

## IX. NOTAS FINALES

### 1. *Contenido esencial de los derechos fundamentales*

La idea del “contenido esencial” (*Wesensgehalt*) de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana —y en el 53.1 de la Constitución Española— para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo.<sup>245</sup>

Existen dos diferentes teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales: la *absoluta* y la *relativa*, que con algunas variedades han sostenido diversos autores pero que pueden caracterizarse esquemáticamente de ese modo.<sup>246</sup> La teoría absoluta, imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circun-

<sup>245</sup> Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 148.

<sup>246</sup> Véanse Martínez-Pujalte, *op. cit.*, nota 70, pp. 19 y ss; y Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 177 y ss.

ferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, en cambio, en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas. Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

El principio de proporcionalidad se adscribe, como es evidente, a la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales,<sup>247</sup> al establecer el "límite de los límites" de esos derechos, en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos colidentes en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación.

Es difícil sostener una teoría absoluta y rígida del contenido esencial de los derechos fundamentales, en relación con su empleo en la adjudicación jurisdiccional; el problema deriva de establecer el "núcleo básico" de los derechos fundamentales, universalmente aplicable y correcto *en todas las circunstancias* incluyendo aquellas que provengan del cambio social o tecnológico, y especial-

<sup>247</sup> Cfr. Martínez-Pujalte, *op. cit.*, nota 70, p. 21.

mente frente a la riqueza de situaciones que pueden enfrentar los tribunales, en muchas ocasiones imposibles de imaginar previamente a su realización. La afiliación a esa postura, nos parece más bien de utilidad didáctica y funcional solamente *a priori e in abstracto*, considerando además a cada derecho individualmente y no en su posible relación con otros intereses jurídicamente protegidos.

La solución que ofrece el principio de proporcionalidad no implica abandonar la decisión jurídica a un "escepticismo desesperado o a un relativismo indiferente" o, peor aún, a lo que podríamos llamar un "nihilismo jurídico". Simplemente es un derivado de la compleja relación entre los bienes, las normas jurídicas que los tutelan, las circunstancias en que interactúan y la determinación de su preferibilidad, que no puede verse a través de "recetas simplistas" sino requiere una *valoración* —especialmente de los tribunales— que nunca resulta sencilla.<sup>248</sup>

El examen de proporcionalidad puede sin duda conducir a cierto casuismo, pero éste no debe estigmatizarse dogmáticamente, acusándolo de diluir la certeza jurídica en la interpretación y aplicación del derecho constitucional, como se le criticó acerbamente en los primeros tiempos del neoconstitucionalismo en el que se inserta, por apoyarse en postulados apartados al petrificado —y actualmente insuficiente— conservadurismo positivista.<sup>249</sup>

<sup>248</sup> *Supra*, nota 49.

<sup>249</sup> *Cfr.* Forsthoﬀ, Ernst, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", en Dreier, Ralf y Schwegmann, Friedrich (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer*

Más bien, la aplicación del principio de proporcionalidad debe dirigirse a establecer un "sano casuismo"<sup>250</sup> que equivalga a reconocer el curso cambiante de las situaciones fácticas que, si bien no lleva a hablar de una ausencia total de orden en ellas con características anárquicas, sin duda excluye la rigidez y su calificación jurídica con criterios monolíticos. La regla general establecida por el mismo orden "inmutable" que se quiere ver tradicionalmente en las normas constitucionales, en el sentido de dar a los derechos fundamentales y a otros de sus principios la óptima eficacia posible, es la que obliga a tener perspectivas y soluciones cambiantes para realizarla.

A pesar de lo que aparenta a primera vista, el principio de proporcionalidad no deja la definición del "contenido esencial" de los derechos fundamentales y la solución de la colisión específica de pretensiones basadas en normas derivadas de diversos principios constitucionales —o aun de uno solo—, al capricho o a la voluntad azarosa de los

*Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, pp. 70 y ss. Este autor criticó duramente la teoría axiológica de los derechos fundamentales y la constitucionalización del ordenamiento jurídico a que conduce, llamando incluso a la Ley Fundamental el "huevo jurídico originario" "del que todo surge, desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros"; Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242, citado en Alexy, *op. cit.*, nota 59, p. 19; véase Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. 51 y ss.

<sup>250</sup> *Supra*, nota 119.

operadores jurídicos. Impone una regla<sup>251</sup> de elemental justicia a ese procedimiento, como criterio de decisión: para ser lícita una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental, el fin que se propone debe satisfacerse de manera *equivalente o mayor* al perjuicio que ocasiona al último.

La literatura jurídica, en vista de lo anterior, es insistente en que el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad, como una realización de la *concordancia práctica* entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional.<sup>252</sup>

## 2. *Activismo judicial en el examen de proporcionalidad*

Se dice también que el examen de proporcionalidad —o de “razonabilidad”— podría ocasionar que la jurisdicción constitucional, al analizar una medida legislativa o administrativa, invada el ámbito de apreciación reservado a otros poderes; pero ello no nos parece justificación para desechar el uso del principio que estudiamos, sino más bien un factor que obligue a reforzar la debida argumentación de los tribunales.<sup>253</sup>

<sup>251</sup> *Supra*, nota 5.

<sup>252</sup> “La garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales] se reduce al principio de proporcionalidad”, Alexy, *op. cit.*, nota 5, p. 269; Hesse, *op. cit.*, nota 30, pp. 142 y 149 —con cierto matiz material y no como un criterio simplemente “económico”—; Häberle, *op. cit.*, nota 71, p. 68; Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 97 y 98, y Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 246, p. 181.

<sup>253</sup> Véase Hesse, *op. cit.*, nota 30, pp. 242-244.

Sin duda, no corresponde a los jueces constitucionales revisar la oportunidad o conveniencia —criterios típicamente “políticos”— a manera de un superior jerárquico, especialmente si fueron tomadas *dentro de sus márgenes constitucionales de competencia*;<sup>254</sup> su labor consiste exclusivamente en decidir sobre la validez de un acto según esté prohibido o permitido por la ley fundamental, determinando si transgredieron los límites (explícitos o implícitos) que les impone la Constitución.<sup>255</sup> Pero el principio de proporcionalidad no opera en el vacío, sino en la aplicación o *enforcement* de un parámetro constitucional: la optimización de los derechos fundamentales —o de cualquier otra norma suprema—, que en México se refuerza con la exigencia de que la intervención legislativa en ellos sea “motivada”.

<sup>254</sup> Véase Alexy, *op. cit.*, nota 108, pp. 57 y ss. En ese sentido crítico se ha pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia norteamericana; véase *Heller vs. Doe*, 509 U.S. 312, 319-322 (1993).

<sup>255</sup> Cfr. Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C. H. Beck, 2001, pp. 344 y 345; García de Enterría, *op. cit.*, nota 161, p. 200; Badura, Peter, “Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 183; Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 278. En la jurisprudencia: *BVerfGE*, 4, 31 (40); STC 5/1981, F.J. 6, y *American Federation of Labor vs. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 555 (1949).

Tampoco nos parece fundada la objeción de que el examen de proporcionalidad implica una falta del debido respeto de la jurisdicción constitucional a otros órganos estatales. Aun el examen de ponderación o proporcionalidad *stricto sensu* en que se valora la intensidad de intervención en los derechos fundamentales y que puede tener *muchos menos elementos objetivos* que los relativos a su idoneidad o necesidad, no favorece la arbitrariedad contra el legislador u otro operador, pues en él sólo se tendrá por inconstitucional una medida legislativa cuando cause a un derecho fundamental perjuicio mayor que el beneficio que con él obtienen el fin que persigue y el principio constitucional subyacente a ella; de este modo, aun cuando exista la misma intensidad de afectación al derecho fundamental y de beneficio al principio opuesto a él, la presunción de constitucionalidad juega a favor de la medida legislativa enjuiciada.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha propuesto que la declaración de inconstitucionalidad de los actos del legislador, por conducto del examen de su proporcionalidad —particularmente a su nivel de ponderación—, se limite a aquellos casos en que la inadecuación o la irracionalidad de aquéllos sean “evidentes”,<sup>256</sup> siguiendo el principio

<sup>256</sup> Por ejemplo: *BVerfGE*, 81, 156 (191 y 192). De la misma opinión ha sido el Consejo Constitucional francés al afirmar que no le corresponde “sustituir su propia apreciación a la del legislador en lo que concierne a la necesidad de las penas [si no resultan éstas] manifiestamente contraria[s] al principio establecido por el artículo 8o. de la Declaración [de los Derechos

de funcionalidad en la interpretación para respetar el ejercicio de las atribuciones constitucionales de otros poderes, abrazando la máxima de la *judicial self-restraint* —aunque entendida a su modo— y no intervenir activamente en política.<sup>257</sup> Sobre esto, es notable la inconveniencia de usar conceptos como “evidente”, “notorio” o “claramente irracional”, más bien habría simplemente de hablarse de una “argumentación racional” sea que ésta resulte simple o compleja; especialmente en el examen de proporcionalidad, la “notoriedad” de una vulneración iusfundamental se pone de manifiesto luego de un intrincado estudio del caso concreto.

Aunque en principio (siglos XVIII y XIX) la jurisdicción constitucional se pretendió limitada a los casos “evidentes” de violación de las normas constitucionales, en la actualidad ejerce —y tiene que hacerlo— un examen más minucioso sobre los actos legislativos, que se debe a la mayor complejidad de la vida social y a la sofisticación de los actos bajo su control; que hace precisamente de los casos “difíciles” el objeto más frecuente de su actuación.<sup>258</sup> Difícilmente veremos en nuestros tiem-

del Hombre y del Ciudadano] de 1789” (decisión 80-127 DC, §13); véase Favoreau y Philip, *op. cit.*, nota 124, p. 437.

<sup>257</sup> Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 30, pp. 28 y 29; Schlaich, *op. cit.*, nota 255, pp. 346 y 347; Benda, Ernst y Eckart Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, pp. 9 y 10; Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C. H. Beck, 1999, p. 28, y *BVerfGE* 36, 1 (14-15).

<sup>258</sup> Cfr. Wolfe, Christopher, “From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in

pos algún acto legislativo que palmariamente contravenga a la ley fundamental, por ejemplo: privando a la mujer del derecho a votar, sino que su inconstitucionalidad muy probablemente resultará de detallados aspectos del mismo y de su relación con las normas constitucionales, que es preciso considerar con detenimiento. Hoy no podemos imaginar jueces constitucionales "encerrad[os] en su torre de marfil y que sólo de tarde en tarde anula[n] una ley".<sup>259</sup>

America", *First Principles Series*, Washington, The Heritage Foundation, núm. 2, 3 de marzo de 2006, pp. 2 y 10.

<sup>259</sup> Aja, Eliseo y Markus González Beilfuss, "Conclusiones generales", en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 288.