicaron el principio de proporcionalidad. Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos.

Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha⁴⁵. La *idoneidad* ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; por ejemplo, la orden de evacuación, que priva del derecho a la vivienda, es una medida indónea para precautelar la vida en un caso de desastre natural. La *necesidad* contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido; por ejemplo, en el desastre natural, tengo varias medidas idóneas (porque logran el objetivo), tales como la evacuación a una ciudad o en una zona rural, a un lugar cercano o lejano, en carpas o en albergues, quizá la que menos afecte al derecho a la vivienda sea la rural y en albergues. La *proporcionalidad* valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo; entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar.

45 Carlos Bernal Pulido, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes”, en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61-87.

El modelo descrito, que fuera determinado por la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁶ y recogido por la Corte Constitucional Colombiana⁴⁷, no es el único. Existen otros estándares, como el desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se basa, siempre en la relación entre derecho promovido y afectado, en la intensidad de la intervención, y que puede ser estricto, intermedio y suave; estricto cuando el derecho afectado puede sufrir un severo daño y suave cuando no existe daño o éste es ínfimo. Finalmente, existe el modelo que Pulido denomina integrado, por el que se interrelacionan los dos métodos. Cualquiera sea el método, queremos destacar la importancia del principio y de la teorización para evitar y descubrir inconstitucionalidades.

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por las penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.

El criterio de proporcionalidad es, sin duda, ambiguo. Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho sea subjetiva. Por ello, los estándares del principio de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica.

Tengo la tentación de afirmar que la ponderación y la argumentación suplen a la interpretación y a los métodos positivistas. Pero tal extremo planteamiento, importante para resaltar los cambios de paradigma, no es preci-

46 *Ibidem*, p. 72.

47 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de constitucionalidad C-22, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias, herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 59-71.

so. La ponderación complementa a la subsunción y la argumentación jurídica complementa al silogismo jurídico. Por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso y, enseguida, se subsume el hecho al supuesto creado por el juez. Por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos.

El juez penal, cuando encuentra, en un caso, un conflicto constitucional no puede ligeramente inaplicar el derecho penal por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución. El juez tiene que ponderar y tiene que argumentar.

La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos, que tienen igual jerarquía normativa⁴⁸. La ponderación procede cuando la subsunción no es aplicable y los criterios tradicionales de jerarquía, cronología y especialidad no resuelven el asunto fundamental. Las antinomias constitucionales son imposibles de resolver en abstracto porque los principios *prima facie* no son incompatibles entre sí. Cuando se presentan en casos concretos, la resolución del juez no restringe la validez del principio. Por el juicio de ponderación, se debe establecer una jerarquía axiológica en base a razones y argumentaciones; conseguida la jerarquía para el caso, entonces opera la subsunción.

La ponderación tiene estrecha relación con la limitación de derechos. De hecho, en el caso concreto, uno de los derechos será limitado. A mayor limitación de uno de los derechos, mayor importancia de la satisfacción del otro derecho en conflicto. Los elementos para efectuar el juicio de ponderación son cuatro: la existencia de un fin legítimo constitucionalmente reconocido, la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad, que va a establecer un equilibrio entre los principios y el daño que se produce si se aplica cualquiera de ellos. Esta operación requiere de argumentación jurídica.

La argumentación jurídica es un método a través del cual se pretende, mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por un auditorio universal⁴⁹. El juzgador tiene que justificar, de manera

48 Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, pp. 123-158.

49 Manuel Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 167-246.

lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega.

Robert Alexy sostiene que la argumentación jurídica es una necesidad por muchas razones: el método deductivo tradicional promueve un “salto lógico” que favorece la arbitrariedad, el lenguaje del derecho positivo siempre es vago, existen conflictos entre normas, las normas no se adecuan con espontaneidad en los hechos y, en el extremo constitucional, hay normas que pueden llevar a un resultado injusto. La argumentación implica un discurso racional, que es una construcción basada en consensos racionales. Para evitar la arbitrariedad y garantizar la corrección en la solución, Alexy propone reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuentas, lo que se pretende es que el razonamiento pueda ser, si es justificado, compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones⁵⁰.

