

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ANTINÓMICOS	125
I. La solución de antinomias en las reglas jurídicas	125
II. La solución de antinomias entre principios jurídicos	129
III. Los distintos criterios y métodos de solución de antino- mias entre principios jurídicos	132
IV. Criterios provenientes de las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales .	136
V. El principio de proporcionalidad	142
VI. Análisis sobre el principio de proporcionalidad. Su justifi- cación	147
VII. Recapitulación	152

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ANTINÓMICOS

I. LA SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS EN LAS REGLAS JURÍDICAS

Uno de los problemas argumentativos con los principios consiste en desentrañar el problema de la colisión entre ellos. ¿Cómo se deben argumentar las antinomias entre principios?, ¿es posible aplicar los criterios de solución de antinomias tradicionales a los principios? La respuesta que se desarrollará a estos cuestionamientos expone que la colisión de principios recurre a vías argumentativas diferentes a las tradicionales: la razonabilidad, la teoría del contenido esencial o la aplicación del principio de proporcionalidad.

El capítulo cuarto es una derivación del anterior, en donde se expuso la problemática en torno a los principios. Aquí se expondrán las teorías que se han elaborado desde el trabajo jurisdiccional de los tribunales constitucionales para la solución de conflictos entre principios. Este tema técnico pone en claro que el derecho es sobre todo argumentación y que es imposible resolver problemas de principios, son las herramientas tradicionales de la interpretación.

También me parece evidente que, a pesar de la importancia creciente de los principios en la interpretación constitucional, otros factores también juegan, como el carácter hermenéutico del derecho, la importancia del caso y del contexto, así como las diferentes concepciones de los derechos humanos y el carácter discursivo y procedimentalista de la argumentación.

En la teoría del derecho se ha señalado que las antinomias de reglas se resuelven acudiendo a los famosos criterios de jerarquía, especialidad y cronológico. Bobbio, en particular, recoge las enseñanzas del derecho romano y explica cómo desde el *Digesto* se argumentaba en contra de la

posibilidad jurídica de incompatibilidades de normas dentro del sistema. ¿Qué es una antinomia? Es una colisión entre normas, cuando éstas se relacionan bajo el siguiente esquema:

- 1) Norma obligatoria vs. norma prohibitiva.
- 2) Norma obligatoria vs. permiso negativo.
- 3) Norma prohibitiva vs. permiso positivo.
- 4) Norma obligatoria vs. permiso positivo.
- 5) Norma prohibitiva vs. permiso negativo.
- 6) Norma que establece un permiso positivo vs. norma que establece un permiso negativo.²²⁹

La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, subcontrarias o subalternas. La antinomia, para que se dé, exige también dos condiciones:²³⁰ *a*) las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento, y *b*) las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).

Por tanto, la antinomia jurídica es una situación en la que dos normas son incompatibles a condición de que ambas pertenezcan al mismo ordenamiento y estén dentro de similar ámbito de validez.

La incompatibilidad puede clasificarse atendiendo a su grado o nivel de contradicción, así, existen antinomias:

- Total-total.
- Parcial-parcial.
- Total-parcial.²³¹

La antinomia total-total ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Por ejemplo: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

²²⁹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 22, pp. 189-219.

²³⁰ Gavazzi, G., *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959, p. 53. Gavazzi señala que los presupuestos de las antinomias son: que sean normas jurídicas, que se encuentren vigentes, que pertenezcan al mismo sistema y que formen parte del mismo ordenamiento jurídico.

²³¹ *Ibidem*, pp. 69-73.

La antinomia es parcial-parcial cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

La antinomia total-parcial se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (*Lex posterior derogat priori*). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*Lex superior derogat inferiori*). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (*Lex specialis derogat generali*).

¿Qué ocurre cuando los criterios anteriores son insuficientes?, ¿cuando ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales? El cuarto criterio nos dirá que apliquemos la norma más favorable y no la odiosa. En otras palabras, la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva es favorabilis*, y una *Lex imperativa es odiosa*).

Se han sumado a los criterios anteriores el de competencia y el de prevalencia. El de competencia implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía, y cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular materias concretas. Sin estas tres condiciones no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional. Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias sino una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma interpuesta que es la Constitución.²³² En nuestro derecho, por ejemplo, un caso de esta antino-

²³² Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002, pp. 86-89.

mia se daría en el conflicto de competencias coincidentes en el ámbito del derecho federal, en donde la solución a un posible conflicto antinómico podría remitirse a los tres anteriores criterios tradicionales.

El criterio de prevalencia en algunos ordenamientos existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia. En el caso del derecho alemán, en materia de atribuciones concurrentes siempre prevalece el derecho federal sobre el local.²³³ La característica principal del criterio de prevalencia es que ambas normas en conflicto son válidas, y por tanto competentes, ya que sólo opera cuando se dan competencias compartidas, excluyéndose de su ámbito de aplicación los supuestos de competencias exclusivas. Por este motivo, el principio de prevalencia no tiene reconocido un carácter general, sino limitado o condicionado por el de competencia, ya que sólo puede aplicarse una vez que se ha constatado que no existe vicio de competencia de una de las dos normas. En tal caso, si se produce un conflicto entre una norma federal y una norma local, en donde existen atribuciones concurrentes, prevalecerá la norma federal.²³⁴

En ocasiones, el conflicto entre reglas no puede ser resuelto acudiendo a los criterios mencionados. En la teoría tradicional del derecho se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de la interpretación resuelve, y que para ello tiene tres posibilidades:

- 1) Eliminar una de las dos normas.
- 2) Eliminar las dos.
- 3) Conservar las dos.

