

## LAS FORMAS ARGUMENTATIVAS CON BASE EN LA CATEGORIZACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA PONDERACIÓN: PROTECCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

Jochen VON BERNSTORFF\*\*

*SUMARIO: I. Aproximación dogmática. II. Protección del contenido esencial mediante formas argumentativas en la categorización. III. Las formas categoriales prestan un valioso aporte al cumplimiento de las funciones centrales de protección de los derechos individuales en materia de derecho internacional público.*

Hablar sobre la posibilidad de restringir los derechos fundamentales y los derechos humanos significa hablar de los límites de la ponderación, tal como se desprende de los debates jurídicos que se han realizado en tiempos recientes en diferentes foros sobre la Ley de Seguridad Aérea<sup>1</sup> y la prohibición de

\* La versión original de este artículo fue publicada en alemán bajo el título “Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: vom Wert kategorialer Argumentationsformen”, *Der Staat* 2011, pp. 165-190. Traducción de Dr. iur. Henry Jiménez Guanipa, LL. M. Heidelberg.

\*\* Profesor de Derecho internacional, Derecho constitucional y Derechos humanos de la Universidad de Tübinga, Alemania. Ha sido investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, Alemania. Miembro de la Delegación de Alemania en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el periodo 2003-2005 y en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el año 2006.

<sup>1</sup> Höfling, Wolfram y Augsberg, Steffen, “Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand”, *JZ*, 2005, p. 1080; Kersten, Jens, “Die Tötung von Unbeteiligten — zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG”, *NVwZ* 2005, p. 661; Winkler, Daniela, “Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes”, *NVwZ*, 2006, p. 53; Merkel, Reinhard, “§14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?”, *JZ*,

la tortura.<sup>2</sup> ¿Puede la jurisprudencia proteger el ejercicio de determinadas libertades independientemente de la ponderación?, ¿constituye en este caso la dignidad humana el punto de referencia argumentativo apropiado?, ¿es la dignidad humana el único argumento que puede utilizar el órgano jurisdiccional para sustraerse del “torbellino” de la ponderación? En el centro de este debate, que ha tenido lugar en Alemania durante los últimos años, se destaca la garantía de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El Tribunal continúa insistiendo —con una postura crítica ante la ponderación— sobre los límites de la restricción bajo la garantía de la dignidad humana.<sup>3</sup>

2007, p. 373; Isensee, Josef, “Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten”, *ÄöR* 131, 2006, p. 173; Depenheuer, Otto, “Das Bürgeropfer im Rechtsstaat”, *FS Isensee*, 2007, p. 43; Franz, Einiko B., “Der Bundeswehreinsetzung im Inneren und die Tötung Unschuldiger”, *Der Staat* 46, 2007, p. 501; Palm, Ulrich, “Der wehrlose Staat?”, *ÄöR* 132, 2007, p. 95; Jochen v. Bernstorff, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Artikel 1 GG, *Der Staat* 47 (2008), p. 21.

<sup>2</sup> Entre las múltiples voces Hong, Matthias, “Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte — eine verfassungsjuristische Betrachtung”, en Beestermöller, Gerhard y Brunkhorst, Hauke (ed.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, 2006, p. 24; Enders, Christoph, “Die Würde des Rechtsstaates liegt in der Würde des Menschen. Das absolute Verbot staatlicher Folter”, en Nitschke, Peter (ed.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Verortung*, 2005, p. 133; Bielefeldt, Heiner, “Das Folterverbot im Rechtsstaat”, en Nitschke, Peter (ed.), *op. cit.*, p. 95 (99); Brunkhorst, Hauke, “Folter, Würde und repressiver Liberalismus”, en *id.* y Gerhard Beestermöller (eds.), *op. cit.*, p. 88; Frankenberg, Günter, “Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkung zu Phänomenen des Bekämpfungswerts”, en *id.* y Gerhard Beestermöller (eds.), *op. cit.*, p. 55; Hanschmann, Felix. “Kalkulation des Unverfügbaren — Das Folterverbot in der Neukommentierung von Artikel 1 Abs. 1 GG im Maunz-Dürig”, en *id.* y Gerhard Beestermöller (eds.), *op. cit.*, p. 130; Wittreck, Fabian, “Menschenwürde und Folterverbot”, *DÖV* 2003, p. 873.

<sup>3</sup> BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (433); 10, 55 (59); 27, 1, (6); 27, 344 (350 s.); 93, 266 (293); la literatura sobre derecho penal en su mayoría también sostiene que la garantía de la dignidad humana no está sujeta a ponderación, véase Christian Starck, en v. Mangoldt, Hermann y Klein, Friedrich (ed.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1: Präambel, Artikel 1-19, 2005, artículo 1, Nr. 34; Philip Kunig, en v. Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1: Präambel*, Artikel 1-19, 2000, artículo 1, marginal 4; Gerhard Robbers, en Umbach, Dieter C. y Clemens, Thomas (ed.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 1: Artikel 1-37*, 2002, artículo 1, Nr. 34; Horst Dreier, en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz, Bd. 1: Präambel*, Artikel 1-19 2004, artículo 1 Abs. 1, Nr. 44; Piroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Staatsrecht II — Grundrechte*, 2001, Nr. 356-358; Epping, Volker *et al.*, *Grundrechte*, 2004, Nr. 574; Henschel, Johann Friedrich, “Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG”, *NJW*, 1990, p. 1937 (1942); Peter Lerche, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 2007, § 121, Nr. 19; Jarass, Hans D. y Piroth, Bodo (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2004, Artículo 1, Nr. 2 (12); Schmidt-Jortzig, Edzard, “Systematische Bedingungen der Garantie unbedingten Schutzes

También en el debate general sobre la teoría de los derechos fundamentales se puede observar que la controversia sobre la ponderación como forma de interpretación constitucional vuelve a ocupar un primer plano. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán experimenta, desde hace algunos años, con nuevas formas argumentativas constitucionales, una tendencia que busca relegar la ponderación a un segundo plano. Como ejemplos podríamos citar la jurisprudencia de la Sala Primera sobre el valor intrínseco de la garantía de la dignidad humana<sup>4</sup> o también la más reciente decisión de la Sala Primera en el caso *Wunsiedel*, en la que dicha Sala se desmarca de la idea de colocar a la libertad de expresión bajo una “reserva de ponderación generalizada” y, en lugar de ello, opera con un umbral de intervención potencialmente independiente de la ponderación

der Menschenwürde in Artikel 1 GG”, *DÖV*, 2001, p. 925 (926); Classen, Claus Dieter, “Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte”, *DVBl.*, 2002, p. 141 (144); Heun, Werner, “Embryonenforschung und Verfassung — Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos”, *JZ*, 2002, p. 517 (518); Hörnle, Tatjana, “Menschenwürde und Lebensschutz”, *ARSP* 89, 2003, p. 318 (320); Poscher, Ralf, “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, *JZ*, 2004, p. 756; Höfling, “Die Unantastbarkeit der Menschenwürde — Annäherung an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz”, *JuS*, 1995, p. 857; en cambio a favor de una ponderabilidad Brugger, Winfried, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, p. 22; Herdegen, Matthias “Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses”, *JZ* 2001, p. 773 (774 s.); Taupitz, Jochen, “Embryonenschutzgesetz — Abgestufte Menschenwürde”, *Pharmazeutische Zeitung* 146, 2001, p. 2903 (2907); Kloepfer, Michael, “Humangenetik als Verfassungsfrage”, *JZ*, 2002, p. 417 (420 s.); Hain, Karl-Eberhard, “Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung”, *Der Staat* 45, 2006, p. 189; Elsner, Thomas y Schobert, Klara, “Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde”, *DVBl.*, 2007, p. 278.

<sup>4</sup> BVerfGE 105, 252 (“Glykolwein”); BVerfGE 105, 279 (“Osho”); BVerfGE 104, 337 (“Schächten”); BVerfG, NJW 2001, p. 2459 (“Fuckparade”); con respecto al valor intrínseco de garantía: Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken — Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 42, 2003, p. 165; Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch — Eine Erweiterung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, 2004, p. 203; mucho antes, con un enfoque parecido Wahl, Rainer, “Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem”, *Freiburger Universitätsblätter* 95, 1987, p. 19 (29-34), y Müller, Friedrich, *Die Einheit der Verfassung — 1979. Elemente einer Verfassungstheorie*, 1979, pp. 203 y s.; con postura crítica Kahl, Wolfgang, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt — Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, 2004, p. 167; con postura crítica también Möllers, Christoph, “Wandel der Grundrechtsjudikatur — Eine Analyse der Rechtsprechung des ersten Senats des BVerfG”, *NJW*, 2005, p. 1973; entrando al detalle de la problemática Sachs, Michael, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, en Stern, Klaus (eds.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3/2, § 81, p. 493 (513 ss.), IV.

(*abwägungsunabhängigen Eingriffsschwelle*).<sup>5</sup> Igualmente se encuentran voces críticas respecto de la ponderación en obras académicas más recientes sobre la teoría de los derechos fundamentales, en las que se intenta reemplazar el razonamiento judicial de la ponderación invocando la voluntad histórica del legislador constituyente<sup>6</sup> o sustituirlo por una dogmática estructurada de los derechos fundamentales como derechos de defensa<sup>7</sup> (*Abwehrrechte*). En la protección internacional de los derechos humanos, la marcada orientación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia la ponderación ha sido objeto de deliberaciones críticas en repetidas ocasiones.<sup>8</sup> Del mismo modo en la disciplina del *Comparative Constitutional Law*, actualmente en formación a nivel global, se ha vuelto a desatar en los últimos tres años el cuestionamiento sobre los límites de la restricción de los derechos y la controvertida discusión sobre la ponderación o *balancing* asociada a ella.<sup>9</sup> Desde la perspectiva de la protección del contenido esencial de los derechos humanos estas controversias científicas son de particular importancia. Su resultado más relevante podría ser la investigación de posibles alternativas a una cultura jurídica de marcada orientación hacia la ponderación. Tal como se pretende mostrar en el presente trabajo, la tendencia de los tribunales orientada a la ponderación impide la formación de una jurisprudencia protectora del contenido esencial en materia de derechos humanos. Como consecuencia de ello, la institucionalizada salvaguarda internacional de los derechos humanos sólo alcanza a cumplir en forma limitada con una de sus principales funciones.