Lo dicho pretende ser una advertencia cuando el juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitrario y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podríamos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

Vamos a enunciar algunos casos y situaciones en los que creemos existen conflictos entre normas penales y constitucionales, y que, de encontrarlos en casos concretos, el juzgador penal tendría potestad para inaplicar el Código Penal.

V. La legalidad y la proporcionalidad en acción: la inconstitucionalidad de algunos tipos penales

El derecho penal es el mecanismo más severo de restricción de derechos humanos. Siendo que los derechos humanos son *prima facie* absolutos, las restricciones deben ser ponderadas y justificadas argumentalmente.

50 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Si el derecho penal es anterior al constitucionalismo moderno, lo menos que debemos hacer es sospechar de la legitimidad de su contenido.

De la Constitución se derivan, al decir de Terradillos, límites nítidos al *ius puniendi*: la necesidad y proporcionalidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad⁵¹. Nos vamos a concentrar en la necesidad y la proporcionalidad, “en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes”⁵².

Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario⁵³.

Vamos a analizar algunos ejemplos de tipos penales a la luz de los principios constitucionales enunciados.

5.1. Las contravenciones

Las contravenciones están sancionadas con prisión de uno a siete días y multa⁵⁴. Con este solo enunciado sabemos que el principio o derecho limitado es la libertad de movimiento. Habría que ver cuáles son los otros bienes jurídicos protegidos. Enunciemos algunos: no registrar los nombres de los huéspedes, no remitir registros de huéspedes a la policía, mofarse de un acto religioso, viajar sin pasaporte en caso de guerra, negarse a transportar cosas, conducir ganado y no tener previsión, no dirigir al domicilio a ebrios, no tener nómina de pasajeros, vender sin permiso de la policía, no entregar a la policía bienes encontrados, comprar en feria a personas desconocidas,

51 Juan M. Terradillos Basoco, “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 358.

52 *Ibidem.*, p. 358.

53 *Ibidem.*, pp. 360-361.

54 Código Penal, art. 51.

explicar los sueños, infringir reglamentos, jugar carnaval públicamente, herir un animal doméstico⁵⁵; herir animales por exceso de carga, apacentar bestias de cualquier especie en terreno ajeno, no entregar bienes encontrados en 24 horas a la policía, formar mitin sin autorización, construir ventanas a menor altura de dos metros, lidiar toros sin permiso, permanecer parado por mucho tiempo sin objeto plausible, propalar rumores, recibir a menores prófugos, no cercar terreno⁵⁶; predicar a favor o en contra de un partido político, golpear, establecer casa de juego sin permiso, usar cosas ajenas sin consentimiento, faltar con gestos a ascendientes...⁵⁷

¿Tiene sentido restringir la libertad de movimiento (privar de la libertad) para proteger las funciones de la policía, la integridad de los animales, el pasto de los terrenos ajenos, la honradez, la confianza, los reglamentos municipales? Sin duda no. A primera vista, sin ponderar ni argumentar, existe desproporción en esta normativa. La libertad pesa menos que bienes jurídicos de carácter secundario⁵⁸.

Además, como sostiene Zaffaroni, la legislación contravencional “es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad...”⁵⁹ Por ello, concluye, “tenemos la certeza de que un buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía de Código Penal y la que surge de esta legislación”⁶⁰.

En otras palabras, todas las contravenciones deben salir del ámbito penal y, en el peor de los casos, deben suprimirse las penas que establecen privación de la libertad. Los juzgadores que tienen competencia contravencional deben ponderar en cada caso y rechazar, por inconstitucional, la aplicación de las penas privativas de libertad en las contravenciones.

55 *Ibidem.*, art. 605.

