

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERESES Y TRIUNFOS

I. NOTAS INICIALES

Las objeciones al principio de proporcionalidad se vinculan frecuentemente con una imagen de la relación de los derechos fundamentales con otros intereses y principios que se considera inadecuada. Especialmente en el marco de la ponderación, los derechos fundamentales se enfrentan en igualdad de rango con intereses tanto privados como públicos.²⁴ Esta simetría disminuiría la fuerza normativa de los derechos fundamentales, porque su protección se daría en cada caso particular hasta luego de ponderarlos con otros principios;²⁵ pero en el seno de esta ponderación, los derechos fundamentales no tendrían una fuerza contundente.²⁶ En este sentido, ya no existiría más una protección efectiva;²⁷ no se podría hablar más de una garantía incondicionada, por lo cual finalmente aun los mismos derechos fundamentales podrían ser desplazados.²⁸

²⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471.

²⁵ *Ibidem*, pp. 470 y 471.

²⁶ Beatty, *op. cit.*, nota 7, p. 171.

²⁷ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 489. Semejante crítica en Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2009, p. 101.

²⁸ Rusteberg, Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2009, p. 71.

Es necesario un vistazo a las premisas de esta objeción para examinar su validez. Dicha objeción sólo sería correcta si en el marco del examen de proporcionalidad se diera una definición amplia del fin legítimo, y se tratara a los derechos fundamentales con el mismo rango que otros intereses en el marco de la ponderación. Si *todo* fin legítimo pudiese justificar intervenciones en un derecho fundamental, el Estado tendría libertad para invocar con ese propósito cualquier interés imaginable. Particularmente, ha de considerarse entonces una orientación a una multitud de intereses públicos; esto llevaría en el contexto de la ponderación —en tanto fuera correcta esta objeción— a que una multitud de intereses opuestos compitan, teniendo igual rango, con el derecho fundamental afectado.²⁹ Los derechos fundamentales de ninguna manera prevalecerían sobre otros intereses;³⁰ cualquier interés podría en el marco de la ponderación imponerse a una posición iusfundamental constitucionalmente garantizada; la protección efectiva de los derechos fundamentales ya no sería posible, pues una parte de su eficacia se neutralizaría.

Para impedir esta consecuencia, se argumenta que los derechos fundamentales no deberían entenderse como intereses de igual jerarquía que otros privados y públicos, sino como posiciones jurídicas que gozan de primacía frente a los últimos,³¹ como *trumps*,³² *side*

²⁹ Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 142.

³⁰ Kumm, *op. cit.*, nota 14, p. 582; *idem*, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 139; *idem*, “The Idea of Socratic Contestation...”, *cit.*, nota 6, p. 150; Harbo, *op. cit.*, nota 11, p. 166. *Cfr.* también McHarg, Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Modern Law Review*, Londres, London School of Economics, vol. 62, núm. 5, septiembre de 1999, p. 673; Aleinikoff, *op. cit.*, nota 13, pp. 166 y 167.

³¹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 473 y 470. Semejantes distinciones en McHarg, *op. cit.*, nota 30, p. 673; Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 141; Harbo, *op. cit.*, nota 11, pp. 166 y 167.

³² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1979, p. 193 (trad. de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012).

*constraints*³³ o *fire walls*.³⁴ Esta exigencia descansa en la básica concepción liberal de que desde el principio debería asignarse un peso destacado a los derechos fundamentales para conferirles primacía frente a otros intereses.³⁵ Puesto que el catálogo de derechos fundamentales sería inmanentemente un fuerte baremo en el sentido de una posición de primacía frente a otras consideraciones,³⁶ estos derechos siempre tendrían preferencia frente a otras consideraciones que carecieran de esa calidad; por consiguiente, también sería superfluo ponderar entre tales derechos y otros intereses no iusfundamentales. En conclusión, según estas posiciones, el concepto de ponderación no sería acorde con la situación de primacía de los derechos fundamentales.³⁷

Ha de contradecirse este argumento.³⁸ Mostraremos que: 1) el principio de proporcionalidad puede combinarse con el establecimiento de una posición de primacía de los derechos fun-

³³ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, pp. 28-33.