Los planteamientos que a continuación se desarrollan se sustentan en una determinada concepción teórica de los derechos individuales y sus contenidos esenciales. De acuerdo con esta concepción, los derechos fundamentales y los derechos humanos no constituyen principios flexibles y abier-

<sup>5</sup> BVerfG, 1 BvR 2150/08, Abs.-Nr. 74; al respecto Hong, Mathias, “Hassrede und extremistische Äußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluß des BverfG”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 70, 2010, p. 73 (121-124).

<sup>6</sup> Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, pp. 359 y ss.

<sup>7</sup> Poscher, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, pp. 12 y s.

<sup>8</sup> Greer, Steven, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 23, 2003, pp. 405 (426 s.); 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* 62, 1999, p. 671 (673).

<sup>9</sup> A manera de ejemplo Barak, Aharon “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2010, pp. 2 y ss.; van der Schyff, Gerhard, *The Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, 2005; Sottiaux, Stefan, *Terrorism and the Limitation of Rights: the ECHR and the US Constitution*, 2008, pp. 23-32.

tos a la ponderación en el sentido de Robert Alexy,<sup>10</sup> sino reglas tal como lo son también otras reglas del derecho público. Además, los derechos fundamentales y los derechos humanos, entendidos como derechos individuales elementales que deben ser garantizados, llevan intrínseco un fin (*telos*) anti-utilitarista.<sup>11</sup> Por otro lado, metodológicamente no partimos de la premisa de que los límites de la restricción de los distintos derechos fundamentales y derechos humanos se pueden derivar por deducción de uno o varios “núcleos” ontológicos o de una “esencia” establecida de los derechos de libertad. Aun si desde el punto de vista filosófico existiesen núcleos esenciales de los derechos humanos, no se cuenta con un método de conocimiento compartido por todos los observadores para apropiarse cognitivamente de dichos núcleos.<sup>12</sup> La segunda razón por la cual en el presente estudio se critica esta comprensión esencialista de contenidos fundamentales obedece al enfoque aquí planteado del análisis inductivo, el cual se sustenta en una concepción de los derechos fundamentales y de los derechos humanos como práctica argumentativa institucionalizada.<sup>13</sup> Desde la perspectiva jurídico-sistémica el contenido esencial de un derecho fundamental o derecho humano es el resultado de decisiones institucionalizadas sobre los límites de la restricción de derechos fundamentales o humanos con base en textos normativos. En estas decisiones institucionalizadas se concretan paso a paso

<sup>10</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2001.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously — New Impression with a Reply to Critics*, 1977, pp. 198-200; véase también la crítica de Jürgen Habermas a la concepción de los principios de Alexy, *Faktizität und Geltung*, 1992, p. 317. Aquí no es necesaria una crítica exhaustiva al aparato conceptual de Alexy. Sin embargo, permítasenos llamar la atención sobre un problema de la concepción de Alexy estrechamente relacionada con la orientación unilateral a la ponderación. Es en la concepción de Alexy que los derechos fundamentales como principios y los principios como preceptos de optimización pasan a un segundo plano al colisionar con otros preceptos de optimización “de mayor peso” (otros derechos fundamentales o también intereses del bien común). Dworkin había establecido el concepto de los derechos como principios de manera aún mucho más estrecha, haciendo una distinción entre principios jurídicos y *policies*. Sin embargo, tal como había observado Hart muy acertadamente, las reglas (*rules*) también pueden ser entendidas como que pasan a un segundo plano ante otras reglas que en determinados casos tengan prelación de rango. En este caso, según Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 1961, pp. 261 y s., la categoría de los principios (definidos como preceptos de optimización) estaría demás; tal como al respecto escribe La Torre, Massimo, “Nine Critiques to Alexy’s Theory of Fundamental Rights”, en Menéndez, Agustín J. y Eriksen, Erik O. (ed.), *Fundamental Rights Through Discourse*, 2004, p. 77 (81-85).

<sup>12</sup> Así desde la perspectiva moral-filosófica Nagel, Thomas, *The last word*, 1997, p. 102.

<sup>13</sup> Para una comprensión de los derechos como *práctica de interpretación* jurídica llena de conflictos se hace referencia sobre todo a la obra de Ronald Dworkin, sin que con ello se pretenda endosar en su totalidad la compleja concepción del derecho de Ronald Dworkin, marcada por el *common-law*, Dworkin, *op. cit.*, nota 11).

garantías mínimas para determinadas circunstancias de la vida y roles sociales de los titulares de un derecho.<sup>14</sup> Durante este proceso corresponde un rol relevante al legislador, que despliega legislativamente las garantías mínimas constitucionales y de los tratados internacionales así como sus límites en forma general-abstracta. Sin embargo, bajo nuestra perspectiva, el límite concreto de la restricción para determinadas constelaciones de intervención adquiere su contenido por parte de los tribunales en la aplicación del derecho de los derechos fundamentales y los derechos humanos, es decir, por el acto interpretativo del juez.<sup>15</sup>

Este trabajo comienza con una aproximación dogmática al tema (I.). Como segundo paso, se desarrolla una comparación metodológica de las prácticas en la adopción de decisiones por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del TEDH en materia de intervenciones particularmente intensas en las garantías de derechos humanos contenidas en el derecho de los tratados internacionales (II.). Para concluir, se expone una visión a futuro del rol de los tribunales internacionales en las relaciones multinivel de la protección institucionalizada de los derechos fundamentales y de los derechos humanos (III.).

## I. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA

Los catálogos de derechos fundamentales y derechos humanos frecuentemente contienen cláusulas generales sobre contenido esencial, comparables con los artículos 1.1 y 19.2 de la Ley Fundamental alemana, que pueden llegar al nivel de límites de los límites (*Schranken-Schranken*) en su aplicación. Con los límites de los límites se hace referencia también al principio de proporcionalidad,<sup>16</sup> cuya comprensión es de central importancia para la

<sup>14</sup> Para Christoph Menke y Arndt Pollmann los derechos humanos, en apego terminológico a Ronald Dworkin, constituyen derechos contundentes. Estos trascienden la validez de las delimitaciones de áreas sociales: “Sólo los derechos entendidos de esta manera son capaces de garantizar que no haya ámbito de la vida humana ni área de la práctica social en la que no se cumplan las condiciones mínimas que aseguren el derecho a la igualdad y al respeto”. Menke y Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, 2007, pp. 157 y 158.

<sup>15</sup> Acerca del juez como “creador de derecho” concretizador en el “marco” del tenor de la norma aplicable ya escribió Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, pp. 97-99; en ese sentido, desde una perspectiva lingüística el texto normativo se puede distinguir de la norma que recién resulta de la concretización en el caso particular, Müller, Friedrich y Christensen, Ralph, *Juristische Methodik*, 2004, t. I, pp. 167 y ss.

<sup>16</sup> En el debate sobre los derechos fundamentales que se ha dado en la República Federal de Alemania, la cuestión de la ponderación de los bienes jurídicos como parte de la verificación de la proporcionalidad ya desde las décadas de los sesenta y setenta ha estado

cuestión de la protección jurídica de los contenidos esenciales. Una mirada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y del Convenio Europeo de Derechos Humanos nos permite evidenciar en primer lugar que, en comparación con la Ley Fundamental alemana, falta una garantía explícita de la dignidad humana como cláusula transversal protectora de los contenidos esenciales. De hecho, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no aparece el término dignidad humana. En el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU apenas se le menciona en el preámbulo como fundamento para el catálogo de derechos.<sup>17</sup>

Si bien la protección de la dignidad humana constituye el fundamento racional implícito de numerosas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de la ONU,<sup>18</sup> la dignidad humana como argumento explícito para las decisiones solo aparece en muy pocas ocasiones. Sin embargo, una cláusula transversal protectora del contenido esencial puede verse en los artículos 5.1 del Pacto de los Derechos

en el centro de la controversia sobre la interpretación de los derechos fundamentales, la cual se reflejó en la jurisprudencia en el proceso de consolidación del Tribunal Constitucional Federal. Con respecto al principio de proporcionalidad en forma monográfica comenzando en 1961 con Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht — Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 1961, seguido en 1962 por Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2*, 1962; más adelante, con una reacción crítica al creciente dominio de la ponderación en la jurisprudencia constitucional en 1976 Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976; otras monografías: Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, 1979; Schwabe, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977; Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; Haverkate, Görg, *Rechtsfragen des Leistungsstaates. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, 1983; Neumann, Dieter, *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit*, 1994; Leisner, Walter, *Der Abwägungsstaat — Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, 1997; desde la perspectiva de la teoría de las normas Alexy, *op. cit.*, nota 10.

<sup>17</sup> La mención más importante de la dignidad humana en la protección universal de los derechos humanos se encuentra en el artículo 1o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta utilización del concepto de dignidad como propiedad innata del hombre es retomada en las Convenciones de la ONU sobre todo en las disposiciones de los preámbulos. Así, tanto el preámbulo del Pacto Civil de la ONU como el del Pacto Social de la ONU en su primer párrafo hablan del reconocimiento de “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana” y de que los derechos que siguen a continuación de “desprenden” de la dignidad inherente a la persona humana; respecto a la génesis véase Dicke, Klaus, “The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, en Kretzmer, David y Klein, Eckart (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002, p. 111 (117-120).

<sup>18</sup> Por la CEDH Frowein, Jochen Abr. “Human Dignity in International Law”, en Kretzmer, David y Klein, Eckart (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002, p. 121 (123-132).