56 *Ibidem.*, art. 606.

57 *Ibidem.*, art. 607.

58 Sobre la relación de derechos primarios y secundarios ver Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001, pp. 29-35.

59 Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 82.

60 *Ibidem.*, p. 82.

5.2. La libertad de expresión y la honra

El delito de injurias protege penalmente el derecho a la honra, que está reconocido por la Constitución como un derecho fundamental⁶¹. Pasaría el primer filtro de la lesividad. Por el segundo filtro, el de la proporcionalidad, tendríamos que analizar si la privación de libertad es un medio idóneo y necesario para proteger la honra. Pero también interesante sería el análisis, mezclando la lesividad con la proporcionalidad, del problema de la libertad de expresión, como bien jurídico también protegido por el Derecho Constitucional, en relación con la honra.

Para este último análisis recordemos dos casos paradigmáticos en Ecuador. El uno la célebre sentencia en contra del editorialista Fierro y a favor de León Febres Cordero; el otro, bajo premisas parecidas, la denuncia del Presidente Correa contra el diario La Hora. Los dos casos tienen en común que quienes reclaman la honra son personajes públicos y quienes “deshonraron” lo hicieron bajo argumentos de libertad de expresión.

En términos objetivos, el Código Penal tipifica la injuria en ambos casos. En términos también objetivos, tenemos una contradicción entre dos derechos protegidos de forma distinta por el sistema jurídico, el uno con penas de prisión (honra)⁶² y el otro que exige abstención de parte del estado cuando se ejerce el derecho (libertad de expresión)⁶³. Si el Estado enjuicia penalmente a quien ejerce la libertad de expresión, el estado viola el deber de abstención. En suma, tenemos una antinomia. Lo cierto es que el juez penal no puede ser indiferente a este conflicto de normas y al análisis constitucional de proporcionalidad de las normas penales.

El caso de León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez⁶⁴, Febres Cordero acusó a Fierro por injurias al haber publicado en El Comercio un artículo de opinión denominado “Febres-Cordero: en su sitio”, a través del cual Fierro manifestaba que Febres Cordero tenía responsabilidad en la

61 Constitución Política del Ecuador, art. 23 (8).

62 Código Penal, art. 489 y ss.

63 Constitución Política del Ecuador, art. 23 (9).

64 Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sentencia de Casación, León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez, 29 de octubre del 2004.

quiebra bancaria, sugería que es un “ave de rapiña” y un “industrial de paco-tilla”⁶⁵. Fierro fue condenado penalmente por injurias.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión, que no se puede difamar o desacreditar a autoridades o líderes de un país, que el articulista no puede “actuar con entera libertad” a menos que “obre con objetividad, imparcialidad y sobre todo veracidad”. La Corte reafirmó el valor de la libertad de expresar el pensamiento como esencial en la democracia, pero lo condicionó a que no menoscabe la dignidad de las personas, no atente contra la institucionalidad y no lesione otros derechos, puesto que de este modo deslegitima la libertad de prensa. La sentencia resaltó la “intención y propósito de causar daño a León Febres Cordero degradándolo del sitial que corresponde a quien ejerció la primera magistratura de la nación”.

La sentencia admite la existencia del desarrollo jurisprudencial de Estados Unidos a través del fallo *New York Times* contra Sullivan, que “se aplica ahora universalmente”. Sin embargo, este precedente no fue completamente observado ni adecuadamente citado. El principio que aplica el caso Sullivan lleva exactamente a una solución contraria a la que arriba la Corte Suprema de Ecuador. El contraste de estas dos sentencias nos ayuda a aclarar el análisis constitucional de las conductas sancionables.