³⁴ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de William Rehg, Cambridge, Estados Unidos, MIT Press, 1996, p. 254 (trad. de Manuel Jiménez Redondo, *cit.*, nota 1).

³⁵ Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, R.U., Cambridge University Press, 2006, p. 108; Dworkin, *op. cit.*, nota 32, p. 193; Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 42-44 (trad. de María Dolores González: *Teoría de la justicia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014). Véase también la panorámica de Waldron, Jeremy, "Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, Hastings, Estados Unidos, Universidad de California, Colegio de Derecho en Hastings, vol. 45, 1993-1994, pp. 816 y 817.

³⁶ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 475.

³⁷ *Ibidem*, p. 468: "in... balancing, there cannot be any concept of fundamental rights having priority over other considerations"; Afonso da Silva, Virgílio, "Der Vergleich des Inkommensurablen", trad. de Shino Ibold, en Klatt, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 245 y 246.

³⁸ Para lo anterior comprensivamente véase también Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, cap. 2.

damentales, y 2) precisamente esta combinación hace posible la protección efectiva de dichos derechos.

II. PRIMACÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el marco del examen de proporcionalidad puede justificarse una *doble* primacía de los derechos fundamentales.³⁹ Primeramente, como posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, tienen primacía *definitiva* frente a consideraciones que no son constitucionales. En segundo término, los derechos fundamentales tienen primacía *prima facie* frente a consideraciones de igual jerarquía, pero que no son iusfundamentales. Para construir esta doble situación de primacía se requiere considerar dos elementos en el examen de proporcionalidad.

El *primer elemento* concierne a la definición del fin legítimo. Con el propósito de justificar la primacía de los derechos fundamentales frente a posiciones jurídicas no garantizadas constitucionalmente, a dicha definición no le está permitido abarcar todo fin legítimo. Una definición más estrecha se daría si estuviera permitido que los derechos fundamentales, en tanto son posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente, sólo fueran desplazados por otras posiciones jurídicas garantizadas *constitucionalmente*.⁴⁰ Tal definición estrecha del fin legítimo justifica dentro del principio de proporcionalidad una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a consideraciones no constitucio-

³⁹ Véase *idem* para otras posibilidades para justificar una posición de primacía iusfundamental.

⁴⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 258 y 259; *idem*, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 248 y 249; Von Arnould, Andreas, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 111; Misera-Lang, Kathrin, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1999, p. 9; y Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 213.

nales. Para determinar el fin legítimo en el sentido del principio de proporcionalidad, podríamos formular entonces la siguiente primera ley de primacía:

Los derechos fundamentales tienen primacía definitiva frente a principios no constitucionales.

Perseguir fines que la Constitución no protege es por ende ilegítimo. En el curso amplio del examen de proporcionalidad, esto conduce a que los derechos fundamentales contengan dentro de la ponderación sólo con posiciones jurídicas también garantizadas constitucionalmente. De este modo, se conjura el peligro de que los derechos fundamentales puedan ser desplazados por cualesquiera intereses no constitucionalmente garantizados. Mediante una definición estrecha del fin legítimo, éstos ya no hallan el camino a la ponderación.

Sin embargo, esto aún no significa que corresponda a los derechos fundamentales una situación de primacía incluso frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas. Según lo explicado hasta ahora, los derechos fundamentales contendrían igual que antes y en igualdad de rango con, por ejemplo, una multitud de intereses públicos constitucionalmente protegidos. Aquí viene a cuento el *segundo elemento*: a los derechos fundamentales puede brindarse primacía en el marco de la ponderación también frente a otras posiciones jurídicas no iusfundamentales, pero constitucionalmente protegidas, asignándoles mayor peso abstracto.

Tal diferenciación es posible de la siguiente manera: con la ponderación se examina si la importancia de la persecución del fin legítimo justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción del derecho fundamental, tanto más importante tendrá que ser la satisfacción de los principios que justificarían la intervención.⁴¹ En esta ponderación pueden los pesos abstractos de los principios

⁴¹ Esta es la primera ley de la ponderación. Alexy, *Theorie...*, cit., nota 40, p. 146; *idem*, *Teoría...*, cit., nota 40, p. 138.

en colisión tener un papel importante. El peso abstracto es el que corresponde a un principio con relación a otros, independientemente del caso concreto. Dentro del catálogo iusfundamental es absolutamente posible representarnos que derechos diferentes tienen pesos abstractos diferentes;⁴² por ejemplo: podría asignarse a la dignidad humana o al derecho a la vida un peso abstracto mayor que a la propiedad o al derecho general de libertad.⁴³ Estas conexiones son conocidas; pero lo nuevo radica en que de esta precisa manera podría atribuirse a los derechos fundamentales, incluso generalmente, un peso abstracto mayor que a otras posiciones jurídicas que puedan fundarse constitucionalmente; así se alcanzaría una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas. Este efecto puede reforzarse inmensamente, ya que los pesos abstractos de los derechos fundamentales pueden aumentarse de forma considerable.

Al asignarse mayor peso abstracto a los derechos fundamentales en el marco de la ponderación, la idea de una situación de primacía de los mismos incluso frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente fundadas puede entonces vincularse

⁴² Crítico respecto de la posibilidad de los pesos abstractos de los derechos fundamentales: Rusteberg, *op. cit.*, nota 28, pp. 52 y ss.

⁴³ Sobre el escaso peso abstracto del derecho de libertad general derivado del artículo 2.1 de la Ley Fundamental *cf.*: Meister, Moritz, *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011, pp. 243 y ss. Acerca del peso abstracto de la dignidad humana, Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 2. (El referido precepto consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En el caso *Elfes* [BVerfGE 6, 32 (36)], el Tribunal Constitucional Federal estableció que se trata de “un derecho fundamental autónomo que garantiza la libertad general de acción humana”; en términos llanos: el derecho a “hacer y omitir lo que se quiera” [Alexy, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 301]. Aunque de ninguna manera es absoluto, este derecho genérico ofrece de manera subsidiaria una “protección comprehensiva *prima facie* contra cualquier intervención estatal sobre el individuo” [Cremer, Wolfram, “The Basic Right to ‘Free Development of the Personality’ – Mere Protection of Personality Development versus General Right of Freedom of Action”, en Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, p. 71] [N. del T.])

constructivamente con el concepto de ponderación. Si debiera efectuarse, y en qué medida, semejante diferenciación de los pesos abstractos dentro de la clase de intereses constitucionalmente protegidos es primeramente una cuestión de política constitucional que acá no ha de decidirse. Aquí se llega solamente a que también dentro del principio de proporcionalidad existe la posibilidad constructiva para ello.

Sin embargo, en esto debe considerarse que la asignación de un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales no determina el resultado de la ponderación. Es verdad que mediante la atribución de mayor peso abstracto los derechos fundamentales obtienen una especie de ventaja en la ponderación frente a principios constitucionales que no son de esta índole; pero su esbozada primacía existe sólo *prima facie*, no definitivamente. En caso de colisión, un derecho fundamental con mayor peso abstracto *no en todo caso* se impone a principios constitucionales que poseen uno menor.⁴⁴ Así, el peso abstracto de los principios es sólo uno entre varios puntos de vista que han de considerarse en la ponderación. Por consiguiente, podemos formular la segunda ley de primacía:

Cuanto mayor sea el peso abstracto de un derecho fundamental, tanto más se impone en la ponderación con los principios constitucionales con que colisiona.

Puede afirmarse que con el principio de proporcionalidad es posible combinar una *doble* situación de primacía de los derechos fundamentales. Por lo que respecta a una de ellas, se asegura una primacía definitiva a los derechos fundamentales frente a consideraciones que no son constitucionales, al verse exclusivamente las posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas como fines legítimos. En lo tocante a la otra, asignándoles un peso abstracto mayor en el marco de la ponderación, puede justificarse una situa-

⁴⁴ Pero así Rawls, *op. cit.*, nota 35, p. 43. Cfr. *idem*, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 296 (trad. de Sergio René Madero Báez: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013).

ción de primacía *prima facie* para los derechos fundamentales frente a otras posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente.

III. PROTECCIÓN EFECTIVA

El propósito de justificar una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otras consideraciones es garantizarles una protección efectiva. En el modelo que se acaba de desarrollar, que con el principio de proporcionalidad combina una doble primacía de los derechos fundamentales frente a otras consideraciones, tales derechos como posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas tienen una primacía definitiva ante consideraciones que no son constitucionales. Por lo demás, se les concede una primacía *prima facie* ante consideraciones fundadas constitucionalmente.

Según esto, los derechos fundamentales en efecto carecen de primacía definitiva frente a otros principios constitucionales. En este sentido, la efectividad de su tutela se reduce frente a la de un modelo que afirma la primacía abstracta definitiva de los derechos fundamentales. No obstante, hay en el descrito modelo de combinación una tutela iusfundamental efectiva, lo que resulta de tres distintas murallas.

En primer lugar, con base en la estrecha definición del fin legítimo en la ponderación, sólo aquellos principios que gozan de estatus constitucional pueden competir con los derechos fundamentales. Con lo anterior se conjura especialmente el peligro de que para restringirlos, el Estado pueda invocar discrecionalmente una multitud de intereses públicos no justificables constitucionalmente. De la primera ley de primacía resulta que los derechos fundamentales disfrutan de prevalencia sobre todo principio que no sea constitucional; por ende, los derechos fundamentales contienden en el marco de la ponderación sólo con posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas.⁴⁵

⁴⁵ Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 213, n. 71.

En segundo lugar, asignándoles un mayor peso abstracto, se justifica en el marco de la ponderación una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otros principios constitucionales. En particular, pueden hacerse dentro de la clase de los derechos fundamentales mayores diferenciaciones con las que se asigne un gran peso abstracto a derechos fundamentales especialmente importantes; de tal modo, éstos se imponen frente a mandatos de optimización especialmente ligeros con los que contienen; en este sentido, los derechos fundamentales pueden gozar de una ventaja en la ponderación. En caso de ser más pesados, los principios que colisionan con los derechos fundamentales se imponen a éstos. Rige la segunda ley de primacía: cuanto mayor sea el peso abstracto de un derecho fundamental, tanto más se impone en la ponderación con principios constitucionales con que colisiona.

El tercer baluarte consiste en que las posiciones jurídicas iusfundamentalmente protegidas no pueden hacerse a un lado por completo en el modelo de combinación, incluso en la ponderación;⁴⁶ en cada caso tiene que mantenerse un ámbito medular del derecho, su contenido esencial. A este respecto, tampoco es correcto el argumento de que la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales es incompatible con el concepto de la ponderación.⁴⁷ El contenido esencial de un derecho fundamental es lo que resta de él luego de efectuar la ponderación;⁴⁸ las restricciones proporcionales de los derechos fundamentales no vulneran su contenido esencial, aun si en el caso concreto nada de ellos quedara.⁴⁹

A pesar de todo, siempre puede garantizarse un mínimo absoluto de protección en el marco de la ponderación, pues con la creciente intensidad de la intervención los derechos fundamen-

⁴⁶ Según Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 489: “everything... is... up for grabs”.

⁴⁷ En este sentido *ibidem*, p. 492.

⁴⁸ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 269; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 259. Aquí se trata de una teoría relativa del contenido esencial.

⁴⁹ *Idem*.

tales se fortalecen sobreproporcionalmente (*überproportional*);⁵⁰ por lo tanto, es difícil, si no imposible, justificar intervenciones muy intensas, en virtud de que aumenta continuamente el peso de las razones que se requieren para hacerlo. Cuanto más intenso sea el grado de insatisfacción de un principio, tanto más difícil será justificarlo mediante el grado de importancia —por muy alto que sea— de la satisfacción del principio opuesto; cuanto más intensamente se reduzca la satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor tendrá que ser la ventaja asociada con ello para el principio que lo justifica, y viceversa. Esta conexión puede explicarse mediante la función de la utilidad cóncava según la ley de la utilidad marginal decreciente,⁵¹ y últimamente también con la función de Nash.⁵² Bajo determinadas condiciones, es

⁵⁰ Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 140 (trad. de Rubén Sánchez Gil: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 13 [N. del T.]). *Cfr.* Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3. (El término “sobreproporcional [*überproportional*]” expresa en alemán un concepto más específico que la “desproporción (*unverhältnismäßigkeit*)” genérica: que el número de algo es muy alto respecto de un conjunto total en el que se integra; se trata de una desproporción “hacia arriba” del objeto al que se aplica este adjetivo [N. del T.].)

⁵¹ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, pp. 146-149; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, pp. 139-141; Rawls, *op. cit.*, nota 35, pp. 37-40; Barry, Brian M., *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 3-8. (Según la ley de la utilidad marginal decreciente, la satisfacción que produce una nueva unidad de un bien es cada vez menor, su utilidad disminuye como mayor sea su disponibilidad o consumo [*cf.* Wonnacott, Paul y Wonnacott, Ronald, *Economía*, 4a. ed., trad. del equipo de profesores del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad Politécnica de Cataluña, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 456-458]. Llevar esta ley económica al terreno de los derechos fundamentales significa que cada grado que pudiera añadirse a la satisfacción de un principio valdrá menos que el anterior, por lo que sería menos importante obtenerlo, con todas las implicaciones que ello tenga [N. del T.].)

⁵² Veel, Paul-Erik N., “Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, p. 218. (El “equilibrio de Nash” es un concepto de la teoría de los juegos, formulado por el matemático norteamericano John

por consiguiente en gran medida seguro que ningún principio que se le oponga recibirá primacía definitiva frente a un derecho fundamental; estas condiciones dan forma al contenido esencial del derecho fundamental.⁵³ La idea de un contenido esencial de los derechos fundamentales es por ende compatible con el concepto de la ponderación.

IV. CONCLUSIÓN

Es preferible un modelo que combina una doble primacía para los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad, y que erige tres baluartes contra su restricción intensa. De esta manera se garantiza la protección de los derechos fundamentales en el marco del examen de proporcionalidad, sin que se les tenga que otorgar una situación de primacía abstracta y *definitiva* frente a otras consideraciones. Esto hace posible una aplicación iusfundamental flexible, optimizada en concreto para las condiciones fácticas y jurídicas del caso particular. En especial, los derechos fundamentales y los intereses públicos pueden ponerse en justo equilibrio sin descuidar la importancia de los primeros.

Nash en 1951, que puede tener múltiples aplicaciones económicas y políticas. Consiste en un punto en que la posición de un jugador es óptima en función de la asumida por su contrario, y viceversa, sin que alguno tenga incentivo para alejarse de la posición que adoptó. Según el caso, puede haber varios puntos de equilibrio de Nash o ninguno; pero, desde luego, todo ello enlazado por los conceptos económicos básicos de “optimización” y “equilibrio”. Cfr. Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, 5a. ed., trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Madrid, Pearson Prentice Hall, 2006, pp. 480-486; Nicholson, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y aplicaciones*, trad. de Esther Rabasco Espariz y Luis Toharia Cortés, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 438-442, Varian, Hal R., *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, 4a. ed., trad. de Ma. Esther Rabasco y Luis Toharia, Antoni Bosch, 1998, pp. 2, 3 y 497-502 [N. del T.]

⁵³ Alexy, *Theorie...*, cit., nota 40, pp. 271 y 272; *idem*, *Teoría...*, cit., nota 40, pp. 261 y 262.