Civiles y Políticos y 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De conformidad con sus enunciados, ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de implicar un derecho para la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos o para su limitación en mayor medida que la prevista en los propios instrumentos convencionales. Por lo general se les interpreta como anclaje del principio de defensa de la democracia, según el cual los enemigos de la libertad sólo permiten los derechos de libertad dentro de ciertos límites. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU fue más allá y ha interpretado la segunda variante de esta norma en una serie de observaciones generales (*General Comments*) como garantía general del contenido esencial.<sup>19</sup> El punto de contacto en este caso es la prohibición contenida en la norma de limitar los derechos del Pacto más allá de lo previsto en este instrumento. Haciendo referencia al artículo 5o. mencionado, para el Comité de Derechos Humanos de la ONU la *essence of the right* constituye un último límite de la restricción de todos los derechos del Pacto.<sup>20</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cambio hasta ahora no ha interpretado el artículo 17 del Convenio como cláusula transversal protectora del contenido esencial. Sin embargo, también este tribunal recurre a la *essence of the right* en una serie de decisiones, aunque por lo general sin otorgar a ese argumento importancia decisiva. Se pueden distinguir tres patrones de utilización del argumento del contenido esencial por parte del Tribunal: en primer lugar, la invocación de la esencia o de la sustancia del derecho para la delimitación externa de la decisión de ponderación;<sup>21</sup> en segundo lugar, la referencia a la “esencia” del derecho humano, para subrayar

<sup>19</sup> Con respecto a ambas funciones véase *Nowak, Manfred*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2005, artículo 5, Rn. 6-8.

<sup>20</sup> Véase, Comité de Derechos Humanos de la ONU, General Comment No. 10: “Freedom of expression” del 29 de junio de 1983, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, p. 132, numeral 4; *op. cit.*, General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion” del 30 de julio de 1993, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, numerales 8, 11; *op. cit.*, General Comment No. 27: “Freedom of movement” del 02 de noviembre de 1999, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, numeral 13; *op. cit.*, General Comment No. 31: “Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant” del 26.05.2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, numeral 6; *op. cit.*, General Comment No. 32: “Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial” del 23.08.2007, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, numeral 18; explícitamente, por ejemplo, también el Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Yeo-Bum Yoon y otros vs. die Republik Korea*, Communication No. 1321/2004 y 1322/2004 (2006), numeral 8.2.

<sup>21</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Brogan y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 29 de noviembre de 1988, Series A, No. 145-B, Application No. 11209/84, 11234/84, 11266/84 y 11386/85.

retóricamente que determinada conducta está siendo protegida por el Convenio, sin que con ello se pretenda marcar un límite absoluto a la posibilidad de restricción.<sup>22</sup> En su lugar, después de esta aclaratoria, en el nivel de compromiso del Tribunal se efectúa una ponderación de las circunstancias del caso particular para decidir finalmente si la limitación debe ser calificada como ajustada a derecho. Y en tercer lugar, la invocación del argumento del contenido esencial para la limitación de facultades legales de configuración otorgadas por los tratados internacionales.<sup>23</sup> En líneas generales, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el argumento del contenido esencial en estas circunstancias suele quedar subordinado a la ponderación decisoria, por lo que sólo en casos excepcionales cabe hablar de una función del argumento del contenido esencial independiente y relevante para la decisión.

Al dirigir la mirada comparativa a otros órdenes constitucionales nacionales se hace evidente que en muchos Estados constitucionales las garantías generales del contenido esencial han sido incluidas en el texto de la ley fundamental.<sup>24</sup> Éstas por lo general no se refieren a la dignidad humana. En este sentido, el lugar que corresponde a la dignidad humana según el artículo 1o. de la Ley Fundamental en el orden constitucional alemán parece ser único. En materia constitucional, el éxito de exportación de la joven República Federal alemana fue el artículo 19.2 y no el 1o. de la Ley Fundamental.

Sin embargo, este análisis se basa en una concepción del contenido esencial de los derechos humanos que va más allá de la implementación explícita de cláusulas transversales. Según ésta, las decisiones judiciales que protegen el contenido esencial no son sólo aquellas que se refieren de manera *explícita*

<sup>22</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Young, James y Webster vs. Reino Unido Vereinigte Königreich*, sentencia del 13 de agosto de 1981, Series A, No. 44, Application No. 7601/76 y 7806/77, numeral 55.

<sup>23</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *F vs. Suiza*, sentencia del 18 de diciembre de 1987, Series A, No. 128, Application No. 11329/85, numeral 32.

<sup>24</sup> Artículo 18.3 de la Constitución de Portugal; artículo 53, apdo. 1, Const. España; artículo 36, Const. Suiza; artículo 30, apdo. 3, Const. Polonia; artículo 49, apdo. 2, Const. Rumania; artículo 13, apdo. 4, Const. Eslovaquia; artículo 4o., apdo. 4, Carta de Derechos Fundamentales de la República Checa; artículo 8o., apdo. 2, Const. Hungría; artículo 13, Const. Turquía; artículo 17, apdo. 2, Const. Albania; artículo 11, párrafo 2, Const. Estonia; artículo 17, apdo. 2, Const. Kirguistán; artículo 54, apdo. 2, Const. Moldavia; artículo 28, Const. Argentina; respecto al efecto del artículo 19, apdo. 2 de la Ley Fundamental de Alemania; sobre Constituciones extranjeras véase Kokott, Juliane, “Grundrechtliche Schranken und Schranken-Schranken”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, 2004, pp. 853 (887 y s.).

al contenido esencial de un derecho humano o a la dignidad humana. Este tipo de decisiones es más bien poco común en la salvaguarda internacional de los derechos humanos. De acuerdo con la concepción desarrollada en esta contribución, también serían decisiones protectoras del contenido esencial aquellas que partiendo de la respectiva norma de derechos humanos, identifican específicamente áreas de libertades no sujetas a limitaciones, es decir, se trata de concreciones judiciales de los límites específicos de la restricción de los derechos humanos. En este punto resulta de interés particular observar mediante qué figuras dogmáticas y formas argumentativas se reacciona ante intervenciones particularmente intensas en los derechos humanos, y si sobre ello surge una jurisprudencia respecto de los contenidos esenciales de los derechos humanos que sea, al menos en una medida mínima, previsible. A continuación intentaremos abrir vías argumentativas a través del amplio conjunto de decisiones judiciales sobre la base de dos tesis:

1. La protección del contenido esencial de los derechos humanos es promovida por un estilo de argumentación basado en la categorización, es decir, ajeno a las ponderaciones, por parte de los tribunales.

2. Las formas argumentativas basadas en la categorización prestan una importante contribución al cumplimiento de las funciones centrales de la salvaguarda de los derechos individuales en materia de derecho internacional público.

A continuación se desarrollarán y fundamentarán sucesivamente ambas tesis.

## II. PROTECCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL MEDIANTE FORMAS ARGUMENTATIVAS BASADAS EN LA CATEGORIZACIÓN

Refirámonos por lo pronto a la primera tesis, según la cual la protección del contenido esencial de los derechos humanos es promovida por un estilo de argumentación basado en la categorización, es decir, ajeno a las ponderaciones por parte de los tribunales. El par de conceptos opuestos que se introduce aquí, *categorías* versus *ponderación*, ha sido tomado del debate clásico existente en los Estados Unidos acerca del método adecuado para interpretar la Constitución.<sup>25</sup> Allí se hace la distinción entre enfoques basados en la

<sup>25</sup> Entre las voces importantes en este debate, véase Aleinikoff, T. Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal* 96, 1987, p. 943; Blasi, Vincent, "The pathological perspective and the First Amendment", *Columbia Law Review* 85, 1985, p. 449; Hart Ely, John, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", *Harvard Law Review* 88, 1974-1975, p. 1482; Kahn, Paul W., "The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice

categorización o absolutistas (*absolutist approaches*) y enfoques de ponderación (*balancing approaches*). Sin embargo, aquí los conceptos se abstraen del contexto norteamericano para hacerlos útiles a la problemática del contenido esencial en materia de derechos humanos. ¿Qué se debe entender por formas argumentativas basadas en la categorización en materia de derechos humanos y en qué se diferencian éstas de otras formas argumentativas en el área de la concreción de los derechos humanos?

Las formas argumentativas basadas en la categorización desarrollan límites a la restricción de determinado derecho humano a partir del contenido específico del derecho de libertad respectivo y de las posibilidades de su restricción establecidas en el texto de la norma. La característica determinante del estilo “categorial” de argumentación es una concepción reduccionista del examen de proporcionalidad, según la cual se evitan las ponderaciones generales de los intereses y bienes jurídicos afectados relativas al caso particular. En lugar de ello se emplean otras formas argumentativas que pueden aparecer aisladas o también combinadas. Dentro de este grupo de las formas argumentativas basadas en la categorización tenemos por ejemplo el recurso a delimitaciones no dependientes de la ponderación para determinados grupos de casos *ex-negativo* basado solamente en la alta intensidad de la intervención. A ello se agrega el uso, independiente de toda ponderación, de prohibiciones en materia de derechos humanos como por ejemplo la prohibición de tortura y otras normas de derechos humanos formuladas como reglas, como por ejemplo el derecho de *habeas corpus*.

Lo contrario del estilo de argumentación basado en la categorización es el estilo de argumentación orientado a la ponderación. Aquí la decisión está dominada por la ponderación orientada puramente al caso particular, es decir, en la concepción alemana por el tercer nivel del examen de la proporcionalidad. En la literatura norteamericana se habla de *ad-hoc balancing*. En su focalización hacia la constelación particular de intereses, la ponderación genera una marcada orientación del tribunal al caso particular y ya de por sí evita las delimitaciones abstraídas de la norma. Se puede distinguir entre diferentes formas de la metáfora de la ponderación, diferentes lugares o momentos en el examen de un caso de derechos fundamentales o derechos humanos por parte del tribunal y diferentes puntos de referencia en la ponderación (intereses, valores, bienes constitucionales). En lo que respecta

Powell”, *Yale Law Journal* 97, 1987, p. 1; Nagel, Robert F., “The Formulaic Constitution”, *Michigan Law Review* 84, 1985-1986, pp. 165 y ss.; Scalia, Antonin, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *University of Chicago Law Review* 56, 1989, p. 1175; Schauer, Frederick F., “Formalism”, *Yale Law Journal* 97, 1988, p. 509; Sullivan, Kathleen M., “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review* 106, 1992-1993, p. 24.

a las formas de la metáfora de la ponderación, se hace adicionalmente una distinción entre la ponderación que *desplaza* y la ponderación que *equilibra*.<sup>26</sup>

Entre los polos que referimos arriba, es decir, entre la ponderación relativa concretamente al caso particular o ponderación *ad hoc* por una parte y la renuncia total a la ponderación en favor de argumentos basados en la categorización por la otra, es posible identificar otras formas específicas de argumentación. Entre estas formas intermedias está por ejemplo la llamada ponderación *definitoria*.<sup>27</sup> Aquí el tribunal efectúa una ponderación, pero genera a partir de ella una concreción normativa de un contenido esencial que puede ser invocada una y otra vez en casos similares. Un ejemplo de ello sería la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán con respecto a la pena de prisión perpetua.<sup>28</sup> Otra forma intermedia utilizada con frecuencia es la ponderación *condicionada por criterios*. Esta forma de ponderación desarrolla pautas para determinados grupos de casos que pueden dirigir la ponderación a manera de normas. Sin embargo, para poder clasificarla en uno de los dos estilos de argumentación lo importante es tener en cuenta si la ponderación condicionada por criterios se orienta puramente al caso particular o si por medio de los criterios se esbozan límites previsible de la restricción del derecho humano, que van más allá del caso particular.

<sup>26</sup> Aleinikoff, *op. cit.*, nota 25, p. 946; en el primer caso el Tribunal deduce a partir de la ponderación que el interés considerado como de menor “peso” debe pasar completamente a un segundo plano detrás del interés con el cual está en colisión. En cambio, en su segunda forma el objetivo de la ponderación es un equilibrio entre los intereses tematizados en la decisión y calificados por el tribunal en principio como de igual rango. El objetivo declarado de la segunda forma de ponderación es el de limitar el interés (o valor, bien constitucional) afectado en cada caso sólo en la medida estrictamente necesaria para la realización del otro interés afectado. En la discusión alemana sobre el tema Lerche acuñó el término del “equilibrio protector” moderado; respecto de este enfoque véase en *op. cit.*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1999, Bemerkungen zur Wiederauflage, p. XXII; y el término afín de la *concordancia práctica* de Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, Rn. 72; BVerfGE 93, 1 (21) identifica el principio de la concordancia práctica con el de la compensación protectora.

<sup>27</sup> Un ejemplo muy conocido de la ponderación definitoria en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *New York vs. Ferber*. La *US Supreme Court* decidió en este caso que la difusión de escritos con contenido de pornografía infantil como tal no cae dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión (*First Amendment*). Que la prohibición de la ley no está en conflicto con el *First Amendment*, ya que “the evil restricted [por la ley penal] so overwhelmingly outweighs the expressive interests, if any, at stake.”, U. S. Supreme Court, *New York vs. Ferber*, 458 U.S. 747, 763-764 (1982).

<sup>28</sup> BVerfGE 45, 187 (242), a este respecto con el argumento no suficientemente diferenciado de que las ponderaciones son inevitables en la jurisprudencia de los derechos fundamentales, Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 97.

Los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales usualmente emplean una mezcla de formas argumentativas basadas en la categorización y las orientadas a la ponderación. En general, la relación aquí asumida entre la protección efectiva del contenido esencial y la tipología de formas argumentativas en materia de derechos humanos que hemos esbozado someramente puede llevarse a la fórmula siguiente: “Mientras mayor sea la categorización del estilo de argumentación empleado, más elevado será su potencial de protección del contenido esencial”.

A continuación procuraremos hacer plausible esta fórmula. Analizaremos con más detalle dos formas argumentativas basadas en la categorización con alto significado práctico para la protección del contenido esencial de los derechos humanos, tomando como ejemplo las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del TEDH.

### 1. *La aplicación independiente de la ponderación en las prohibiciones relativas a derechos humanos*

Las prohibiciones relativas a derechos humanos, por ejemplo la paradigmática prohibición de la tortura, ponen de manifiesto en razón de su propia estructura normativa, que el ámbito de libertades protegido por la prohibición presenta una alta relevancia en cuanto al contenido esencial. Tanto en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos como en el Pacto Civil la prohibición de tortura, incluyendo el trato inhumano y humillante, está redactada en forma amplia y formulada como prohibición sin excepciones.<sup>29</sup> Desde la perspectiva de la doctrina de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, la prohibición de la tortura constituye una descripción negatoria de un ámbito parcial no restringible del derecho humano a la integridad física y psíquica entendido más ampliamente. Ese ámbito parcial guarda una relación particularmente estrecha con la dignidad humana.

En su estilo de argumentación tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la tradición de la Comisión, como el mismo Comité de Derechos Humanos de la ONU, toman en cuenta el carácter categórico de la prohibición; es decir, en sus decisiones prescinden prácticamente por completo de una ponderación general del interés privado de integridad respecto al interés público de restricción. Lo mismo vale también para casos extremos

<sup>29</sup> La prohibición de tortura se encuentra establecida tanto en el artículo 5o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el artículo 7o. del Pacto Civil de la ONU y el artículo 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

de colisión, tal como lo ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Gäfgen*.<sup>30</sup> El TEDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU se involucran cada vez menos en ponderaciones generales que conduzcan a una decisión sobre la causa, cuando la norma de derechos humanos misma está formulada conforme a la regla. Un ejemplo de actualidad es la decisión del TEDH en el caso *M vs. Alemania*, en la que la duración máxima de la detención preventiva prolongada legalmente *a posteriori* es considerada en Alemania como violación del principio de irretroactividad.<sup>31</sup> En este caso el principio de irretroactividad se aplicó sin ponderar los intereses de seguridad y las obligaciones de protección del Estado que pudiesen estar en colisión con la solicitud.

Otras prohibiciones en materia de derechos humanos, como por ejemplo la prohibición de homicidios estatales, son modificadas parcialmente por el texto de la norma mediante excepciones específicas.<sup>32</sup> Es decir, en estos casos la regla es la protección absoluta del ejercicio de la libertad garantizado por la prohibición, limitado solamente por excepciones claramente definidas. Desde la perspectiva de la protección del contenido esencial, lo importante aquí es que las excepciones sean interpretadas estrictamente y aplicadas independientemente de la ponderación.<sup>33</sup> Porque en el caso de los

<sup>30</sup> TEDH, *Gäfgen vs. Alemania* sentencia del 30 de junio de 2008, Application No. 22978/05, numeral 69.

<sup>31</sup> TEDH, *M vs. Alemania*, sentencia del 17.12.2009, Application No. 19359/04.

<sup>32</sup> La cláusula de restricción del derecho a la vida del artículo 2o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos limita en su artículo 2, apdo. 2, los homicidios justificables a las consecuencias de recursos a la fuerza, que sean “absolutamente necesarias” para defender a una persona contra una agresión ilegítima (artículo 2.2.a)], en detenciones conformes a derecho (artículo 2o., aparte 2 b) y para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección (artículo 2o., aparte 2, c) ). Sin embargo, según el Tribunal en estos casos excepcionales el homicidio como tal no está permitido y sólo puede constituir una consecuencia justificable del uso necesario de la fuerza. Según esto, el uso de la fuerza como tal debe ser *absolutamente* necesario para lograr el objetivo legítimo; la planificación y la ejecución de la operación deben asegurar que se agote toda posibilidad de proteger la vida; en tercer lugar la fuerza sólo podrá emplearse cuando el peligro para la vida de otras personas no pueda ser evitado de otra manera, CEDH (Sala Plena), *Makaratzis vs. Grecia*, sentencia del 20 de diciembre de 2004, Reports 2004-XI, Application No. 50385/99, numeral 57 ss.

<sup>33</sup> Aparte de los derechos formalmente no restringibles del artículo 3o. (tortura) y artículo 4o. (esclavitud) del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro, especialmente en cuanto al derecho a la vida del artículo 2.2 del Convenio, que aplica criterios independientes de la ponderación para verificar homicidios cometidos por agentes de seguridad, CEDH, *McCann y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, Series A, No. 324, Application No. 18984/91, numeral 150; en el caso *Guererro* también el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dejado claro que, de modo comparable a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, somete a los homicidios estata-

homicidios siempre nos movemos en el ámbito relevante para el contenido esencial. Esto lo evidencia la estructura prohibitiva de la norma. Con ello, toda “sobre-extensión” de las excepciones constituye una violación del contenido esencial.

## 2. *La aplicación independiente de la ponderación en los derechos humanos restringibles*

Pero, ¿qué significa la aplicación de formas argumentativas con base en la categorización a los derechos humanos restringibles que, tal como los establecen los artículos 8o.-11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sólo se garantizan bajo disposiciones de restricción redactadas de manera muy amplia? Una característica particularmente notoria del estilo de argumentación basado en la categorización respecto a estos derechos es el recurso a limitaciones independientes de ponderación para determinados grupos de casos *ex negativo* debido al grado de intensidad de la intervención. En estas limitaciones el Tribunal Constitucional Federal alemán por lo general hace referencia a la garantía de la dignidad humana, mientras que el Comité de Derechos Humanos de la ONU se refiere más bien a los contenidos esenciales específicos de los derechos del Pacto. En líneas generales, en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, este enfoque va acompañado de una revalorización del examen de idoneidad y de necesidad (medios alternativos menos lesivos). El Comité de Derechos Humanos de la ONU por lo general prescinde de extensas ponderaciones de intereses o bienes jurídicos en el caso individual. Los términos *balance* o *balancing* prácticamente no figuran en sus decisiones.

Tal como se dijo arriba, el Comité de Derechos Humanos de la ONU parte explícitamente de la idea de que todos los derechos humanos del Pacto Civil cuentan con contenidos esenciales a prueba de restricciones. Este supuesto se ve expresado en el Comité en una práctica argumentativa de orientación categorial en materia de derechos humanos. Entre los derechos restringibles existen numerosos ejemplos de ponderación de limitaciones establecidas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU: la detención que excede de cierta duración, por ejemplo, en ciertos casos constituye una violación del derecho a la libertad personal, independientemente de los intereses del Estado;<sup>34</sup> la obligación de cumplir con el servicio militar para in-

les a un estricto control de necesidad, Comité de Derechos Humanos de la ONU, *de Guerrero vs. Colombia*, Communication No. R.11/45 (1982), numeral 13.2.

<sup>34</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Omar Sharif Baban vs. Australia*, Communication No. 1014/2001 (2003), numeral 7.2.

dividuos que por razones religiosas obedecen a una estricta prohibición de matar, constituye una violación del contenido esencial de la libertad de culto.<sup>35</sup> Las limitaciones basadas en las categorizaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según las cuales un grupo de casos viola un determinado derecho humano en virtud del grado de intensidad de la intervención, son nuevamente invocadas y aplicadas en casos similares. Tales limitaciones a las reglas pueden ser consideradas como circunscripciones *ex negativo* de garantías básicas o contenidos esenciales para ciertos grupos de casos sin que en éstos la figura misma del contenido esencial tenga siempre que nombrarse *explícitamente*.

Este procedimiento es combinado con un examen de idoneidad y necesidad más exhaustiva como filtro previo, en el cual se le impone al Estado la carga de justificar por qué la medida en concreto era necesaria para el logro del objetivo de restricción admisible según el tratado correspondiente.<sup>36</sup>

A continuación nos ocuparemos más detalladamente de este examen revalorizado de la idoneidad y necesidad. Este puede prestar un aporte propio a la protección del contenido esencial en materia de derechos humanos. La cuestión de si la intervención en concreto realmente sirvió al objetivo de restricción contractualmente admisible es un asunto que ha sido estudiado exhaustivamente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. En ese estudio se verifica inicialmente si el objeto de la intervención siquiera constituía un peligro por ejemplo para la seguridad nacional o para la salud pública.<sup>37</sup> La pregunta acerca de cuáles formas de ejercicio de libertades realmente pueden constituir un peligro para el bien jurídico protegido por el límite de intervención, puede ser racionalizada por la jurisprudencia a través de límites de intervención formulados de manera implícita o explícita.

El ejemplo más conocido del empleo de estos límites de intervención es el llamado *test* de Brandemburgo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, según el cual las restricciones a la libertad de opinión sólo pueden ser justificadas cuando la expresión en concreto haya estado dirigida a un acto

<sup>35</sup> Por ejemplo Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Yeo-Bum Yoon y otros vs. la República de Corea*, Communication No. 1321/2004 y 1322/2004 (2006), numerales 8.2-8.4; Comité de Derechos Humanos de la ONU, General Comment No. 22, Doc. UN CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, numeral 11.

<sup>36</sup> Por ejemplo Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Park vs. la República de Corea*, Communication No. 628/1995 (1998), numeral 10.3.

<sup>37</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Park vs. la República de Corea*, Communication No. 628/1995 (1998), numeral 10.3.

*inminente* que vulnere un bien jurídico, o haya sido idónea para provocarlo.<sup>38</sup> Sin embargo, a través de ello se llega a una conclusión inversa en el ámbito de la formación interpersonal de opiniones y convicciones que no debe ser tocado por intervenciones del Estado, ya que con ello todas las expresiones de opinión que no generen riesgos inmediatos están absolutamente protegidas. En el derecho constitucional estadounidense la limitación de la restricción está conformada por excepciones estrechamente definidas de un derecho absolutamente protegido por el texto de la norma. Trasladado a los órdenes de los derechos fundamentales y de los derechos humanos que prevén una restricción de la libertad de expresión para proteger los derechos de otros o la seguridad nacional, el empleo de restricciones al caso concreto constituye una concreción de limitaciones que se aplica a nivel del examen de idoneidad. La limitación “Protección de la seguridad nacional” o de los “derechos de terceros”, por ejemplo, se concreta por la limitación de intervención en el sentido de que la expresión de opinión no solamente debe constituir un riesgo abstracto para los bienes jurídicos protegidos, sino un peligro inmediato o al menos externo. En el caso *Wunsiedel* la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal formuló y puso en práctica una limitación de esta naturaleza.<sup>39</sup> La Sala exige que la expresión de la opinión implique un “riesgo externo reconocible” para los bienes jurídicos protegidos, ya que sólo entonces se podrá hacer uso de la limitación.<sup>40</sup>

Pero volvamos al Comité de Derechos Humanos de la ONU. También ella recurre a limitaciones de intervención. En el caso de manifestaciones críticas al gobierno, por ejemplo, el Comité también exige la provocación causal de una situación de peligro reconocible por esa manifestación que vaya más allá de su efecto meramente mental. Sólo entonces la limitación de la “seguridad nacional” podrá justificar la intervención. Si bien el Comité de Derechos Humanos de la ONU no le niega al Estado signatario el derecho de hacer una evaluación propia, sí exige la presentación de hechos que sustenten el riesgo concreto para los bienes jurídicos protegidos. Con ello quedan garantizadas sin restricciones todas aquellas conductas de ejercicio de libertades para las cuales el Estado no pueda comprobar efectos concretos sobre los bienes jurídicos protegidos. Aun cuando de esta manera el contenido esencial del derecho humano sólo pueda determinarse en forma muy abstracta, este tipo de utilización de limitaciones de intervención constituye

<sup>38</sup> Véase U. S. Supreme Court, *Brandenburg vs. Ohio*, sentencia del 9 de junio de 1969, 395 U.S. 444 (1969), p. 444.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional Federal, 1 BvR 2150/08, apdo. No. 74; al respecto Hong, *op. cit.*, nota 5, pp. 121-124.

<sup>40</sup> *Ibidem*, apdo. No. 75.

una forma de argumentación categorial con efecto potencialmente protector del contenido esencial. Un extenso ámbito de conductas protegidas por los derechos fundamentales se sustrae a la restricción mediante el empleo de limitaciones de intervención.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también trabaja, por ejemplo, en el área de la manifestación de opiniones críticas al gobierno que se limitan por intereses de seguridad de Estado, con una limitación de incitación a la violencia.<sup>41</sup> De esta manera se eleva sustancialmente la previsibilidad de las decisiones relativas al contenido esencial.<sup>42</sup> Sin embargo, en intervenciones de alta intensidad esta ganancia en seguridad jurídica es nuevamente relativizada por otra figura dogmática. Se trata de la doctrina del margen de apreciación (*margin of appreciation*). En el caso de los intereses de seguridad de Estado el Tribunal frecuentemente opera con la doctrina del *margin of appreciation*, sin que pueda ser previsible cuándo exactamente esta figura interviene en favor del Estado miembro y cuándo no.<sup>43</sup> Debido a su heterogéneo manejo metódico por parte del Tribunal, la posición dogmática de esta figura debe continuar considerándose como indeterminada.<sup>44</sup> Sin embargo, muchas veces el *margin of appreciation* aparece en el marco de la ponderación como un “peso” sin mayor fundamento del lado de los intereses de intervención del Estado, que pueda influir en el proceso de ponderación a favor de los intereses de intervención del Estado.<sup>45</sup> Una función de este tipo es sumamente problemática en el sentido de que con ella el *margin* como justificación carente de fundamento de la intervención también puede ser empleado para intervenciones de intensidad particularmente alta. En general parece especialmente importante, desde la perspectiva de la protección

<sup>41</sup> Como por ejemplo en los casos *Žana y Sürek*: CEDH, *Žana vs. Turquía*, sentencia del 25 de noviembre de 1997, Reports 1997-VII, Application No. 18954/91; CEDH (Sala Plena), *Sürek y Özdemir vs. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999, Application No. 23927/94 y 24277/94.

<sup>42</sup> Aun cuando la barrera se define de manera mucho más indeterminada que por ejemplo en la prueba del *clear and present danger* del US-Supreme Court. Sobre ello llama la atención el juez Bonello con miras al caso *Sürek*, CEDH (Sala Plena), *Sürek y Özdemir vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 41, Concurring Opinion of Judge Bonello.

<sup>43</sup> CEDH, *Žana vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 41, numeral 61.

<sup>44</sup> Acerca del empleo del “margin” en el ámbito del artículo 10 véase también Grote, Rainer y Wenzel, Nicola, “Cap. 18 - Die Meinungsfreiheit”, en Grote, Rainer y Marauhn, Thilo (eds.), *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, 2006, marginal 100-105.

<sup>45</sup> En forma similar Walter Kälin y Jörg Künzli, “Today, however, it would seem that the court often invokes this legal approach in particularly controversial areas, sometimes even in cases with strong bearing on core aspects of the right, [...] so that it can declare them inadmissible or dismiss them without any real substantive examination”, Kälin, Walter y Künzli, Jörg, *The Law of International Human Rights Protection*, 2009, p. 471.

del contenido esencial en materia de derechos humanos, prescindir de la concesión de un *margin of appreciation* a los Estados miembros en todos aquellos casos en los que se trate de intervenciones relevantes para el contenido esencial. Ya existen casos en que el Tribunal ha rechazado la aplicación del *margin of appreciation* fundamentando esa decisión en que se afecta a la *esencia* del derecho humano.<sup>46</sup> Lamentablemente aún no se puede hablar de una jurisprudencia consolidada.

El segundo aspecto previo de importancia que ayuda a evitar la ponderación en el Comité de Derechos Humanos de la ONU es el examen de necesidad. También en este caso el Comité de Derechos Humanos de la ONU trabaja con un intenso control para determinar en cada caso particular si existían medios de intervención de menor intensidad. También aquí la carga de alegación recae en el Estado miembro.<sup>47</sup> Muchos casos llevados ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU fracasan en el momento de este examen. Pero si un caso supera la limitación de la idoneidad y de la necesidad, existe una alta probabilidad de que el Comité considere la medida como ajustada a derecho. Cuando las intervenciones son muy intensas, el Comité emplea delimitaciones categoriales o el argumento del contenido esencial como último recurso.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, el uso del examen de necesidad es poco consistente. En muchas decisiones del TEDH el examen de necesidad como punto de verificación individual se pierde en el torbellino de la ponderación general.<sup>48</sup> En el punto de comprobación necesaria en una sociedad democrática (*necessary in a democratic society*), o frente a una necesidad social imperiosa (*pressing social need*) de acuerdo con lo establecido en los artículos 8o. al 11 con frecuencia se da una posición dominante del examen del justo equilibrio (*fair-balance test*), que conduce a una ponderación del caso particular que terminará por decidir el caso.<sup>49</sup> No se tratará entonces de la cuestión previa formal de si el objetivo legislativo

<sup>46</sup> Con un comentario sobre este tipo de decisiones Rupp-Swienty, Anette, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, 1999, p. 173.

<sup>47</sup> A manera de ejemplo: Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Keun-Tae Kim vs. República de Corea*, Communication No. 574/1994 (1999), numeral 12.4.; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Park vs. República de Corea*, Communication No. 628/1995 (1998), numeral 10.3.; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Omar Sharif Baban vs. Australia*, Communication No. 1014/2001 (2003), numeral 7.2.

<sup>48</sup> El ejemplo clásico de esta metodología es CEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, Series A, No. 24, Application No. 5493/72, numeral 48.

<sup>49</sup> *Cfr.* van Dijk, Pieter y van Hoof, Godefridus J. H. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 340.

se corresponde con la calificación contractual, sino de la cuestión de si el objetivo respectivo sirve a valores sociales que en el caso particular han de tener mayor importancia que el interés individual protegido *prima facie* por el Convenio.<sup>50</sup>

En el marco del examen del justo equilibrio el TEDH en intervenciones de alta intensidad emplea con frecuencia *ponderaciones orientadas por criterios* con el fin de racionalizar la ponderación. La intensidad de la intervención por una parte y el interés de intervención del Estado por la otra, se clasifican según criterios determinados en algunos casos incluso por el derecho comparado.<sup>51</sup> En decisiones sucesivas el Tribunal se volverá a basar en estos criterios. Sin embargo, este método sólo protege el contenido esencial, si los criterios que se desarrollan para definir la intensidad de la intervención ayudan a demarcar límites previsibles de la restricción del derecho. Pero ése es sólo el caso cuando a partir de un determinado nivel de intensidad definible mediante los criterios, ya no se realiza una ponderación con los intereses de restricción del Estado, es decir, cuando la reserva de ponderación del examen del equilibrio justo es suprimida a partir de una intensidad de intervención definible. Sin embargo, en las decisiones del TEDH esto no ocurre con frecuencia. Por eso es que en líneas generales del TEDH en muchos ámbitos de sus decisiones no logra establecer unos mínimos previsibles de la protección de la libertad para constelaciones de casos típicos.<sup>52</sup> De esta manera se reduce considerablemente el posible aporte del TEDH a la protección de contenidos esenciales en materia de derechos humanos.

Tal como debería mostrar, la caracterización ejemplar de la jurisprudencia sobre intervenciones graves en los derechos fundamentales y dere-

<sup>50</sup> Acerca de la práctica del TEDH Christoph Grabenwarter y Thilo Marauhn, en Grote, Rainer y Marauhn, Thilo (eds.), *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, 2006, p. 361.

<sup>51</sup> Como ejemplo para esto puede servir la jurisprudencia acerca el artículo 8o. sobre la deportación de los llamados *second generation migrants*. CEDH, *Boujlifa vs. Francia*, sentencia del 21 de octubre de 1997, Reports 1997-VI, Application No. 25404/94; CEDH, *Üner vs. los Países Bajos*, sentencia del 18 de octubre de 2006, Application No. 46410/99.

<sup>52</sup> Así, la crítica del voto minoritario a la ponderación de criterios dio lugar a la cuestión de los límites de la designación de los llamados *second generation migrants* en CEDH, *Üner vs. los Países Bajos*, Application No. 46410/99, opinión divergente común de los jueces Costa, Zupančič y Türmen, numeral 16: “Por lo tanto, la única manera en que el hallazgo de una violación no puede justificarse, es cuando los «criterios de Boulif c.» —especialmente en su forma ampliada— se aplican, por estar dando mayor peso a la naturaleza y gravedad del delito. Más allá de un problema de método (¿cómo asignar peso relativo a los diversos factores sobre la base de unos diez principios rectores - ¿no estaremos aquí en presencia de la aparición implícita de un método que da prioridad a un criterio, en relación con el delito, y trata a los otros como secundarios o marginales?), creemos que es una cuestión de principio que está en juego”.

chos humanos, en la jurisprudencia de los tribunales judiciales investigados se hallan ejemplos tanto para formas argumentativas basadas en la categorización como para formas de argumentación orientadas a la ponderación. La orientación a la ponderación tiende a ser especialmente marcada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que el Comité de Derechos Humanos de la ONU practica más bien un estilo de argumentación basado en la categorización.

A continuación presentaremos de manera resumida los argumentos susceptibles de abstracción a favor y en contra de la ponderación como elemento central del estilo de argumentación en materia de derechos fundamentales y derechos humanos.

### 3. *Los pros y los contras de la orientación a la ponderación*

¿Qué razones podrían hablar en favor de convertir a la ponderación en elemento central de los fundamentos de las decisiones en materia de derechos fundamentales y derechos humanos?

La decisión por ponderación, según la argumentación de sus defensores, facilita un alto grado de justicia en cada caso individual ya que todos los aspectos del caso particular pueden ser tomados en cuenta.<sup>53</sup> Una actuación con base en categorías dicta, en cambio, determinados resultados y excluye a numerosas circunstancias de cada caso particular —por ser aspectos generalmente irrelevantes— de la consideración del juez.<sup>54</sup> Además, la ponderación como método concedería a los jueces un máximo de flexibilidad para ajustar la jurisprudencia a circunstancias variables: el futuro debe estar en la cultura de la ponderación, no constreñido a las categorías del pasado.<sup>55</sup> Adicionalmente, la ponderación muestra de forma transparente en la sentencia cuáles intereses están siendo afectados por la decisión y qué peso le otorgaron los jueces.<sup>56</sup>

*Robert Alexy* ha trasladado decisiones del Tribunal Constitucional Federal orientadas por la ponderación a modelos basados en la teoría de las normas que abstraen teóricamente ciertos elementos de ponderación en la jurisprudencia. Según *Alexy*, en las decisiones se ponderan principios que

<sup>53</sup> “Spezifisch verfassungsstaatliches Gerechtigkeitsprinzip”, Häberle, aporte a la discusión en Erbghuth, Wilfried y Schulte, Martin (eds.), *Abwägung im Recht*, 1996, pp. 43 (45).

<sup>54</sup> Sullivan, *op. cit.*, nota 25, p. 66.

<sup>55</sup> Schauer, *op. cit.*, nota 25, p. 542.

<sup>56</sup> Sullivan, *op. cit.*, nota 25, p. 67.

colisionan, entendidos como mandatos de optimización (por ejemplo libertad de prensa *versus* seguridad externa).<sup>57</sup>

Existe una regla constitutiva en la que se fundamentan las decisiones basadas en la ponderación del Tribunal Constitucional Federal:<sup>58</sup> “Mientras más alto sea el grado de incumplimiento o vulneración de uno de los principios, más alta tendrá que ser la importancia del cumplimiento del otro”.

Si bien esta ley de ponderación no puede determinar las decisiones en cuanto a su contenido, ciertamente dice “qué es lo importante en la ponderación, vale decir, el grado o la intensidad del incumplimiento o la vulneración de un principio por un lado y el grado de importancia del cumplimiento del otro principio por el otro”.<sup>59</sup> Ello conduce a una racionalización limitada de la ponderación, aun cuando la asignación de los grados de importancia correspondientes a los factores a ponderar no está determinada por la “ley de ponderación”. El acentuado enfoque de Alexy a las decisiones orientadas a la ponderación por parte del Tribunal Constitucional Federal lo lleva a una interpretación pesimista de la garantía de contenido esencial de la Ley Fundamental: “En comparación con el principio de proporcionalidad, la garantía de contenido esencial del artículo 19 apdo. 2 de la Ley Fundamental no formula ninguna limitación adicional a la posibilidad de restringir los derechos fundamentales”.<sup>60</sup> Como justificación teórica Alexy señala que no se puede excluir una constelación en la cual aún prevalecen “principios” opuestos.<sup>61</sup>

¿Cuáles son los argumentos esgrimidos en el debate a favor del estilo argumentativo basado en la categorización, es decir, en contra de una fuerte orientación a la ponderación en la jurisprudencia? En el debate estadounidense se aduce a favor de la forma de proceder categorial que representa la previsibilidad, seguridad jurídica y consistencia en las decisiones.<sup>62</sup> A ello se agrega una clara orientación a los otros poderes, donde se encuentran los límites a la restricción del derecho fundamental. Frecuentes objeciones contra la ponderación señalan que en esta forma de argumentación jurídica la ponderación de intereses públicos pasa del Poder Legislativo a los tribunales dependiendo del caso particular,<sup>63</sup> y que la decisión tomada a raíz de la pon-

<sup>57</sup> Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 145-154.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 145-154.

<sup>62</sup> Schauer, *Playing by the Rules*, 1991, pp. 137-145.

<sup>63</sup> Aleinikoff, *op. cit.*, nota 25, pp. 984-986; para la discusión alemana véase, en lugar de muchos, Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *FS Bundesverfassungsgericht*, Bd.

deración es difícilmente o nada racionalizable.<sup>64</sup> La atribución de “pesos” a los valores, bienes y principios heterogéneos continúa siendo decisionista.<sup>65</sup> Los intentos teóricos de racionalización de las decisiones, inspirados en las matemáticas, han fracasado y no logran captar la práctica de la decisión como práctica compleja del lenguaje.<sup>66</sup> Más que cuestiones de hecho, las valoraciones exigen una decisión mediante la cual se prefiere una posibilidad entre varias posibilidades mediante la aplicación de un criterio normativo.<sup>67</sup> En la ponderación esto se presenta en altísima medida.

Desde la década de los setenta y con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se ha debatido una y otra vez en la teoría del Estado alemana sobre la cuestión de en qué medida los dos primeros pasos del examen de proporcionalidad, a semejanza del examen de conveniencia, dependen de criterios de apreciación y con ello igualmente difíciles de racionalizar.<sup>68</sup> Por otra parte, no resulta fácil negar que particularmente la decisión de necesidad acerca de si existe un medio más benigno, que afecte menos al ciudadano, exige una evaluación judicial.<sup>69</sup> Si bien esa evaluación queda limitada a la constatación jerarquizadora de las intensidades de las posibles intervenciones, de todos modos sigue siendo una evaluación. Por

2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, pp. 445 (460-462); Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 29, 1990, pp. 1 (20 ss.).

<sup>64</sup> Schlink, *op. cit.*, nota 63, pp. 455 y ss.

<sup>65</sup> Ya muy temprano Denninger, Erhard, “Polizei und demokratische Politik”, *JZ*, 1970, pp. 145 (152); la proporcionalidad como “agente igualador y ablandador” en Ossenbühl, Fritz, “Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen — Aussprache”, *VVD-StRL* 39, 1981, p. 189; en importantes monografías de tiempos más recientes *Jestaedt, op. cit.*, nota 6, pp. 241-248; Poscher, *op. cit.*, nota 7, p. 94 m.w.N.; sobre las ponderaciones “carentes de asidero” normativo entre la libertad individual y las necesidades de seguridad de la sociedad, Möllers, “Urteilsanmerkung zu LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, sentencia del 21.10.1999 — LVerfG 2/98”, *ThürVBl.*, 2000, pp. 41 (43); Neumann, *op. cit.*, nota 16, pp. 102 y ss.; sobre la imposibilidad de normas generales de ponderación en el marco del principio de igualdad Lerke Osterloh, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz: Kommentar*, 1999, artículo 3o., marginal 90.

<sup>66</sup> Sobre los esfuerzos de argumentación teórica por lograr una objetivación de este proceso, fracasados según el parecer de los autores Christensen y Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, 2007, pp. 357-359.

<sup>67</sup> Schlink, *op. cit.*, nota 63, p. 456.

<sup>68</sup> Con un resumen del debate que él mismo definió en forma decisiva: Schlink, *op. cit.*, nota 63, pp. 445 y ss.

<sup>69</sup> Con postura crítica ante valoraciones no racionalizables Dechsling, Rainer, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, pp. 63 y ss.; Hirschberg, Lothar, *op. cit.*, nota 16, pp. 153 y ss.; Nell, Ernst Ludwig, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, 1983, pp. 137 y ss.

esa razón *Bernhard Schlink*, el promotor más reconocido de una reducción del examen de proporcionalidad a los aspectos de la idoneidad y la necesidad de la intervención, ha sugerido sustraer al tribunal, en el examen de la necesidad, de la decisión sobre si el medio alternativo es menos grave.<sup>70</sup> En lugar de ello se ha de incluir la evaluación del ciudadano afectado como hecho en el proceso del tribunal de tomar la decisión. El tribunal deberá aceptar la posición del afectado. En ese contexto luce importante dejar claro que, a pesar de los elementos de evaluación, la decisión del tribunal en el marco del examen de necesidad es una decisión más limitada en cuanto a la argumentación. Se trata solamente de una comparación de los medios que el Estado tiene a su disposición. En la ponderación hecha en el marco del examen de conveniencia, en cambio, más allá de la comparación evaluadora de los posibles medios, se efectúa una observación relacionada de intereses, bienes o valores abstraídos.

Otro argumento, particularmente importante en el marco de este trabajo, en contra de una marcada tendencia a la ponderación, son las desventajas de la fuerte fijación al caso particular para el discurso jurídico, que de esta manera pierde su orientación a las normas.<sup>71</sup> Si uno compartiese esa apreciación, para el presente cuestionamiento ello implicaría que los límites a la restricción establecidos en la decisión basada en la ponderación sólo difícilmente serían transferibles a otros casos donde el grado de intensidad de la intervención es similar. Los defensores de la ponderación opusieron a esto que las decisiones en casos particulares logradas mediante la ponderación en todo caso aún pueden ser “universalizadas”, ya que también de las decisiones basadas en la ponderación es posible abstraer “leyes en colisión”.<sup>72</sup>

*Habermas* agregó otro argumento adicional a la crítica a la orientación a la ponderación. Él teme que los derechos fundamentales y derechos humanos, por su equiparación con mandatos de optimización ponderables, puedan perder su carácter de derechos jurídicos:

Una aplicación del derecho orientada por principios ha de decidir sobre qué derecho y qué acción es de justicia en un conflicto dado —y no acerca del mejor equilibrio de bienes jurídicos o de la mejor jerarquía entre valores. [...] La validez jurídica (*Rechtsgeltung*) del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos bajo circunstancias dadas.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Respecto a las exposiciones más amplias de Schlink, véase *op. cit.*, nota 63, pp. 456 y s.

<sup>71</sup> Véase Müller, *Juristische Methodik*, 1976, p. 54.

<sup>72</sup> Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

<sup>73</sup> Habermas, *op. cit.*, nota 11, p. 317 (versión en castellano, p. 334).

*Habermas* advierte que el discurso jurídico corre peligro de perder su codificación (*Codierung*) jurídica propia si los tribunales ven su misión esencial en el balance de bienes y valores. Otro argumento esgrimido en contra de la orientación a la ponderación es que se observa en la ponderación ilimitada de derechos individuales con otros principios constitucionales, una amenaza para la salvaguarda de libertades elementales por los derechos fundamentales y los derechos humanos. *Ronald Dworkin*, el padre del *interpretative turn* en la teoría del derecho, se ha expresado de manera muy crítica sobre el valor potencial explicativo de la metáfora de la ponderación para una teoría del derecho, de la manera siguiente:

La metáfora de la ponderación entre el interés público frente a las reclamaciones personales se establece en nuestra retórica política y judicial, y esta metáfora le da al modelo, tanto la familiaridad como la apelación. Sin embargo, el primer modelo es falso, sobre todo en el caso de los derechos en general, considerada como importante, y la metáfora es el corazón de su error [...] El primer modelo asume que el 'derecho' de la mayoría es un derecho de competencia que debe ser equilibrado en esta forma, pero que, como señalé antes, es una confusión, un desorden que amenaza con destruir el concepto de los derechos individuales.<sup>74</sup>

Esta postura crítica de *Dworkin* frente a la metáfora de la ponderación lleva implícita una concepción anti-utilitarista de los derechos, la cual — como ya se ha dicho — contribuye también a definir como premisa de fondo las tesis desarrolladas en este trabajo.<sup>75</sup> A partir de la historia constitucional estadounidense, *Geoffrey R. Stone* ha hecho una deducción similar sobre la orientación a la ponderación de los tribunales:<sup>76</sup>

A medida que los tribunales estadounidenses han aprendido de la experiencia, investigaciones no estructuradas sobre la “razonabilidad” en el ámbito de las libertades individuales con demasiada frecuencia han conducido al sacrificio de los derechos fundamentales de cara a lo que parece ser en el momento de la decisión, las necesidades sociales más apremiantes. Claramente, es más probable que las normas estrictamente definidas en el largo plazo preserven

<sup>74</sup> *Dworkin, Ronald op. cit.*, nota 11, p. 199.

<sup>75</sup> *Stone, Geoffrey R.*, “Limitations on Fundamental Freedoms: The Respective Roles of Courts and Legislatures in American Constitutional Law”, en *Mestral, Armand de et al.*, (eds.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, 1986, p. 182.

<sup>76</sup> En este lugar *Dworkin* no por casualidad invoca la concepción kantiana de los derechos, *ibidem*, pp. 198-200.

las libertades fundamentales, porque ellas son menos para inducir a los tribunales en tiempos de estrés, que para “ponderar” los derechos de la existencia.

El concepto del contenido esencial mismo implica límites del poder de disposición de la sociedad sobre las posiciones jurídicas en materia de derechos fundamentales y derechos humanos; límites que en el discurso jurídico institucionalizado son susceptibles de ser actualizados por los tribunales, incluso cuando según la opinión del gobierno y del parlamento son contrarias a la materialización de intereses colectivos particularmente importantes. Las secciones precedentes han pretendido mostrar que una protección previsible del contenido esencial de los derechos humanos da por sentado el empleo de formas de argumentación basadas en la categorización. Pero ello no significa que una jurisprudencia que apuesta con preferencia por la ponderación *ad hoc* en el caso particular, necesariamente conduzca a un grado inferior de protección de los derechos humanos. Y es que en el estilo de argumentación basado en la categorización siempre depende de en dónde los tribunales establecen los límites en determinados grupos de casos. No obstante se puede dejar establecido que cuando ocurre una marcada orientación a la ponderación sólo podrá tener lugar una muy limitada concreción *previsible* de los contenidos esenciales. Si bien, como se ha mencionado arriba, existen formas de ponderación a las que bajo determinadas circunstancias ciertamente se les puede reconocer un efecto protector del contenido esencial, por ejemplo la ponderación definitiva, pero mientras la orientación a la ponderación tienda más hacia una observación meramente relacionadora del caso particular que domina argumentativamente el fundamento de la decisión, menores serán los márgenes restantes para la aplicación de formas de argumentación protectoras del contenido esencial. Pero no es sólo la ponderación *ad hoc* la que se puede identificar como problema para la protección del contenido esencial en materia de derechos fundamentales y derechos humanos. Otras figuras de argumentación asociadas frecuentemente con la ponderación, como por ejemplo la del *margin of appreciation* en la protección de los derechos humanos en materia de derecho internacional público, según el modo de aplicación también pueden hallarse en una relación de tensión con la protección del contenido esencial en materia de derechos fundamentales y derechos humanos.

La tipología de las formas argumentativas protectoras del contenido esencial realizada en este trabajo es apenas un esbozo de los primeros rasgos de una teoría que trasciende los órdenes normativos de la protección del contenido esencial en materia de derechos fundamentales y derechos humanos. Estudios de derecho comparado sobre la decisión en materia de

derechos fundamentales y derechos humanos podrían ayudar a profundizar esta teoría. Para ello será necesario incluir otros órdenes constitucionales nacionales en el objeto del estudio. Ello enriquecerá el debate en el derecho comparado, en el cual la orientación a la ponderación está siendo reflejada de manera problemática por algunos autores como una forma de argumentación “universal” y carente de alternativas en materia de derechos fundamentales y derechos humanos.<sup>77</sup>

### III. LAS FORMAS ARGUMENTATIVAS CATEGORIALES PRESTAN UN VALIOSO APORTE AL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES CENTRALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En primer término, según los artículos 1o. y 19.2 de la Ley Fundamental alemana, es obligación de todas las instituciones intraestatales encargadas de la aplicación de los derechos fundamentales garantizar los contenidos esenciales constitucionales de los derechos garantizados. Si desde la perspectiva de la protección del contenido esencial de los derechos humanos, el sistema de protección nacional no cumple suficientemente con esa función o queda por debajo del estándar de la protección de derechos humanos en materia de derecho internacional público, entonces corresponderá a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en cumplimiento de la misión que les ha encomendado el derecho internacional público, determinar las violaciones de los contenidos esenciales y actuar para lograr su subsanación.

En su función genuinamente jurídica, corresponde a los tribunales de derecho internacional público como cuerpos cuasijudiciales en demandas individuales, esbozar contenidos esenciales en materia de derechos humanos en las decisiones retrospectivas solicitadas por individuos —en situaciones de nuevas amenazas y bajo constelaciones de casos de la vida real constantemente cambiantes—. Las decisiones que protegen el contenido esencial generan nuevas cargas argumentativas más allá del caso particular: “obligan” a los actores del Estado a referirse a las delimitaciones categoriales al justificar determinadas intervenciones; adicionalmente descargan a los tribunales, los cuales en su argumentación pueden referirse a sentencias anteriores cuando deben decidir sobre constelaciones similares, muchas veces bajo gran presión política; y hacen posible un análisis crítico de los

<sup>77</sup> Así, para el derecho constitucional comparado Beatty, David, “Law and Politics”, *American Journal of Comparative Law* 44, 1996, pp. 131 (142 y ss.).

participantes en el ámbito de la jurisprudencia. Sólo si las decisiones que van más allá del caso particular son susceptibles de crítica por ser en exceso restrictivas o demasiado protectoras de las libertades, surgirán puntos de cristalización discursiva para el entendimiento sobre posiciones elementales de libertad.

En relación con este aspecto no negaremos que las delimitaciones categoriales pueden generar conflictos sobre la definición de los contenidos esenciales en materia de derechos fundamentales y derechos humanos, con las instituciones nacionales encargadas de la protección de los derechos fundamentales. Surge aquí el interrogante acerca de si una jurisprudencia de orientación categorial por parte de los tribunales internacionales podría, en su rigidez, conducir a los Estados signatarios a una pérdida de aceptación de la protección de los derechos humanos en materia de derecho internacional público. Y es que precisamente la orientación a la ponderación constituye sobre todo un instrumento de flexibilización de los tribunales internacionales. Como tal puede ser empleada por tribunales e instituciones cuasijudiciales para evitar conflictos jurídico-políticos con los órganos de los Estados signatarios. Lo mismo vale para la figura argumentativa del *margin of appreciation*.

Cabe preguntarse, ¿si la aplicación de formas de argumentación basada en la categorización —aquí favorecida— **no conduce a que la jurisprudencia pierda estos instrumentos de flexibilización para la prevención de conflictos?** De hecho hay que reconocer que con la aplicación de delimitaciones categoriales se le están sustrayendo a los tribunales internacionales e instituciones judiciales posibilidades de flexibilización de los estándares en materia de derechos humanos, que a su vez traerían consigo una marcada orientación a la ponderación y también al *margin of appreciation*. El tribunal internacional en una decisión futura, no podrá volver a caracterizar *a priori* como intervención justificable del Estado, las violaciones de contenido esencial determinadas para ciertos grupos de casos o condiciones de intervención. De acuerdo con la perspectiva aquí asumida, el margen de acción de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos para responder a la presión política de los Estados signatarios, se reduce a medida que aumenta el grado de intensidad de la intervención en los derechos humanos. En cambio, una jurisprudencia jurídico-política flexibilizada sobre casos de intervención particularmente intensa en los derechos humanos, sería contraria al objetivo básico de la protección del contenido esencial en materia de derechos fundamentales y derechos humanos, el cual es el esbozo de *mínimos* confiables para el ejercicio de las libertades bajo los distintos derechos. Por esta razón, las posibles desventajas de las delimita-

ciones basadas en la categorización tendrían que pasar a un segundo plano tras este objetivo básico. A ello se agrega que las formas argumentativas que protegen el contenido esencial también pueden ser desarrolladas cuidadosamente en la aplicación de nuevas constelaciones de casos sin tener que renunciar a su función creadora de estándares.

En estas situaciones la utilización de formas de argumentación basadas en la categorización no solamente es requisito indispensable para la eficacia de la judicatura en la protección de los contenidos esenciales, sino que a largo plazo incluso puede conducir a una distensión en la conflictiva relación entre las instituciones nacionales y las instituciones de derecho internacional público encargadas de la protección de los derechos humanos. Además —según la suposición a ser comprobada mediante investigaciones más profundas— al ayudar a definir estándares mínimos previsibles en materia de derechos humanos para las distintas áreas de libertades, el empleo de formas argumentativas basadas en la categorización en la práctica de las decisiones judiciales y cuasijudiciales puede ofrecer una orientación más clara a los órganos nacionales encargados de la protección de los derechos fundamentales. La alta receptividad de las formas argumentativas basadas en la categorización facilita el cumplimiento de los contenidos esenciales en materia de derecho internacional público por parte de los aplicadores nacionales del derecho y de esta manera puede ayudar a evitar conflictos entre los distintos niveles.

En cambio, cuando la judicatura en materia de derecho internacional público tiene una marcada orientación hacia la ponderación, los límites a la restricción reconocibles para el nivel nacional se esbozan en una medida mucho menor. De esta manera, las decisiones de los tribunales internacionales basadas en la ponderación pueden colisionar una y otra vez con decisiones basadas en la ponderación tomadas por un tribunal nacional, con lo que un discurso sobre los límites de la restricción de determinadas libertades que vaya más allá del caso particular sólo podrá surgir en forma limitada. El efecto orientador de las decisiones es escaso. Al recurrir a la ponderación *ad hoc*, la creación de grupos de casos y constelaciones de intervención tipificadas *ex negativo* en las cuales está presente una violación del contenido esencial de un derecho humano, sólo es posible con grandes limitaciones. Así, incluso con miras a sus propios márgenes de acción, ni los parlamentos nacionales ni los tribunales nacionales podrán orientarse en los límites de la restricción de la protección del contenido esencial en materia de derechos humanos establecidos de manera categorial. Visto desde esta perspectiva de más largo plazo es precisamente la orientación a la ponderación con su escasa capacidad de establecer patrones en cuanto a la protección de conte-

nidos esenciales, la que a largo plazo puede elevar el potencial de conflicto entre los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales y derechos humanos. Si bien el establecimiento de límites categoriales por parte de los tribunales también puede conducir a conflictos entre los distintos niveles, éstos generan un mayor grado de seguridad jurídica y con ello cumplen, al mismo tiempo, una función de prevención de conflictos.

Para concluir, esta mirada al valor potencial de la jurisprudencia protectora de contenidos esenciales para la interacción entre los distintos niveles de diversas instituciones encargadas de la protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, puede resumirse como sigue: la jurisprudencia que protege el contenido esencial contribuye a definir *mínimos* para el ejercicio de las libertades individuales bajo los distintos derechos fundamentales y derechos humanos. La protección de los derechos humanos en el derecho internacional público tiene como función principal la de esbozar los contenidos esenciales de los distintos derechos humanos por conducto de sus instituciones judiciales y cuasijudiciales. Aun cuando en los procedimientos disponibles no siempre se podrán imponer de manera efectiva estos contenidos esenciales en el nivel nacional, ellos sí tienen el potencial de marcar a largo plazo el discurso jurídico entre los distintos niveles sobre los límites de la restricción de los derechos fundamentales y derechos humanos y de ser adoptados por los aplicadores nacionales del derecho. Más allá de la *res iudicata*, la jurisprudencia protectora de contenidos esenciales genera, bajo condiciones de intervención similares, altas cargas argumentativas para todos los Estados signatarios de un tratado sobre derechos humanos. Desde esta perspectiva, una protección del contenido esencial de los derechos humanos a todos los niveles que recién se posibilita por una cultura de decisiones basadas en la categorización, constituye el aporte jurídico específico a un discurso universal sobre experiencias elementales de injusticia.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> “Erfahrungen von Verelendung, Unrecht und Unfreiheit”, en Schwartländer, Johannes (ed.), *Menschenrechte: Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung*, 1978, p. 86; “Erfahrungen strukturellen Unrechts” haciendo referencia a Schwartländer en Bielefeldt, “Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung”, en Lohmann, Georg y Nooke, Günter (eds.), *Gelten Menschenrechte universal?*, 2008, pp. 98 (126); “elementare Unrechtserfahrungen” en Kotzur, Markus, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 330; “Universalismus aus gemeinsamer Erfahrung”, en Hofmann, Hasso, “Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats”, *Der Staat* 34, 1995, pp. 1 (27); interpretado como un acceso específicamente europeo; Günther, Klaus, “The Legacies of Injustice and Fear: a European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture”, en Alston, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, pp. 117 y ss.