Sullivan era el jefe de policía de Montgomery y creyó que una publicación en el periódico *New York Times* (ni siquiera un artículo de opinión) le injurió. El anuncio publicado denunciaba que, en 1960, en plenas manifestaciones para reclamar derechos civiles, existía una fuerte represión de parte de la policía y que ésta empleaba medios como gas, balas de plástico y detenciones arbitrarias en contra de los manifestantes pacíficos⁶⁶. La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que por el hecho de ser la policía y Sullivan institución y persona pública, la libertad de expresión prevalecía aún cuando las afirmaciones hechas fueren falsas porque ayudan a determinar la verdad, salvo que exista real malicia. La protección al derecho a la honra es limitada cuando el personaje es público porque favorece el debate

65 Rodrigo Fierro Benítez, “Febres Cordero: en su sitio”, en *El Comercio*, 29 de mayo de 2003, p. 4 A.

66 Melvin Urofsky, “New York Times v. Sullivan”, en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, third edition, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, pp. 50-51.

democrático sobre su gestión; en otras palabras, “la restricción a la libertad de prensa impuesta a las críticas al gobierno y a los funcionarios públicos es inconsistente con la primera enmienda”⁶⁷ (libertad de expresión). Es más, el magistrado Black sostuvo en un voto concurrente que el periódico tiene un derecho absoluto e incondicional a publicar críticas a los oficiales y a las agencias públicas.

Corte Suprema de Ecuador no valoró, para que prime la libertad de expresión, el hecho de que Febres Cordero fue Presidente de la República ni tampoco que se le responsabilizaba por un hecho en el ejercicio de sus funciones. Al contrario, el hecho de ser funcionario público pesó para que la protección a la honra sea mayor y prevalezca. El mensaje fue contrario a la libertad de expresión y circulación de opiniones: no se puede comentar contra funcionarios públicos a menos que se diga la verdad. Esto es contrario a la libertad de opinión y al escrutinio que debe tener todo funcionario público que, en suma, es mandatario y por tanto sujeto a críticas. Otro elemento a tomar en cuenta es que en Estados Unidos, seguramente, por el principio de proporcionalidad, no se penaliza la injuria sino simplemente el daño civil y aún en este caso no se consideró que existía responsabilidad alguna.

El caso de Fierro se reedita, años más tarde, cuando el presidente Rafael Correa presentó una demanda en la Fiscalía de Pichincha, en la que solicitó prisión para Francisco Vivanco Riofrío, representante del diario *La Hora*, por injurias no calumniosas. El 7 de marzo de 2007, el periódico publicó un editorial en el que afirmaba que el mandatario gobierna con “tumultos, piedras y palos” y publicó un titular denominado ‘Vandalismo oficial’ en su editorial (9 de marzo de 2007)⁶⁸.

Un juzgador penal puede encontrar el conflicto de normas, como de hecho lo hizo el juzgador nortamericano, o puede aplicar formalmente el derecho penal, como lo hizo el juzgador ecuatoriano. Aplicando derechos

67 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *New York Times company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), traducción libre en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, third edition, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, pp. 52-53.

68 *El Universo*, “Correa pide sanción a Diario *La Hora* por injurias”, 9 de mayo de 2007, en <http://www.eluniverso.com/2007/05/11/0001/8/1B39A4F92617426D839E20585A320911.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

humanos al derecho penal, los resultados son, como se evidenció, diferentes: no sólo que no hay pena sino que hay promoción de una actividad que el derecho penal considera ilícita.

5.3. La quema de la bandera como libertad de expresión

El 12 de octubre de 2007, en una manifestación pública a propósito de la provincialización de la península de Santa Elena y de la separación del Guayas, un grupo de personas “cogen la bandera blanquiceleste de Guayaquil y la destrozan; unos pedazos arden con fuego, otros retazos son usados por un par de manifestantes para efectuar gesticulaciones obscenas...”⁶⁹.