La tercera vía es la que los intérpretes constitucionales siguen con más frecuencia porque no tiene un poder abrogativo frente al legislador. Se trata de un tipo de argumentación sistemática que relaciona el sentido de

²³³ Gascón, Mariana, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

²³⁴ En México se discute mucho por la doctrina si existen o no atribuciones concurrentes. Muchos autores, como De la Cueva o Carpizo, lo niegan. De seguir este punto de vista, no podría existir en nuestro derecho la aplicación del criterio de prevalencia. Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 203-206.

una norma con el resto de normas de un ordenamiento jurídico, y que además tiene una doble dimensión: tanto negativa, que sirve para rechazar posibles significados de una norma incompatible con otras normas del sistema; como positiva, que responde a la necesidad de atribuir el significado conforme o más adecuado de la Constitución con el resto de normas del ordenamiento jurídico, cuando entran en conflicto o colisión valores, principios y derechos fundamentales.

También se puede presentar el conflicto entre criterios. El criterio más fuerte es el jerárquico. En caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico, o entre el jerárquico y el de especialidad, prevalece el primero por el principio de jerarquía normativa. El segundo criterio en fortaleza es el de especialidad. El criterio más débil es el cronológico.²³⁵

II. LA SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS ENTRE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Los conflictos entre normas no se dan sólo a nivel de reglas. Si subimos un escalón más, podemos decir que en todas las partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios de todo derecho, es decir, entre los

²³⁵ Mario Ruiz Sanz elabora el siguiente cuadro de conflicto entre criterios, incorporando los criterios de competencia y de prevalencia. Las situaciones que podrían presentarse según este autor son las siguientes: 1) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de competencia. Tendría lugar entre una norma superior e incompetente y otra norma inferior pero competente. Si se aplica el criterio jerárquico vale la primera norma; en cambio si se usa el de competencia, sirve la segunda. 2) Conflicto entre el criterio cronológico y el de competencia. Procedería entre una norma posterior e incompetente, frente a otra norma anterior y competente. Por cronología prevalece la primera; por competencia, la segunda. 3) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de competencia. Acontecería entre una norma especial pero incompetente frente a otra norma general con respecto a la primera y competente. Por especialidad se aplicaría la primera; por competencia, la segunda. 4) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de prevalencia. Sucedería entre una norma superior y no prevalente, frente a otra norma inferior y prevalente. Con jerarquía se aplicaría la primera norma; con prevalencia, la segunda. 5) Conflicto entre el criterio cronológico y el de prevalencia. Estaría presente entre una norma posterior y no prevalente frente otra norma anterior y prevalente. Con cronología aplicaríamos la primera; con prevalencia, la segunda. 6) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de prevalencia. Se daría entre una norma especial y no prevalente y otra norma general con respecto a la primera pero prevalente. Aplicando especialidad se daría la primera; con el criterio de prevalencia se priorizaría la segunda. 7) Conflicto entre los criterios de competencia y prevalencia. En caso de una norma competente y no prevalente, frente a otra norma incompetente pero prevalente. Desde competencia se tendría en cuenta la primera; desde prevalencia, la segunda. Consúltese Ruiz Sanz, Mario, *op. cit.*, nota 232, pp. 91 y 92.

principios de justicia, de funcionalidad y de seguridad jurídica; ninguno de los principios puede ser realizado de manera total, alguno de ellos tiene que ser sacrificado, total o parcialmente, dependiendo de los casos.²³⁶

El problema de antinomias entre principios no puede atenderse como el problema de antinomias entre reglas. Los conflictos o antinomias entre principios, según algunos, se caracterizan:

1) Porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas (reglas), 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...²³⁷

Cómo se solucionan los conflictos entre principios es una cuestión difícil. Algunos proponen tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios: *a)* un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera interés”; *b)* frente a un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro, y *c)* ante un conflicto normativo donde entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, la solución implica determinar la articulación de

²³⁶ Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 204 y 205.

²³⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., nota 51, pp.183 y 184.

políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas, por tanto, la ponderación es la base de la solución a estas antinomias.²³⁸ Tal como puede apreciarse, la ponderación juega un papel fundamental en la solución de antinomias entre principios.

Los principios que no son excluyentes en el plano abstracto, no siguen entonces la lógica de las reglas. En los principios, la solución antinómica se da caso por caso a partir de una relación de preferencia condicionada. El modo de resolver antinomias de principios se llama, en términos gruesos, ponderación, aunque como vamos a ver a continuación, la ponderación es un elemento del principio de proporcionalidad. Otros métodos de solución son: el uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad y la concordancia práctica, que entre otros se expondrán. La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios; el perfil o delimitación entre los principios se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.

La ponderación o proporcionalidad estricta se caracteriza como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso. La regla podría generalizarse, y cuando ello ocurre hace innecesaria la ponderación en casos futuros.

Un asunto que no debe perderse de vista en la ponderación o proporcionalidad estricta reside en el objeto de la ponderación: una jerarquía móvil de principios²³⁹ que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Éste, desde luego, tiene un ámbito de discrecionalidad amplio, asunto que ha sido muy criticado desde ciertas posiciones que consideran que los juzgadores se transforman en colegisladores y hasta en coautores de la Constitución.

²³⁸ Ruiz Sanz, Mario, *op. cit.*, nota 232, pp. 119 y 120.

²³⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 122-126.

III. LOS DISTINTOS CRITERIOS Y MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS ENTRE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Existen teorías materiales de los derechos fundamentales y teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales que intentan prevalecer como criterio para la solución de antinomias entre principios jurídicos.²⁴⁰ Las teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y la del Estado social, se ofrecen para algunos como el marco más adecuado para la interpretación de los derechos fundamentales.