El gobernador del Guayas⁷⁰, el Prefecto y el alcalde del Guayas inmediatamente denuncian penalmente a los autores. El alcalde de Guayaquil manifestó que “El derecho de los pueblos a vivir bien es legítimo e irrenunciable, (pero) qué tiene que ver con quemar u ofender la bandera de Guayaquil. Es un acto incalificable, intolerable y delictivo... Se está buscando a quien cometió ese delito”⁷¹. La policía detiene a dos personas y se inicia un proceso penal.

Efectivamente, el Código Penal establece que “el que públicamente... incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo... el que cometiere cualquier burla o desacato, con palabras o acciones, contra la Bandera... será reprimido con prisión de seis meses a tres años...”⁷².

Tipo penal sin Constitución sustancial, no hay mucho que discutir. Hay un delito y hay que reprimirlo. Sin embargo, si uno analiza más detenidamente, encontramos, efectivamente, un problema constitucional. ¿Los manifestantes estaban ejerciendo su derecho a la libertad de expresión?

69 Fernando Balseca, “Ofensas a la bandera”, en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en <http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446E.aspx> (visita 30 de octubre de 2007)

70 *El Comercio*, “Nueva acción legal contra peninsulares”, 30 de octubre de 2007 en http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=146057&cid_seccion=10 (visita 30 de octubre de 2007).

71 *El Universo*, “Autoridades del Guayas contra división y ultraje a la bandera”, 17 de octubre de 2007, <http://www.eluniverso.com/2007/10/17/0001/18/C74DB2AB9CF645038052693C7045C4AB.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

72 Código Penal, art. 128.

¿Cuál es el bien jurídico que protege la quema de la bandera? ¿La bandera y lo que significa como símbolo están protegidas por la Constitución y prevalecen sobre la libertad de expresión?

Para ilustrar las posibles respuestas, conviene mencionar el caso denominado Texas contra Johnson, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos⁷³, que tiene todos los elementos de nuestro caso ecuatoriano. Gregory Lee Johnson, en una manifestación pública contra un congreso republicano en Dallas y, en particular, contra la presencia de Bush (padre), quema la bandera norteamericana. Texas, al igual que 48 estados de los Estados Unidos, tiene un estatuto penal que criminaliza el abuso de la bandera como una seria ofensa a los individuos.

Los funcionarios del Estado de Texas alegaron en el juicio que la quema de la bandera constituía un disturbio que rompía la paz, que muchas personas se sintieron seriamente ofendidas por este hecho, que era una vulneración al orden público y que atentaba contra un símbolo que representa la unidad nacional. La Corte no aceptó los argumentos, en primer lugar consideró que la quema de la bandera es una forma de expresión y, posteriormente, afirmó que la principal función de la libertad de expresión es invitar a la disputa, que el acto de la quema de la bandera no propició revuelta alguna, que las autoridades de Texas y la policía persiguieron a una persona por expresar insatisfacción por las políticas del país y que esto está en el centro del derecho a la libertad de expresión, que la integridad de una bandera no está protegida por la Constitución, que prohibir una idea por el simple hecho de ser desagradable u ofensiva atenta contra la libertad de expresión, que el gesto de una persona contra la bandera no afecta en absoluto la actitud hacia la unidad nacional, que la mejor manera de rendir tributo a un símbolo como la bandera que representa la libertad es precisamente promoviéndola y no reprimiendo las libertades; finalmente, que sancionar penalmente a quien siente y piensa diferente no es la mejor manera de persuadir. La Corte sostuvo que el mejor remedio en este caso es aplicar el derecho a favor de la libertad de expresión que silenciarla.

73 Corte Suprema de los Estados Unidos, Texas v. Johnson 491 U. S. 397 88-155 (1989) en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, third edition, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, pp. 77-84.

La reacción a esta sentencia fue inmediata de parte del Congreso, que expidió una ley federal criminalizando cualquier tipo de atentado contra la bandera. Inmediatamente la Corte, reafirmando la sentencia descrita, declaró inconstitucional la ley del Congreso, bajo la premisa que el Estado se funda en un serio compromiso con la libertad de expresión⁷⁴.

En el caso ecuatoriano, la quema de la bandera, sin duda alguna, fue un acto de libertad de expresión. Al respecto, Fernando Balseca sostiene:

...no tenemos que enclaustrarnos en las formas: no se ha abrasado a Guayaquil; se ha incinerado una conducta que no vela por los más necesitados... un gobernante debe preguntarse qué originó esa actitud: debe leer el símbolo e interpretarlo. Y la respuesta aparece nítida: los poderes provinciales no han compartido una visión amplia y generosa con la provincia... En Santa Elena se ha carbonizado el hecho injusto de que unas regiones posean más que otras y se han chamuscado jerarquías que ya no se reconocen como tales⁷⁵.

Otra vez, si aplicamos la Constitución el resultado podría ser diferente al contemplado en el tipo penal. ¿Puede un juez penal llegar al desconocimiento de un tipo penal? Aplicando la Constitución, ponderando y argumentando, sí.

5.4. Los vagos y mendigos

Los vagos, personas que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia o que no ejercen habitualmente oficio o profesión, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año⁷⁶.

¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal? Desde la perspectiva constitucional parecería, al contrario, que estamos ante el caso de una persona a quien se le están violando sus derechos sociales: el derecho a la

74 Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 89-1433 (1990), en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, third edition, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, pp. 84-86.

75 Fernando Balseca, "Ofensas a la bandera", en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en <http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx>

76 Código Penal, art. 383 y 384.

vivienda al no tener domicilio, al derecho al mínimo vital al no tener medios de subsistencia, el derecho al trabajo al no ejercer oficio o profesión. Estas personas que podrían ser víctimas, se les considera responsables y, además, se les amenaza con privar de la libertad.

Este tipo penal vigente en Ecuador se encuadra dentro de la idea de que hay personas que son peligrosas y que podrían delinquir.

Todo lo que se ha dicho del positivismo peligrosista y de su incompatibilidad ideológica con los Derechos Humanos, llega a su máxima expresión con las leyes de peligrosidad sin delito: aquí se viola totalmente el principio de legalidad, porque sin ninguna tipicidad se cae en una grave violación de derechos. El desprecio a la dignidad humana es total: es suficiente reunir dos o tres “síntomas” para “detectar” la forma de vida de una persona, encuadrada en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad... El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas “decentes” y “peligrosas”, consagrada por la misma ley conforme a un criterio arbitrario de apreciación que pone en manos del poder público... y que en modo alguno deja de tener... un claro tinte racista⁷⁷.

El derecho penal se ocupa, exclusivamente, de las acciones y no de las características personales, como el caso que comentamos de los vagos, ni de las ideas, como la quema de la bandera: “sólo es admisible castigar acciones, porque el Estado no tiene poder para ir más allá”⁷⁸.

En estos casos, parecería que el juez penal tiene el imperativo de inaplicar el Código Penal por existir una franca contradicción con los principios constitucionales.

5.5. La tenencia de drogas y el consumo

La ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (en adelante “ley de drogas”) no es muy clara en cuanto a los consumidores. Por un lado, parecería

⁷⁷ Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Informe Final), Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 196.

⁷⁸ Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 154.

que por no estar sujetos a detención, no se penaliza el consumo⁷⁹; por otro lado, la ley considera que toda tenencia sin receta médica previa es un delito y grave.

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales⁸⁰.

El consumo no está penado pero la tenencia sí. Ocurre que no se puede consumir, si previamente no se tiene la droga. En términos temporales, soy delincuente antes de ingerir las sustancias y no soy delincuente después de consumirlas. En la realidad, sucede que las personas que son consumidoras pero que se las detuvo con droga tienen que demostrar procesalmente que esa droga la tenían para el consumo y no para la venta.