La teoría liberal establece que los derechos fundamentales son derechos de libertad frente al Estado. Estas teorías reconocen al individuo una esfera de libertad negativa previa al Estado. Tal como Locke reconoció, el hombre es dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones.²⁴¹ La libertad negativa presupone que el individuo puede optar por una conducta entre toda una gama de posibilidades de acción, de escoger entre fines y estrategias alternativas, y define conceptualmente un espacio en el cual el hombre puede elegir entre diversas alternativas de conductas, ajeno a toda clase de interferencias provenientes del Estado o de otros individuos. La libertad es el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros.²⁴²

En toda la tradición liberal de los derechos fundamentales (Locke, Spinoza, Kant, John Stuart Mill o I. Berlin) es claro que la libertad se concibe como no interferencia. Estas ideas llevadas al plano jurídico han significado que autores como Schmitt señalen que los derechos fundamentales no son sino esferas de la libertad de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa.²⁴³ Los derechos a prestaciones positivas en la obra de Schmitt no son auténticos derechos, son derechos relativos, pues están condicionados por la organización estatal y por el lugar

²⁴⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 36; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 251 y ss.

²⁴¹ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Alba, 1987, pp. 138-144.

²⁴² Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 191 y ss.

²⁴³ Schmitt, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 169.

que esta organización asigna al individuo. Los derechos de libertad, en cambio, no están a disposición del legislador. En consecuencia, los derechos de libertad constituyen un catálogo reducido, y están fuera del ámbito del legislador. Desde luego que en caso de conflicto entre los derechos absolutos de libertad negativa y el resto de los derechos o principios jurídicos éstos prevalecerán indefectiblemente. Sin embargo, Schmitt llegó a sostener que en algunos casos excepcionales estos derechos pueden ser limitados con medidas mesurables y controlables. Estos últimos elementos pueden implicar tibiamente presupuestos para el principio de proporcionalidad, y para la armonización entre derechos en caso de conflicto entre ellos, pero con prevalencia de los derechos de defensa.

En otras teorías liberales de los derechos, como la de Rawls, se coincide con la idea de que las libertades básicas conforman una lista breve y cerrada, en la cual están incluidas únicamente las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implicadas por el principio de legalidad.²⁴⁴ Para Rawls es obvia la prioridad de las libertades sobre todos los demás bienes importantes para la sociedad, incluidos los fines que atañen a una mejor redistribución social de la riqueza. Para Rawls las libertades básicas, y los derechos fundamentales en que se concretan posteriormente, no son susceptibles de restricción. Rawls, por tanto, rechazaría la aplicación de un principio de proporcionalidad o concepto de ponderación. El liberalismo político pretende hacer innecesaria la ponderación mediante la reducción de la lista de derechos fundamentales a los imprescindibles para el desarrollo de las facultades morales de la persona. La teoría de Rawls entra en crisis cuando se aplica una Constitución que reconoce no sólo los derechos de libertad, sino también derechos sociales y derechos fundamentales democráticos.

La teoría democrática de los derechos fundamentales propugna la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defiende un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. La libertad se entiende como libertad ejercida dentro de la comunidad y no por un individuo aislado.²⁴⁵

²⁴⁴ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 289-371.

²⁴⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, p. 308.

Las normas válidas sólo serán aquellas en donde los individuos hayan participado en calidad de miembros de discursos racionales. En términos habermasianos, el principio democrático no es nada distinto al principio del discurso institucionalizado mediante la forma jurídica.²⁴⁶

La dimensión democrática de los derechos afecta sobre todo a las libertades de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación, que son aquellas que revisten un mayor significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado. Se trata de fundamentos o presupuestos funcionales de la democracia.

La teoría democrática vista desde el principio de proporcionalidad nos señalaría que se concede a determinadas posiciones jurídicas, relacionadas con el principio democrático, una primacía o un mayor peso en la ponderación cuando entran en conflicto con posiciones que se derivan de las libertades o de derechos que tutelan otros bienes. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional español han puesto de relieve la primacía de ciertos derechos sobre otros en función de su dimensión democrática. La sentencia 104/86 concedió la primacía a las libertades de expresión y de información frente al derecho al honor en función del principio democrático.²⁴⁷

En síntesis, se puede señalar que los derechos democráticos son restringibles. Pueden ser restringidos en razón de las libertades, de los derechos de prestación y de otros derechos de prestación y democráticos por parte de otros titulares y en razón de otros bienes constitucionales. Existe, por tanto, un imperativo de armonización de estos derechos con otros en caso de colisión.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social se basa en el concepto de necesidad.²⁴⁸ El filósofo Ernst Tugendhat²⁴⁹ establece que los derechos fundamentales señalan reglas de cooperación social que

²⁴⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., nota 29, pp. 147 y ss.

²⁴⁷ González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

²⁴⁸ Heller, Agnes, *La teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1986; Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989; Lucas, Javier de y Añón, María José, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, núm. 7, 1990.

²⁴⁹ Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 334; *id.*, *Problemas*, Barcelona, Gedisa, 2001.

trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre éstos y el Estado. Hay sectores sociales de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas

Las reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado —a quien su *status* inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda—, y sobre sus familiares y allegados, que tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado.

Autores como Alexy²⁵⁰ han sostenido que el argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad, pues la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.

Ya sea que los derechos sociales tengan su origen en la necesidad o en la libertad, es un hecho que éstos requieren, a diferencia de otros derechos, de leyes de ayuda, subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento. Como otros derechos, los derechos sociales tienen una validez *prima facie*, y por tanto, en caso de colisión con otros derechos, será necesaria su armonización o ponderación en cada caso concreto.

Para no debilitar el núcleo de los derechos sociales se ha sostenido un principio de no regresividad. Esto es, la prohibición del retroceso social, que entraña que al legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos prestacionales. En virtud de esta prohibición, el legislador está incapacitado para disminuir las medidas que ha aprobado para desarrollar los derechos prestacionales; aunque sectores doctrinales matizan este principio señalando que el derecho al

²⁵⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 136, p. 486.

no retroceso social está ceñido sólo a aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer al “contenido esencial” de los derechos prestacionales.²⁵¹

La doctrina y la jurisprudencia también han acuñado la afirmación según la cual los derechos prestacionales, en todo su ámbito normativo—que incluye igualmente lo que puede designarse como contenido esencial—, están sometidos a la “reserva de lo posible”, expresión que no debe entenderse como sólo lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también lo posible jurídicamente, es decir, en relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

Por las razones anteriores, Bernal ha señalado que los derechos y deberes de protección son posiciones jurídicas *prima facie*, que se convierten en posiciones definitivas sólo después de haber sido ponderadas a la luz del principio de proporcionalidad.²⁵²

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales, para intentar establecer un contenido esencial de los derechos. Sin embargo, llevadas a sus extremos, por ejemplo el de priorizar en términos absolutos unos derechos sobre otros, haría inviable el establecimiento de condiciones democráticas aceptables en la sociedad. Una sociedad regida por los derechos de libertad sin los de igualdad sería aberrante desde el mismo plano de los derechos o viceversa. También, una sociedad que entendiera los derechos sólo desde la participación olvidaría que existen bienes jurídicos que son válidos para todos independientemente de la participación de los ciudadanos.

IV. CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS ESTRUCTURALES DE LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estos criterios pretenden ser formales, sin embargo debe reconocerse que aun ellos tienen un sustrato axiológico como los materiales. Son tres los criterios estructurales: las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales; las teorías internas o del contenido reducido de los

²⁵¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, p. 385.

²⁵² *Ibidem*, p. 396.

derechos fundamentales, y el principio de proporcionalidad, en donde uno de sus elementos es la ponderación.

La tesis del contenido esencial asimila los derechos a entidades que se asemejan a células, para señalar sobre todo que el legislador, pero también el intérprete de la Constitución, no puede afectar su núcleo. Esto, de entrada, ha sido criticado, pues los derechos fundamentales carecen de sustancia o esencia; como conceptos que son, están y estarán determinados en cuanto a su extensión por la forma en que sean concebidos por los operadores jurídicos.

Entre las teorías del contenido esencial existen diferencias y matices. Hay teorías que mezclan el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, y teorías que restringen la dimensión absoluta del contenido esencial a un espacio temporal.²⁵³

Las teorías absolutistas proclaman que los derechos fundamentales poseen un núcleo inalterable que no puede ser afectado por el legislador, y que existe una zona accidental no esencial que puede ser manipulada por éste. Luciano Parejo lo ha explicado así: “existe un límite definitorio de la sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado... es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho dejó de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”.²⁵⁴

El problema de la tesis absolutista del contenido esencial es que orilla al intuicionismo para definir el contenido esencial de los derechos. Por eso se ha dicho por los defensores de esta tesis, que el contenido esencial se define gracias a las convicciones generalizadas de los juristas. Es decir, el contenido esencial se remite a lo que disponga la doctrina, criterio externo y difuso, que no es aceptable en términos ni jurídicos ni democráticos, pues cuando se esfuman las convicciones generales de los juristas en los casos difíciles, sólo queda el intuicionismo de los órganos de control constitucional para definir el contenido esencial.

Otro criterio para precisar un contenido esencial absolutista consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o

²⁵³ Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 183.

médula de los derechos. El problema es que no existe un criterio intersubjetivo claro para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o a la periferia. La indeterminación de los derechos fundamentales y su vinculación con el resto de los derechos y principios constitucionales, hace muy difícil determinar de manera abstracta, absoluta y permanente un núcleo para cada derecho, que, por otra parte, está siempre afectado por el contexto económico y social donde el derecho en cuestión opere.

Las teorías mixtas se hacen cargo del exceso de la tesis absolutista del contenido esencial y lo compaginan con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio y cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia, sin embargo se incorpora un matiz: las intervenciones del derecho no están desvinculadas jurídicamente, esto es, dichas intervenciones son admisibles si se respeta el principio de proporcionalidad.²⁵⁵

La justificación que brinda la proporcionalidad sólo es válida en la zona periférica del derecho. Toda medida que afecta su contenido esencial es inconstitucional. Medina Guerrero lo explica bien cuando señala que en el derecho constitucional español operan dos límites de los límites: el contenido esencial, que tiene expresa consagración en el artículo 53.1 de la Constitución española, y el principio de proporcionalidad, que implícitamente está consagrado en la Constitución. Los dos límites operan en planos independientes. El contenido esencial es una parte definible y cierta del contenido de cada derecho. El principio de proporcionalidad es un instrumento de ponderación de derechos fundamentales.²⁵⁶ El contenido esencial está referido a cada momento histórico.

La crítica a las teorías mixtas se puede hacer expresando que es imposible determinar contenidos esenciales de los derechos, pues no existe un criterio racional para ello. La introducción del principio de proporcionalidad

²⁵⁵ Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1997, pp. 145 y ss.; Prieto Sanchis, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 140 y ss.

²⁵⁶ Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *cit.*, nota anterior, p. 119.

lidad en la periferia del derecho es un paso hacia adelante, sin embargo, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida es incompatible con la ponderación entre derechos y bienes. La ponderación y proporcionalidad son métodos lógicamente incompatibles con la idea de un contenido esencial duro y absoluto.

La validez de la restricción legislativa se establece mediante la evaluación de su proporcionalidad. El contenido esencial no puede ser definido previamente. De esta manera encontramos dos tipos antitéticos de juicios de constitucionalidad. En la teoría absoluta y mixta del contenido esencial el juicio es unidireccional, esto es, el tribunal constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción legislativa lo afecta o no lo afecta; por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional en términos del principio de proporcionalidad y, por tanto, la labor del tribunal de constitucionalidad consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implica para el derecho, o bien que la justifica, compensan las desventajas para el derecho restringido, en un examen entre las ventajas y desventajas.

La teoría temporal-absoluta del contenido esencial ha sido defendida por Javier Jiménez Campo.²⁵⁷ Se basa en tres características: absoluta, culturalista y judicialista. Absoluta porque el contenido esencial del derecho es en todo caso irrestrictible por parte del legislador (preexiste a él); si la legislación afecta al contenido esencial desfigura el derecho fundamental. Es culturalista porque niega que los derechos fundamentales tengan un núcleo esencial que se pueda definir en abstracto, *a priori* o de manera ideal; afirma que el contenido esencial del derecho se debe identificar en la cultura jurídica existente en cada momento histórico de la sociedad. Es judicialista porque reconoce que aquello que sea el contenido esencial de un derecho fundamental no es algo que pueda ser definido antes del juicio de constitucionalidad de la ley restrictiva.

En la teoría de Jiménez Campo, la cultura jurídica en movimiento y cambio define el contenido esencial. El núcleo de cada uno de los derechos varía a lo largo de la historia, y en todo caso guarda en su evolución un parecido de familia en sus sentidos anteriores.

La crítica a esta posición es obvia. En una sociedad heterogénea y pluralista, la cultura jurídica no es un dato objetivo. Además, es incorrecto

²⁵⁷ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24 y ss.

sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete constitucional, pues es éste quien define el contenido esencial. Por otra parte, no existe ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, los cuales siempre estarán a merced del intérprete de la Constitución.

Las teorías internas de los derechos fundamentales o del contenido reducido de los derechos sostienen que todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida. La teoría interna señala que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tienen una validez definitiva y no sólo una validez *prima facie*. Las restricciones o límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho, sino de una entidad interior o “cosa garantizada” que demarca los contornos de la sustancia a la que aluden las disposiciones que los tipifican.²⁵⁸

Distintos autores se han ocupado de la teoría: Müller, Habermas e Ignacio de Otto. Müller sostiene que con la ponderación se subvierte la jerarquía formal del orden jurídico, pues mediante este procedimiento se eleva la importancia de la ley y de las demás disposiciones de rango inferior a la Constitución, de manera tal que se sopesan en un mismo nivel con las disposiciones constitucionales. Los derechos fundamentales dejan de ser barreras para los poderes públicos, se diluyen.

Müller, con el auxilio de la hermenéutica, propone concretar el programa normativo y el ámbito normativo de cada disposición iusfundamental, mediante un análisis lingüístico. El programa normativo consiste en el conjunto de “datos lingüísticos” interpretados que emanan de cada disposición iusfundamental, y el ámbito normativo es el conjunto de “datos reales” aludidos por dichos datos lingüísticos. Müller propone un ejercicio lingüístico: reconocer todos los datos lingüísticos que conforman la disposición de derecho fundamental (programa normativo) y enlazar a estos datos lingüísticos todos los fenómenos de la realidad que les corresponda (ámbito normativo). Se intenta suplir la subjetividad del juez constitucional por la objetividad de los límites prefigurados en el

²⁵⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, pp. 442 y ss.

texto de la Constitución, aunque ese análisis lingüístico indefectiblemente estará influido por la apreciación cultural del juzgador en turno.²⁵⁹

En España, Ignacio de Otto elabora una crítica al principio de proporcionalidad. Le parece un artificio subversivo que mina la estructura del orden jurídico, pues la relación entre las normas constitucionales se subvierte por entero en perjuicio de los derechos fundamentales, porque el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo. Para De Otto la determinación del contenido de los derechos es un ejercicio de hermenéutica. Se trata de analizar la disposición fundamental por métodos lingüísticos para saber si en su campo semántico se encuentra la norma o la posición iusfundamental que se restringe mediante la ley.²⁶⁰

Así, De Otto opina que las limitaciones a los derechos, entendidas como la supresión de una parte de su contenido a causa de actos externos provenientes de los poderes constituidos, no existen, no son necesarias ni posibles. La Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y predetermina todos sus alcances. El contenido del derecho ya viene limitado por la Constitución.

Habermas, en *Facticidad y validez*, critica la idea de los derechos como valores, pues al estar previstos en la Constitución están revestidos de un carácter deontológico y no teleológico (propio de los valores). Los valores además encarnan preferencias de la comunidad susceptibles de ser sustituidas y modificadas en todo momento, en tanto que los derechos fundamentales establecen el deber inmutable de ser cumplidos hasta que sean despojados de su validez mediante los procedimientos previstos en el ordenamiento.²⁶¹

El filósofo de Frankfurt critica el carácter discrecional del principio de proporcionalidad, su carácter subjetivo y la imposibilidad del control racional de las decisiones judiciales cuando se acude al principio de proporcionalidad. Su crítica más dura señala que los derechos fundamentales, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, pierden su validez, son degradados jurídicamente.

²⁵⁹ Müller, F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 120 y ss.

²⁶⁰ Otto y Pardo, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Martín-Retortillo, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 115-119.

²⁶¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., nota 29, pp. 326 y ss.

Habermas encuentra en la teoría de Günther la respuesta. En los casos de colisión entre derechos fundamentales, la decisión del juez consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie*, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Tarea que el Tribunal Constitucional sólo puede desarrollar en el control concreto de constitucionalidad y no en el abstracto.²⁶²

La diferencia entre las teorías internas y la teoría externa de la proporcionalidad reside en que esta última admite dos momentos. Un primer momento en que las normas adscritas del derecho fundamental valen *prima facie*, y un segundo en el que permanece un contenido reducido que vale definitivamente después del juicio de proporcionalidad. En las teorías internas el contenido es definitivo, es fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. Ahí se aprecia su debilidad e insuficiencia.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Éste se compone por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶³

Con el subprincipio de idoneidad o de adecuación se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado también como juicio de razonabilidad. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar que la norma legal *sub examine* no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima, es decir, no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución.

El subprincipio de idoneidad es un juicio previo; en ocasiones la incertidumbre sobre si el fin legislativo es legítimo no puede dirimirse de entrada, por lo que será necesario esperar a la aplicación del último sub-

²⁶² *Ibidem*, p. 334.

²⁶³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 240, pp. 657 y ss.

principio: el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En caso de duda se está a la presunción de constitucionalidad de la ley.

No obstante, es necesario el agotamiento del subprincipio de idoneidad, pues el juzgador debe en esta etapa determinar los fines inmediatos y mediatos perseguidos por el legislador de la manera más concreta posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes. Cada uno de los fines principales y secundarios de la medida legislativa debe ser analizado por separado para concluir sobre su legitimidad. La idoneidad de una medida adoptada por el legislador dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud, etcétera. Bastará en ocasiones la realización parcial del fin legislativo como argumento en favor de la idoneidad de la medida adoptada.

El subprincipio de idoneidad como el de necesidad son análisis preponderantemente fácticos. Esto es, la relación causal entre la medida legislativa y el fin o fines que persigue es empírica y debe analizarse tomando en cuenta los conocimientos científicos y/o las convicciones sociales aceptadas generalmente.

El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Para algunos, este subprincipio representa una extrapolación del óptimo de Pareto, según el cual una situación es eficiente cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición de otro.

La elección de medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes en la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.

Para la aplicación del subprincipio de necesidad se siguen diferentes reglas. Así, los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad. La comparación entre medios alternativos no sólo es fáctica, también es normativa. Un medio alternativo será más benigno desde el punto de vista empírico si afecta negati-

vamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental, y si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protege. Un medio alternativo se revela como un medio más benigno, desde el punto de vista normativo y analítico, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del derecho fundamental que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla. En caso de duda en el análisis de los medios alternativos, el juzgador debe esperar a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. El examen del medio más benigno se lleva en abstracto cuando se trata de control de constitucionalidad abstracta de la ley; se desarrolla en concreto, tomando en cuenta el caso, cuando se trata de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.

También es importante destacar que en el examen de necesidad, además de los medios alternativos de afectación a un derecho iusfundamental, deben tomarse en consideración otros intereses de la comunidad o la posible afectación al principio de igualdad.²⁶⁴ La perspectiva del examen de necesidad debe realizarse *ex ante*, es decir, a partir de los datos y conocimientos que el legislador tenía en la época en que la ley fue adoptada por el Parlamento. Cuanto más intensa sea la intervención legislativa, más intenso deberá ser el control del juez constitucional. Finalmente, una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. El principio de proporcionalidad se estructura argumentativamente en tres pasos:

²⁶⁴ En México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aplicó en la sentencia SUP-RAP-050/2001 el principio de proporcionalidad al establecer los contornos debidos en las investigaciones de la autoridad electoral. Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 40 y ss.

- 1) El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- 2) El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- 3) El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.²⁶⁵

Las reglas del primer paso se expresan así:

- a) Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación (regla del peso abstracto).
- b) Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación; correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (peso concreto).
- c) La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende del significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima facie* afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo.
- d) La intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza.
- e) La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los

²⁶⁵ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 136, pp. 31 y ss.

que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental *prima facie*.

- f) La intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato del legislador.

Además, para determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, existen criterios para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Los criterios que operan en el nivel normativo insisten en la función y papel de los derechos fundamentales, su peso o prioridad, por ejemplo en decisiones anteriores. También se establece que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. Lo mismo ocurre con la dignidad humana.

Los criterios que operan en el nivel empírico para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental tienen relación con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración.

El segundo paso, que compara magnitudes para medir la importancia entre el derecho fundamental y la intervención legislativa, se apoya en la ley de ponderación establecida por Alexy: "...cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro...". Esta ley de precedencia se basa en dos reglas que establecen cargas argumentativas.²⁶⁶ La primera señala que los argumentos que juegan en favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. La segunda precisa que la regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de la ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos.

El tercer eslabón es la construcción de una regla de precedencia condicionada. Se trata de una relación de precedencia condicionada porque el elemento normativo que adquiere prioridad no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos.

²⁶⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 136, p. 161.

VI. ANÁLISIS SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU JUSTIFICACIÓN

El principio de proporcionalidad no es el único al que acude el juez constitucional. En algunos países, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha hecho hincapié en otros principios y métodos. Konrad Hesse proponía como principios de interpretación constitucional: el de la unidad de la constitución práctica, el de corrección funcional, el de valoración de la relevancia de los puntos de vista o de la eficacia integradora y el de la fuerza normativa de la Constitución.²⁶⁷ En Latinoamérica, Rodolfo Luis Vigo ha propuesto sus diez directivas de interpretación constitucional, a saber: optimizar la fuerza normativa de la Constitución; la Constitución como sistema; la unidad del ordenamiento jurídico; la máxima funcionalidad del régimen político; la consolidación de los valores constitucionales; la atención a las consecuencias sociales; la fidelidad no estática al poder constituyente; la estabilidad relativa de las decisiones interpretativas; la fundamentación apropiada de las decisiones, y el esfuerzo coordinador del derecho constitucional con el derecho de origen internacional.²⁶⁸ En España, Ezquiaga Ganuzas describió en forma pormenorizada todos los argumentos interpretativos que utiliza el Tribunal Constitucional español, que son: el análogo, el argumento a partir de principios, el sistemático, el *a fortiori*, el *a contrario*, el psicológico, el de la no redundancia, el apagógico, el pragmático, el de autoridad y el histórico.²⁶⁹ En ese mismo país se proponen, siguiendo a Hesse y la jurisprudencia constitucional, reglas interpretativas propiamente constitucionales: unidad constitucional, corrección funcional, efectividad constitucional, fuerza normativa de la Constitución, armonización de los bienes constitucionales y, sobre todo, la regla política.²⁷⁰

²⁶⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 40-48.

²⁶⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

²⁶⁹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987.

²⁷⁰ Lafuente Balle, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000, pp.109-123.

No obstante, es hora de justificar por qué el principio de proporcionalidad es superior a los anteriormente mencionados y a los criterios que se han expuesto en el presente capítulo. En principio, debo decir que cualquier método que jerarquice de manera *a priori*, sin consideración del caso, un derecho fundamental sobre otro, carece de sentido en una sociedad pluralista. Cualquier jerarquización *a priori* absoluta y hasta relativa se encuentra marcada fuertemente por condicionamientos ideológicos. Zagrebelsky ya ha indicado el carácter dúctil y pluralista del derecho hoy en día, en donde ningún derecho o principio tiene o recibe una jerarquización *a priori*, porque ello significaría entronizarlo y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.²⁷¹

La jerarquización de principios implica marcar a la sociedad con condicionantes ideológicos. Una ideología, un proyecto, se coloca por encima de los demás. La teoría jurídica brinda ejemplos, sin embargo, de esa jerarquización. El constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía porque los derechos son proyecciones de los valores, y toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos, de modo que es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente. Ekmekdjian propone la siguiente jerarquía en términos absolutos: 1) derechos a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica); 3) derecho a la libertad física; 4) restantes derechos de la personalidad (identidad, nombre, imagen, inviolabilidad del domicilio); 5) derecho a la información; 6) derecho de asociación; 7) los restantes derechos individuales, y 8) los derechos patrimoniales. Ekmekdjian deja fuera los derechos políticos, sociales, económicos y culturales.²⁷² Como puede apreciarse, el tipo de sociedad que se desprendería de esta jerarquización tiene que ver muy poco con las realidades y con el componente pluralista y heterogéneo de las sociedades, que privilegia una faceta del ser humano por encima de otras que también son fundamentales.

²⁷¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 122-126. Véase, también, Maniaci, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy", *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004, pp. 137-177.

²⁷² Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. 1, pp. 478 y ss.

Lo anterior pone de relieve que los métodos que jerarquizan derechos son disolventes y desarticuladores social e individualmente. El principio de proporcionalidad, que como ya ha quedado dicho tiene por propósito contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo a las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante para esa circunstancia concreta, se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de las sociedades. También admite el carácter conflictivo y heterogéneo de las sociedades. Parte de la idea de que en principio no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse *a priori*.

La técnica apoyada en el principio de proporcionalidad es un método ampliamente usado por los tribunales constitucionales europeos y por la Suprema Corte de los Estados Unidos.²⁷³ Para algunos, nació en Estados Unidos de la mano de sentencias relativas a la libertad de expresión, para extenderse después a todo el derecho constitucional. Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina estadounidense es que este principio de proporcionalidad o *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando entran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público en la libertad de expresión en conjunto con otros bienes y/o derechos constitucionales.²⁷⁴

No obstante la extensión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, existen fuertes críticas al mismo. Habermas, como ya se indicó, señala que la aplicación del principio de proporcionalidad pone en riesgo la fuerza de los derechos, pues se derrumba el carácter deontológico de éstos en aras, cuando existe colisión entre ellos, de intereses colectivos. Además de que la aplicación de la proporcionalidad no implica el control racional en las decisiones.²⁷⁵

Como bien dice Alexy, la crítica de Habermas puede expresarse como un conjuro del peligro de un “demasiado poco” en los derechos fundamentales. Böckenförde critica al principio de proporcionalidad porque los derechos fundamentales entendidos como principios desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento, y de este modo generarían

²⁷³ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley, 2000, pp. 10-14.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 11.

²⁷⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, pp. 327 y ss.

una eficacia expansiva en todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de que existan contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social, de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales. Lo cual significa que el legislador perdería toda autonomía y su actividad se agotaría en la mera definición de aquello que ya está decidido en la Constitución, con lo que el proceso político democrático perdería todo significado.²⁷⁶ Sobra decir que la crítica de Böckenförde, a diferencia de la de Habermas, es por los excesos del principio de proporcionalidad.

La respuesta que ha dado Alexy a Böckenförde es muy clara. Es falso que la Constitución y sus principios aten de manos al legislador. Una Constitución decide ciertamente asuntos fundamentales que el legislador no puede alterar o romper, pero también deja muchos ámbitos abiertos para que el legislador y el proceso político democrático operen y, por tanto, en ese sentido, la Constitución es un orden marco.²⁷⁷

La crítica de Habermas se ha contestado señalando que el principio de proporcionalidad no brinda certezas absolutas, tan sólo certezas racionales. No proporciona una racionalidad absoluta pero sí una racionalidad aceptable y plausible. La proporcionalidad confluye con las tesis moderadas frente a la tesis del único resultado de Dworkin y las tesis irracionalistas. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método.²⁷⁸ En otras palabras, no es un método irrefutable desde el punto de vista racional, pero su mecanismo de elaboración permite al menos un alto grado de justificación en la decisión judicial.

La otra crítica de Habermas puede ser desmontada aduciendo que después de la aplicación del principio de proporcionalidad el derecho ganador para el caso en concreto no queda diluido sino fortalecido. Lo que no es posible es consolidar en abstracto núcleos de derechos, pues ello con-

²⁷⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 193-196.

²⁷⁷ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 136, p. 23.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

duciría al conflicto insalvable entre ellos. Es, por tanto, necesaria la labor de ponderación a través del principio de proporcionalidad para que ante situaciones específicas alguno de los derechos prevalezca. La otra solución conduciría indefectiblemente al empantanamiento social o a la jerarquización entre derechos.

Por lo que ve a las teorías del contenido esencial, basta decir que el significado de los derechos no puede ser determinado en abstracto con métodos puramente lingüísticos o hermenéuticos simples, se requiere del caso y de la colisión entre derechos para atribuir significados. No es posible a estas alturas apoyar posiciones esencialistas, los significados se encuentran a partir de las relaciones entre los conceptos y de éstos con el caso y el ordenamiento. Ahí está la riqueza del principio de proporcionalidad que mantiene la pluralidad de principios, y que acude a la realidad del caso para cualquier definición de precedencia condicionada.

El principio de proporcionalidad se enmarcará también dentro del carácter abierto de las sociedades. No hay soluciones definitivas de una vez y para siempre. Las soluciones jurídicas de los más altos tribunales de cada país son siempre revisables a la luz de los retos que van colocando los casos. Se trata de una visión viva y en permanente cambio del derecho, de equilibrios entre derechos contrapuestos que, sin embargo, requieren de solución en su enfrentamiento. No es que se niegue el papel que puede desempeñar la teoría del contenido esencial en el principio de proporcionalidad, desde luego que la tiene, pero es secundaria, puede servir para especificar al menos los siguientes elementos: quién es el titular del derecho; quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación; cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquellas —si las hubiere— bajo las cuales puede renunciar a las obligaciones relevantes; qué facultades y poderes ostenta el titular en caso de incumplimiento del deber, y, sobre todo, qué libertades disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de deberes, especialmente el deber de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.²⁷⁹

²⁷⁹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 218 y 219.

VII. RECAPITULACIÓN

La solución de antinomias es diversa según se trate de reglas o de principios. Para la solución de antinomias de reglas acudimos a los criterios de jerarquía, especialidad, cronológico, de competencia o de prevalencia. Cuando el conflicto de reglas no se resuelve acudiendo a los criterios anteriores se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de interpretación disponibles resuelve haciendo uso de tres posibilidades: eliminar una de las dos normas, eliminar las dos o conservar las dos. Los conflictos entre criterios de solución de antinomias se atienden optando por el criterio más fuerte, que siempre es el de jerarquía.

Los conflictos entre principios no se pueden solucionar como los conflictos de reglas. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, esto es, ambos principios deben ser optimizados; la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguno de los principios; y el resultado está obligado a implicar la concordancia en el ordenamiento.

El modo de resolver antinomias de principios se llama en términos gruesos ponderación, en términos técnicos proporcionalidad, aunque existen otros posibles métodos: el uso del principio del contenido esencial o la razonabilidad. También, para algunos, sería posible resolver la antinomia de principios acudiendo a las teorías materiales de los derechos fundamentales. Estas teorías se clasifican en: las que promueven derechos de libertad, las que se decantan por los derechos democráticos, y la que pone el acento en los derechos sociales.

Las teorías liberales establecen que los derechos fundamentales son preponderantemente los de libertad negativa. Los derechos fundamentales integrarían una lista breve y cerrada fuera del ámbito del legislador. En caso de conflicto entre los derechos de libertad negativa y otros principios, prevalecerían los primeros. Las teorías liberales no suelen aceptar la ponderación.

Sobre las teorías democráticas debe decirse que propugnan la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defienden un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. Estas teorías nos indican que se concede a deter-

minados derechos (expresión, reunión, manifestación, etcétera) mayor peso en toda ponderación.

Respecto a las teorías del Estado social, éstas se expresan en la primacía de los derechos sociales. En caso de colisión con otros derechos, los sociales tienen una validez *prima facie* que debe ser evaluada en la ponderación.

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales y para establecer un contenido de los derechos. Llevadas a sus extremos, se haría inviable la convivencia democrática en una sociedad pluralista y heterogénea

Además de las teorías materiales existen tres criterios estructurales que pretenden resolver antinomias de principios. Éstos son: las teorías del contenido esencial de los derechos, las teorías del contenido reducido de los derechos, y el principio de proporcionalidad.

Las teorías del contenido esencial —aunque entre ellas existen diferencias y matices— proponen desentrañar un núcleo básico en cada derecho fundamental que impida al legislador y al juez afectarlo. Sólo se acepta la regulación de la periferia del derecho iusfundamental.

Entre las críticas que se han realizado a estas teorías se pueden señalar dos: *a)* es incorrecto sostener que el contenido esencial preexista a la construcción del intérprete, y *b)* no hay ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, los cuales siempre estarán a merced del intérprete de la Constitución.

En cuanto a las teorías del contenido reducido de los derechos debe decirse que no es plausible sostener que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tengan una validez definitiva, pues el contenido básico del derecho no puede ser fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. De ahí la insuficiencia de los planteamientos de Müller, De Otto y Habermas.

El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la

más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Como se indicó ya, el principio de proporcionalidad no es el único al que acude el juez constitucional. Otros métodos o vías entrañan utilizar los siguientes principios y/o reglas interpretativas: unidad constitucional, corrección funcional, efectividad constitucional, fuerza normativa de la Constitución, armonización de los bienes constitucionales y, sobre todo, la regla política.

En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.

El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social. Parte de la idea de que no hay derechos absolutos que pueden jerarquizarse *a priori*.

A los críticos del principio de proporcionalidad debe precisárseles que este principio no brinda certezas absolutas pero sí una racionalidad aceptable y plausible. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que no conducen a la única respuesta correcta pero sí a determinaciones justificables.

También debe establecerse que no es posible consolidar en abstracto núcleos de derechos, pues se produciría el conflicto insalvable entre ellos. Casi siempre se requiere del caso y del ordenamiento. No es admisible apoyar posiciones esencialistas, dado que los significados se encuentran en las relaciones entre los conceptos.

Con el principio de proporcionalidad no se niega el papel que puede desempeñar la teoría del contenido esencial, pero éste es secundario. Puede servir para especificar elementos en la interpretación y en la argumentación de los principios, pero está incapacitada para afrontar la cuestión preponderante: contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo con las circunstancias del caso y del ordenamiento.