En estos casos tenemos serios problemas constitucionales. Se presume la culpabilidad y se debe demostrar la inocencia, lo cual invierte la carga de la prueba en contra del procesado. Además, si la persona no logra demostrar que es consumidora, aunque posea mínimas cantidades de droga, la pena es absolutamente desproporcionada. Tener, por ejemplo, un gramo de cocaína, aún si es para la venta, no se compadece con sanciones parecidas al asesinato.

Pero quizá donde mayores cuestionamientos podemos encontrar en el análisis del bien jurídico protegido y del principio de lesividad.

El objetivo de la ley de drogas es proteger a la comunidad de los peligros que dimanan de la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas⁸¹. El principio de lesividad, también conocido como principio de reserva o de trascendencia a terceros,

79 Ley de drogas, art. 30.- Prohibición de detención del usuario.- Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.

80 Ley de drogas, art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.

81 Ley de drogas, art. 1.

exige la existencia de un daño concreto. “El Estado no es un *pater familia* que deba estar preocupado por la excelencia moral de las acciones de sus ciudadanos; si éstas sólo tienen que ver con cada individuo, constituyen un asunto ligado a la moral”⁸². La Corte Constitucional Colombiana, en la célebre sentencia sobre el consumo de drogas, ha sostenido que en un régimen jurídico que tiene una Constitución que establece principios democráticos, “a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”⁸³. El problema no es tener o consumir drogas, que no provoca daño alguno a nadie, sino cometer delitos, drogado o no, teniendo drogas o no.

En el consumo de drogas y en el enjuiciamiento penal por tenencia, se encuentra afectado el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación y al libre desarrollo de la personalidad⁸⁴. En relación a la afectación que podría tener la comunidad por el consumo de drogas, el trato es discriminatorio porque el Estado interviene de forma distinta cuando se trata de sustancias que producen igual daño como el alcohol; en cuanto al desarrollo de la personalidad:

...el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer⁸⁵.

Por todas estas razones, cuando de los hechos del caso (aún si no hay prueba procesalmente incorporada) se desprenda que una persona tiene droga para el consumo, no sólo que el juzgador penal puede abstenerse de privar provisionalmente de la libertad a alguien, sino que podría también

82 Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 155.

83 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 10.

84 Constitución Política del Ecuador, art. 23 (5) y art. 23 (3).

85 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 15.

abstenerse de iniciar un juicio penal. De igual modo, en casos de tenencia de drogas el juez podría argumentar en contra de la aplicación de penas desproporcionadas en relación al bien jurídico protegido. Otra vez, los valores que priman son los de la Constitución y pueden ser diversos a los establecidos en la ley penal.

5.6. Código penal militar y Derecho internacional humanitario

El Código Penal Militar tiene innumerables infracciones que son cuestionables desde el bien jurídico protegido, por el principio de lesividad, y desde la proporcionalidad de las penas. De igual modo, la Ley de Seguridad Nacional puede ser cuestionada desde la Constitución y desde los estándares internacionales de derechos humanos que regulan los estados de excepción. Además, los estándares de bienes jurídicos protegidos han tenido particular desarrollo con la creación de la Corte Penal Internacional, que ha establecido los crímenes de guerra, y con el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Por citar algunos ejemplos: la traición a la patria, la seguridad interior, la seguridad de las fuerzas armadas, las infracciones contra la subordinación, las infracciones contra la fe militar, abusos contra la administración militar. El análisis de cada uno de los tipos penales ameritaría un mayor espacio. Lo cierto es que “el ordenamiento jurídico del Ecuador requiere una amplia adecuación para poner varios cuerpos legales a tono con los instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario... la falta de una clara y completa tipificación trae consigo que la pertinente penalización o asignación de penas sea igualmente inexistente o no exista”⁸⁶.

El juez penal podría encontrar francas contradicciones entre el DIH y el Código Penal, y podría ocurrir que el DIH se aplique en lugar de las normas penales, bajo la premisa que las normas internacionales tienen rango constitucional.

86 Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario, estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 188.

VI. Conclusiones

6.1. La agenda legislativa

Un parlamento, en un régimen democrático constitucional de derecho, tiene algunos imperativos: (1) descriminalizar tipos penales, (2) abstenerse de regular algunas conductas, (3) penalizar algunas otras conductas.

(1) El Código Penal y otras leyes que tienen sanciones penales, como la ley de drogas, deben leerse en clave constitucional y, desde esta lectura, deben dejar de existir múltiples tipos penales, ya porque no tienen bien jurídico tutelados, porque no existe lesividad, porque son desproporcionadas las penas, porque en lugar de promover un derecho lo están reprimiendo. Por ejemplo, la tenencia de drogas para el consumo, la sustracción de bienes bagatela, el jugar carnaval, la vagancia y la mendicidad. El sistema jurídico no debería tolerar el estado inconstitucional en la que las normas penales nos ponen. Si el legislador quiere legitimarse en su función, debe actualizar el catálogo de las penas, además si no quiere que el juez constitucional le llame la atención al declarar inconstitucionalidades de leyes inadecuadas.

(2) El estado, por el principio de inmunidad, no debe entrometerse de ninguna manera y peor en términos penales, cuando las personas realizan acciones que tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autonomía personal. No se puede, a pretexto de moral pública, seguridad, orden, salud pública, interferir en los proyectos de vida de las personas. Recordemos que el derecho sólo regula relaciones interpersonales.

(3) El legislador, finalmente, tiene que tipificar conductas humanas que sean consideradas muy graves y no pueda aplicarse el principio de subsidiariedad. Estos casos están contemplados con claridad en el Derecho Penal Internacional. No puede dejarse de tipificar, por ejemplo, la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, el apartheid, el esclavismo, las detenciones arbitrarias, los crímenes de guerra.

6.2. La agenda judicial

Los juzgadores penales, como cualquier autoridad pública, tienen la obligación de observar y aplicar la Constitución. Sin embargo, el poder de control constitucional tiene que ser usado con cautela. El juzgador penal no reemplaza a la Asamblea Nacional ni lo podrá hacer, pero en casos concretos, como se ha intentado demostrar en este ensayo, el resultado de la aplicación de los tipos penales puede acarrear resultados injustos por violar derechos y principios constitucionales.

La única forma de garantizar que la inaplicación de la ley penal no sea arbitraria es a través de la ponderación y de la argumentación jurídica. Si el juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica.

El constitucionalismo no ha sido considerado aún de forma seria y consistente en la academia ni tampoco en la función judicial. El juzgador, en general, y el penal, en particular, no son sólo garantes de la ley y están sujetos irracionalmente al principio de legalidad. Los jueces son garantes de los derechos de las personas que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esa garantía significa que pueden y deben controlar los abusos que, a veces, se producen por las mayorías que deciden en contra de principios⁸⁷.

Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos excesos son, a veces, exagerados en cuanto al uso del ius puniendi. A mayor poder del estado, como es el caso del derecho penal, mayor control judicial.

⁸⁷ El ejemplo claro de una mayoría del Congreso que ha aprobado reformas procesales en contra de la Constitución, es la famosa institución denominada "detención en firme" que limitaba y, a ratos, imposibilitaba el ejercicio al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caducidad de la privación de libertad provisional), que consta en el art. 24 (8) de la Constitución Política del Ecuador.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2008
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador

Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales en América Latina. La sociedad ecuatoriana, y también sus autoridades, han participado recientemente en un intenso debate sobre su futuro constitucional. De esa manera, nos han obligado a todos los constitucionalistas de la región a dirigir nuestra mirada a sus avances, así como a repensar nuestros propios destinos constitucionales. Esperamos que esta publicación venga a enriquecer de alguna manera esa experiencia tan intensamente vivida por los ecuatorianos. Ojalá que sea un motivo más para mantener vivo el diálogo latinoamericano sobre los temas centrales del constitucionalismo del siglo XXI.

Miguel Carbonell

Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM