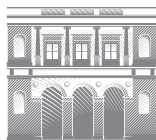


Filosofía del Derecho Constitucional

PRINCIPIOS Y PROPORCIONALIDAD REVISITADOS

Federico De Fazio
Coordinador



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Filosofía del Derecho Constitucional



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JAVIER MARRA OLEA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Principios y proporcionalidad revisitados

Federico De Fazio
Coordinador



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2021

Primera edición: enero de 2021

Principios y proporcionalidad revisitados

© Federico De Fazio

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-69-1

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Fernanda Sugrey Pacheco Díaz
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Introducción	
FEDERICO DE FAZIO	15

PARTE I **CONCEPCIONES DE LOS PRINCIPIOS** **Y CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS** **FUNDAMENTALES**

La construcción de los derechos fundamentales	
ROBERT ALEXY	23
I. La construcción como reglas.....	24
II. La construcción como principios y el principio de proporcionalidad.....	27
III. Objeciones contra la construcción como principios	28
IV. La racionalidad de la ponderación	31
Bibliografía.....	40

La teoría de los principios: un marco para el razonamiento autónomo	
JAN-R. SIECKMANN.....	43
I. Problema.....	43
II. Argumentos normativos, ponderación y autonomía	45
III. Normas, proposiciones normativas y argumentos normativos.....	47
IV. El concepto de los principios.....	58
V. Conclusión.....	62
Bibliografía.....	63
Teoría de los principios. Avances y problemas	
FEDERICO DE FAZIO.....	65
I. Introducción.....	65
II. La tesis de la diferencia clasificatoria entre principios y reglas.....	67
III. El concepto de los principios.....	77
IV. Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	92
La noción de principios jurídicos en Hermann Heller y su relevancia para la teoría constitucional	
LETICIA VITA.....	97
I. Introducción.....	97
II. Heller en el contexto de la <i>Methodenstreit</i> weimare- sa.....	100
III. La noción de principios jurídicos en la teoría del de- recho de Hermann Heller.....	107
IV. Los principios éticos del derecho y los jueces: el con- trol de constitucionalidad en Weimar.....	112
V. Los elementos “precursores” de la teoría de los prin- cipios jurídicos en Heller.....	119
VI. Conclusiones.....	122
Bibliografía.....	123

PARTE II

**LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y LA PROPORCIONALIDAD;
RELEVANCIA PARA LA TEORÍA Y PRÁCTICA
CONSTITUCIONAL Y DE DERECHOS HUMANOS**

La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa

CARLOS BERNAL PULIDO	133
I. Introducción	133
II. Seis migraciones de la proporcionalidad a través de Europa.	143
III. Una justificación de la migración del principio de proporcionalidad a través de Europa	161
Bibliografía.	180

La teoría de los principios y el control de constitucionalidad y convencionalidad

PABLO G. LÓPEZ RUF	191
I. Introducción	191
II. La noción de principio en la teoría de Alexy	193
III. La tesis relevante de la teoría de los principios de Alexy.	200
IV. Conclusiones	213
Bibliografía.	216

Los principios implícitos: el caso de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*

ROCÍO VILLANUEVA FLORES	219
I. Una síntesis de la concepción pospositivista del derecho de Manuel Atienza	220
II. Los principios implícitos	224
III. Los derechos sexuales y reproductivos	232
IV. Algo más sobre la jurisdicción en materia de derechos sexuales y reproductivos. La importancia de la	

distinción entre el contexto del descubrimiento y el de justificación.	244
Bibliografía.	248

PARTE III

EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN CONTEXTO

¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?*	
MARÍA JOSÉ AÑÓN	255
I. Introducción: cuestiones normativas y conceptuales.	255
II. Prohibición de regresividad y contenido esencial de los derechos: por una vinculación posible.	265
III. Prohibición de regresividad y argumentación: legitimidad y proporcionalidad.	276
Bibliografía.	289
La proporcionalidad en concreto y el registro de la opresión multidimensional: género y pobreza	
MARTÍN ALDAO	
LAURA CLÉRICO	297
I. Introducción	297
II. La doctrina del margen de apreciación estatal del TEDH en sus dos variantes: la clásica y la procedimental.	301
III. La urgencia de sostener un examen de proporcionalidad en concreto	310
IV. Consideraciones finales	321
Bibliografía.	323
Derecho a la educación y examen de proporcionalidad	
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI.	329
I. La educación como derecho fundamental.	329
II. El modelo de reglas y principios.	334

III. Aportes del examen de proporcionalidad a la mayor exigibilidad del derecho a la educación como derecho social	344
Bibliografía.....	346
Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en derecho penal	
GLORIA PATRICIA LOPERA MESA	349
I. Dos sentidos de la proporcionalidad en derecho penal	350
II. Proporcionalidad de las penas y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.....	356
III. En defensa de la compatibilidad entre proporcionalidad de las penas y proporcionalidad en sentido estricto	360
Bibliografía.....	367

Introducción

Esta obra congrega una serie de trabajos recientes que tratan —y actualizan— la discusión en torno a la teoría de los principios y del examen de proporcionalidad.

La parte I versa sobre las diversas concepciones de los principios y su impacto en la manera en que deben ser interpretadas las normas de derecho fundamental. El artículo que da inicio a la presente edición pertenece a Robert Alexy y constituye una defensa de la aplicación de su teoría de los principios al ámbito de las normas de derecho fundamental. La teoría de los principios alexyana afirma, resumidamente, que las normas deben ser distinguidas entre dos clases: las reglas y los principios. Las primeras tienen la estructura de mandatos definitivos y se aplican por medio de la subsunción, mientras que los segundos tienen la estructura de mandatos de optimización y se aplican a través del examen de proporcionalidad. Robert Alexy sostiene que las normas de derecho fundamental no pueden ser reconstruidas exclusivamente como reglas, puesto que de ese modo no podría explicarse por qué se admiten restricciones a los derechos fundamentales y por qué muchas de sus colisiones son resueltas por medio de la ponderación. De acuerdo con él, la forma de cubrir este déficit es interpretando que las cláusulas constitucionales contienen, además de reglas, principios. Por supuesto, la aplicación de su teoría de los principios al ámbito de las normas constitucionales supone afrontar numerosas objeciones. Sin embargo, el autor centra su atención, exclusivamente, en aquellas objeciones dirigidas en contra de la racionalidad de la ponderación e intenta brindar algunas respuestas o contraargumentos. Para ello, desa-

rolla dos nociones ampliamente difundidas dentro de su teoría: la “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso”.

El segundo artículo que integra la primera sección, autoría de Jan Sieckmann, representa una objeción general a dos ideas ampliamente difundidas acerca de los principios: que pueden ser distinguidos lógicamente de las reglas desde el punto de vista de la teoría de las normas, y que se trata de normas que necesariamente requieren de una ponderación. Según el autor, una distinción genuina es aquella que se da, desde el punto de vista del razonamiento práctico, entre los argumentos normativos y las proposiciones normativas. Los primeros son normas que deben ser ponderadas, mientras que las segundas son normas resultado de la ponderación. Si se acepta esto, entonces es fácil advertir que no todo argumento normativo es un principio, ni todo principio es un argumento normativo. Entonces, la cuestión pasa por saber cómo deben ser entendidos los principios. De acuerdo con Sieckmann, una concepción plausible es entenderlos como el marco normativo del razonamiento autónomo. Este marco normativo incluye principios estrictamente válidos por ser constitutivos de la estructura del razonamiento práctico y de la autonomía, principios que figuran como punto de partida de la argumentación que refieren a intereses individuales, y argumentos normativos resultantes de las exigencias basadas en intereses de los agentes autónomos.

El tercer texto, elaborado por Federico De Fazio, está íntimamente ligado con la discusión anterior. El trabajo tiene el propósito de ofrecer un estado de la cuestión de la teoría de los principios en cuanto teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de normas. Allí se sostienen dos hipótesis principales. La primera indica que la tesis de la diferencia clasificatoria, y no meramente gradual, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contraejemplos capaces de refutarla. La segunda sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas. A los efectos de respaldar estas dos hipótesis, Federico De Fazio se encarga, en un primer momento, de analizar los criterios de individualización propuestos por

Ronald Dworkin para justificar la tesis de la diferencia clasificatoria entre principios y reglas y evaluar las principales objeciones que se han dirigido en su contra. En una segunda instancia, examina críticamente el problema referido a la definición conceptual de los principios, tomando como punto de partida a la teoría de los mandatos de optimización de Robert Alexy y estudiando, posteriormente, las teorías alternativas del supuesto de hecho abierto propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, así como la de los argumentos normativos defendida por Jan Sieckmann.

El cuarto trabajo de esta sección es presentado por Leticia Vita y trata sobre la noción de los principios en la teoría del jurista socialdemócrata Hermann Heller. Normalmente, los trabajos que se han dedicado a analizar su obra se han focalizado en su teoría del Estado. Contrariamente a esta tendencia, Leticia Vita pretende destacar la importancia de su teoría del derecho a fin de mostrar que sus ideas sobre la estructura del sistema jurídico y la validez de los principios jurídicos permiten dar cuenta de la relación entre derecho y poder en el marco de los Estados constitucionales, la función de los jueces en una democracia, al tiempo que resultan precursoras de las ideas que posteriormente desarrollará Robert Alexy.

La parte II se dedica a analizar la adecuación de la teoría de los principios y del examen de proporcionalidad para reconstruir la práctica de adjudicación de derechos constitucionales y humanos. El texto que da comienzo a esta sección corresponde a Carlos Bernal Pulido. En su trabajo, el autor parte de un dato verificado empíricamente: el examen de proporcionalidad es uno de los “trasplantes jurídicos” más exitosos y ha migrado por casi todo el mundo. A partir de allí, el artículo pretende brindar una justificación normativa de este trasplante en el ámbito europeo. Sostiene la tesis de que si bien existen varias razones que pueden justificar una migración del examen de proporcionalidad de un contexto a otro, hay un denominador común a todos los trasplantes: que el uso del examen de proporcionalidad se torna normativamente necesario para cualquier jurisdicción cada vez que se trate de la adjudicación de derechos constitucionales.

El segundo artículo es autoría de Pablo López Ruf. El propósito principal del autor es enfatizar la importancia de la teoría de

los principios de Robert Alexy a la hora de reconstruir la manera en que los jueces hacen uso del control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes. Con dicho propósito en miras, primero expone la teoría de los mandatos de optimización de Alexy y sus diferencias con la teoría de Dworkin. En segundo lugar, explica los fundamentos de la tesis de la conexión conceptual de los principios y el examen de proporcionalidad. Posteriormente, reconstruye el uso de este último por medio de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia argentina.

El tercer trabajo es obra de Rocío Villanueva Flores. La autora parte de la concepción pospositivista de Manuel Atienza, quien sostiene que el derecho no solo está compuesto por las decisiones de la autoridad, sino también por un conjunto de valores y fines que dicha práctica social persigue. Ello le permite distinguir entre principios explícitos e implícitos. Los primeros son producto de un acto de promulgación. En cambio, los segundos son aquellos que no se identifican en virtud de su *pedigree*, sino por su coherencia valorativa con las otras normas del sistema. En definitiva, se trata de principios cuya fuente proviene de un acto de elaboración racional o argumentativa del derecho explícito. Esta noción de “principios implícitos” le permite a Rocío Villanueva Flores formular una evaluación crítica acerca de cómo deben ser interpretados los derechos sexuales y reproductivos en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La parte III se focaliza en el análisis del uso del examen de proporcionalidad en diversos contextos y jurisdicciones. La sección comienza con un artículo de María José Añón, quién se pregunta acerca de cuáles son los límites a las regresiones que afectan derechos sociales. Su tesis afirma que hay, al menos, dos límites indisponibles: *i*) por un lado, el contenido esencial de los derechos sociales, y *ii*) por el otro, la legitimidad constitucional o convencional del fin perseguido por la acción regresiva. Posteriormente, la autora se pregunta: ¿qué sucede con aquellas regresiones que persiguen fines legítimos y que afectan derechos sociales por encima de su contenido esencial? Frente a estas situaciones, su respuesta es que no existe una total libertad de configuración a favor del Estado, sino que debe hacerse uso del examen de proporcionalidad a los efectos de evaluar la justificación

de la medida restrictiva. De esta manera, el examen de proporcionalidad no representaría una forma de argumento alternativa, sino complementaria a la determinación del contenido esencial y de la legitimidad del fin.

En el segundo artículo de la sección Laura Clérico y Martín Aldao plantean la tesis de la insuficiencia o inadecuación de la doctrina del “margen de apreciación” en contextos de desigualdad estructural. Este artículo visibiliza las debilidades de la doctrina que quedan opacadas cuando en el ámbito interamericano se argumenta a favor de la “transferencia” de la doctrina del margen de apreciación desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, concede que la doctrina del margen de apreciación procedimental interpretada de buena fe podría estimular el diálogo interjurisdiccional y mejorar la legitimidad de los sistemas regionales; sin embargo, advierte que su aplicación en contextos de desigualdad estructural puede traer como consecuencia la imposibilidad de revisar la clase de patrones segregatorios que, por su amplitud, requieren de la intervención de sistemas supranacionales de control. Por ello, proponen como contracara una fundamentación a favor de la utilización del examen de proporcionalidad en concreto, con el fin de analizar el andamiaje argumentativo y exponer los sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente permean el discurso y las prácticas de las instituciones.

El tercer texto, elaborado por Sebastián Scioscioli, sostiene la tesis de que el contenido del derecho fundamental a la educación puede ser mejor reconstruido si se interpreta a partir de la teoría de los principios y del examen de proporcionalidad. De este modo, propone una concepción amplia del supuesto de hecho del derecho a la educación, que prescribe lo siguiente: “cuando una persona (individual o colectiva) tiene el interés de educarse en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, el Estado tiene la obligación de atenderlo disponiendo directamente de los medios para brindarle dicha educación. La persona tiene así un derecho a la educación *prima facie* [...]”. Sin embargo, continúa Scioscioli, para que ese derecho a la educación se transforme en un derecho con carácter definitivo, es necesario determinar cuál es su relación de proporcionalidad

con las otras posibles razones que prescriban una solución contraria. Su conclusión es que el examen de proporcionalidad aplicado en la materia educativa ocupa un rol clave, puesto que nos guía en un camino argumentativo sólido para llegar al contenido no restringible y definitivo, es decir, jurídicamente exigible.

El último artículo, de Gloria Lopera Mesa, aborda el problema de cómo debe ser interpretado o complementado el examen de proporcionalidad dentro del ámbito de la dogmática penal. De este modo, examina los diversos significados asociados al principio de proporcionalidad en el derecho penal, así como las diversas respuestas que ha dado la doctrina a la pregunta sobre si es posible integrar el principio de proporcionalidad de las penas dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Concluye con una propuesta de interpretación que pretende mostrar cómo ambos sentidos de la proporcionalidad, pese a sus diferencias, pueden integrarse de manera compatible dentro de la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Antes de dar cierre a esta introducción, queremos agradecer a los integrantes del equipo del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro por el trabajo de compaginación y edición de esta obra y, en especial, al director del Instituto, Rogelio Flores Pantoja, por haber aceptado su publicación en la colección Filosofía del Derecho Constitucional.

FEDERICO DE FAZIO

PARTE I
CONCEPCIONES DE LOS PRINCIPIOS
Y CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

La construcción de los derechos fundamentales*

Robert Alexy**

Existen básicamente dos construcciones diferentes de los derechos fundamentales: como reglas y como principios. Ninguna de estas dos construcciones ha sido realizada en sistema jurídico alguno en forma pura; empero, representan ideas opuestas de las cuales depende la solución de casi todos los problemas de la dogmática general de los derechos fundamentales. Las preguntas de la dogmática de los derechos fundamentales no son solo problemas de un área especial del derecho. Las respuestas que se den al respecto producen consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad. El espectro va desde la irradiación horizontal o a terceros (“*Dritt-oder Horizontalwirkung*”), es decir, la influencia de los derechos fundamentales en el derecho civil, hasta la relación entre la legislación y la jurisdicción constitucional, detrás de la cual se encuentra la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia. De ahí que la pregunta acerca de si

* Este trabajo fue originalmente publicado con el título “Die Konstruktion von Grundrechten”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan-R. (comps.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 9-19. Traducción a cargo de Laura Clérico y Jan Sieckmann. La versión en castellano fue publicada como Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA-Ad Hoc, 2010. Agradecemos al autor y a las autoridades del Departamento de Publicaciones por haber autorizado su aparición en esta obra.

** Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

debe ser preferida la construcción como regla o como principio, de ninguna manera plantea solo un problema teórico interesante, sino que tiene un vasto significado práctico. Esto la convierte en una cuestión básica del constitucionalismo democrático.

I. LA CONSTRUCCIÓN COMO REGLAS

1.1. Reglas y principios

La distinción de la teoría de las normas entre reglas y principios conforma la base de ambas construcciones.¹ Las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Son, en este sentido, *mandatos definitivos* (*definitive Gebote*). Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, la regla es cumplida; en caso contrario, la regla no es cumplida. Las reglas son entonces normas que solo pueden ser cumplidas o no. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas; por tanto, son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*). Como tales, se caracterizan por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan, además de por reglas, esencialmente por principios opuestos. Por esta razón, los principios, cada uno tomado por sí, siempre contienen solo un mandato *prima facie*. La determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Por ello, la ponderación es la forma específica de aplicación del principio.

La distinción entre reglas y principios se encuentra en el centro de una teoría que puede ser llamada “teoría de los principios”,

¹ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996 (reimp., 2001 y 2006), pp. 75 y ss. La traducción al castellano, de Ernesto Garzón Valdés, fue publicada como *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (3a. ed., Madrid, 2001, y 2a. ed. ampliada, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, 2007).

esta última entendida como el sistema de las implicaciones de esta distinción. Dichas implicaciones alcanzan a todos los ámbitos del derecho. La disputa sobre la teoría de los principios respecto de los derechos fundamentales —se puede hablar de la teoría de los principios de los derechos fundamentales como también de su construcción como principios— es, en primer lugar, una disputa sobre la ponderación y, entonces, ya que la ponderación conforma el núcleo del examen de proporcionalidad, una disputa sobre el principio de proporcionalidad.

1.2. El postulado de evitar ponderaciones

La construcción como reglas, la contrapartida de la construcción como principios, puede ser vista como un intento para evitar los problemas relacionados con las ponderaciones. Las normas de derechos fundamentales, tratadas como reglas, son aplicables básicamente libres de ponderación. Esto no significa que la aplicación de derechos fundamentales devenga no problemática en todos los casos. Como en otras partes del derecho, la subsunción puede ser difícil y exigir muchos pasos intermedios y otros tantos argumentos de distinto tipo para justificar estos pasos intermedios.² Así, puede resultar muy difícil determinar si una expresión es de opinión, o si una actividad implica el ejercicio de la religión, o si una ventaja patrimonial cuenta como propiedad. Para la construcción como reglas es decisivo que, más allá de estas cuestiones, *todas* las que surjan de la aplicación de los derechos fundamentales deban ser resueltas básicamente libres de ponderación.

Esta solución, libre de ponderación, puede tener tanto un carácter positivista como uno no positivista. Un ejemplo de una construcción positivista libre de ponderación es el postulado de Ernst Forsthoff, según el cual toda pregunta relacionada con la aplicación de los derechos fundamentales debe ser solucionada por medio de los cánones tradicionales de la interpreta-

² Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3a. ed., Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1996 (reimp. 2001 y 2006), pp. 273 y ss. La traducción al castellano, de Manuel Atienza e Isabel Espejo, fue publicada como *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (2a. ed. ampliada, Lima, Palestra Editores, 2007).

ción,³ esto es, apelando, por sobre todo, a la letra de las disposiciones de derechos fundamentales, a la voluntad de aquellos que diseñaron la Constitución y a la relación sistemática en que se encuentra la disposición que debe ser interpretada. La variante actual más conocida de una construcción no positivista, libre de ponderación, se encuentra en la obra de Ronald Dworkin. Según él, en la aplicación de los derechos fundamentales se trata, por lo menos en su parte central, no sobre la ponderación, sino sobre “*the very different question of what morality requires*”.⁴ Si se define la construcción como principios como construcción de proporcionalidad, que incluye esencialmente a la ponderación, es también la construcción de Dworkin una construcción como regla, aunque también una de un tipo especial.

1.3. Problemas de la construcción como regla

Los problemas de la construcción como regla se muestran en la forma más clara respecto de la pregunta sobre las restricciones a los derechos fundamentales. Aquí solo nos detendremos en dos constelaciones: la de reserva de ley común y la de derechos fundamentales protegidos sin reserva alguna.

Por ejemplo, se trata de una reserva de ley común cuando una disposición de derecho fundamental garantiza, primero, derechos fundamentales como el derecho a la vida y la integridad corporal, y habilita luego al legislador a intervenir en el derecho fundamental a través de una cláusula como la siguiente: “Estos derechos solo podrán verse afectados en virtud de una ley”.⁵ Si se sigue la construcción como regla y se le toma en forma literal, entonces esta cláusula sobre restricciones permite cualquier restricción a la vida

³ Forsthoff, Ernst, “Zur Problematik der Verfassungsauslegung”, *Rechtsstaat im Wandel*, 2a. ed., Múnich, Kohlhammer, 1976, p. 173.

⁴ “La cuestión muy diferente de lo que exige la moral”. Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 27. La traducción al castellano, de Ernest W. García, fue publicada con el título *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2008. Cfr., además, Möller, Kai, “Balancing and the structure of constitutional rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 2007, pp. 458-461.

⁵ Cfr. Ley Fundamental, art. 2, párr. 2, tercera línea.

e integridad física, aunque solo si sucede en razón de una ley. El derecho fundamental se reduce así a una reserva de ley especial, perdiendo toda fuerza para vincular al legislador. Por tanto, en lo que atañe al legislador, pierde materialmente su contenido; sin embargo, esto contradice la validez de los derechos fundamentales también para el legislativo. Se puede tratar de evitar la pérdida de contenido de los derechos fundamentales a través de otras reglas. El intento sistemático más pretensioso reside en una prohibición de no alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales como se encuentra en el artículo 19, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Claro que aquí también el legislador queda totalmente libre en cada punto, por fuera del límite del contenido o núcleo esencial. En ese ámbito se anula su vinculación al derecho fundamental. Por lo demás, es altamente cuestionable que el núcleo esencial pueda ser determinado, después de todo, libre de ponderación.⁶

No son menos importantes los problemas de la construcción como regla en el caso de los derechos fundamentales protegidos sin reserva alguna, es decir, aquellos para los cuales la Constitución no prevé restricción alguna. De acuerdo con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, cuentan entre ellos, por ejemplo, la libertad de religión y la libertad de investigación. Bajo una subsunción aislada, deberían estar permitidas la opresión religiosa, cuando lo exige una religión, y experimentos con humanos, cuando sirven al progreso científico. La solución de no clasificar a estas actividades como religiosas o científicas contradice la letra de estas disposiciones; sin embargo, si se recurre a los derechos a la libertad, a la vida y a la integridad física de las personas afectadas como razones limitadoras, entonces uno cae inevitablemente en una ponderación. De ahí que ya el postulado de la interpretación sistemática desbanque al modelo de la construcción como reglas.

II. LA CONSTRUCCIÓN COMO PRINCIPIOS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La construcción como principio intenta solucionar estos y muchos otros problemas más de la dogmática de los derechos funda-

⁶ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit. (n. 1), pp. 267-272.

mentales concibiendo a los derechos fundamentales como principios, es decir, como mandatos de optimización.

La importancia del carácter de principio de los derechos fundamentales proviene, sobre todo, de su conexión con el principio de proporcionalidad. Esta relación debe ser lo más cercana posible. Consiste en una relación de implicación mutua. El principio de proporcionalidad —con sus tres subprincipios: de idoneidad, necesidad⁷ y proporcionalidad en sentido estricto—⁸ se sigue en forma lógica de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel.⁹ Esto significa entonces que si los derechos fundamentales tienen carácter de principio, vale el principio de proporcionalidad, y que si el principio de proporcionalidad vale para la aplicación de los derechos fundamentales, entonces los derechos fundamentales tienen carácter de principio. El núcleo de la construcción como principio consiste en esta relación necesaria entre derechos fundamentales y proporcionalidad.

III. OBJECIONES CONTRA LA CONSTRUCCIÓN COMO PRINCIPIOS

En contra de la construcción como principios de los derechos fundamentales, así como en general en contra de la teoría de los principios, se han formulado muchas y muy variadas objeciones, por lo que no es posible tratarlas en extenso en este lugar. Sin embargo, a pesar de sus diferencias, las objeciones están conectadas y debe realizarse una breve reseña previo al tratamiento de

⁷ *N. del T.*: este examen suele ser traducido también como “medios alternativos menos lesivos”.

⁸ *N. del T.*: el autor dice la “*Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*”, como dos formas de llamar a ese subprincipio. “*Proportionalität*” es otra forma de llamar en alemán a “*Verhältnismäßigkeit*”; sin embargo, en castellano ambas se refieren a proporcionalidad. No sería del todo exacto traducir en este contexto “*Verhältnismäßigkeit*” como “razonabilidad” (“*Vernünftigkeit*”), más aún porque el autor en otro escrito concibe a la proporcionalidad como una especie de razonabilidad. Véase “*Ragionevolezza im Verfassungsrecht. Acht Diskussionsbemerkungen*”, en La Torre, M. y Spadaro, A. (comps.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, Giappichelli, 2002, pp. 143-150.

⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit. (n. 1), pp. 100-104.

la objeción central. Al respecto, es aconsejable una clasificación en siete grupos. El primero alcanza las objeciones de la “*teoría de las normas*”, las cuales tratan sobre preguntas como: si existen los principios jurídicos;¹⁰ si y cómo se pueden diferenciar los principios de las reglas;¹¹ si los principios son normas,¹² y si la contraposición entre reglas y principios no debe fracasar ante la diversidad multicolor de normas.¹³ Las objeciones del segundo grupo pueden ser designadas como de “*teoría de la argumentación*”. La pregunta central aquí es si la ponderación puede ser vista como una justificación o argumentación racional, o si debe ser encasillada como un procedimiento no racional o irracional.¹⁴ Las objeciones del tercer grupo se preguntan si la construcción como principios representa un peligro para los derechos fundamentales, ya que se pierde su validez estricta como reglas.¹⁵ Aquí se puede hablar de las objeciones de la “*dogmática iusfundamental*”. Mientras que las objeciones de la dogmática iusfundamental advierten sobre el peligro de una protección de “demasiado poco” de los derechos fundamentales, las objeciones del cuarto grupo señalan un “demasiado” en derechos fundamentales. Alegan que la tesis de la optimización llevaría a una inflación de los derechos fundamentales que tendría como consecuencia una sobreconstitucionalización del sistema jurídico, lo que institucionalmente

¹⁰ Alexander, Larry, *There Are No Legal Principles*, manuscrito de 2008.

¹¹ Poscher, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnis der Prinzipientheorie”, en Sieckmann, Jan-R. (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 65-70. La traducción al castellano, de Daniel Oliver Lalana, aparecerá como *La teoría de los principios de los derechos fundamentales* (en trámite de publicación).

¹² Klement, Jan Henrik, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, *JZ*, núm. 15, 2008, p. 760.

¹³ Poscher, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnis der Prinzipientheorie”, *op. cit.* (n. 11), pp. 73 y ss.

¹⁴ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, 1994, p. 315. La traducción al castellano, de Manuel Jiménez Redondo, fue publicada con el título *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; Schlink, Bernhard, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en Badura, Peter y Dreier, Horst (comps.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2001, t. II, p. 460.

¹⁵ Cfr. Habermas, Jürgen, *op. cit.* (n. 14), p. 315, quien sostiene que con la construcción como principio caería un “cortafuego” (*Brandmauer*).

resultaría en el “tránsito desde el Estado legislativo parlamentario al Estado jurisdiccional de la justicia constitucional”.¹⁶ Aquí se puede hablar de objeciones “*institucionales*”, a las que se añaden las *objeciones de la teoría de la interpretación* como quinto grupo. Con ellas la cuestión es si y en qué forma la construcción como principios como interpretación de derechos fundamentales puede justificar un catálogo jurídico-positivo de derechos.¹⁷ ¿Es posible justificar la validez universal de la construcción como principios o de la construcción de proporcionalidad,¹⁸ o resulta aplicable a lo sumo ocasionalmente? En el sexto grupo se encuentran las objeciones de la *teoría de la validez*. Estas objeciones reprochan a la teoría de los principios que ponga en tela de juicio la primacía de validez de la Constitución y la vinculación legislativa del ejecutivo y del judicial.¹⁹ La estructura jerárquica del derecho colapsaría en el torbellino de la ponderación.²⁰ En el séptimo grupo convergen las objeciones de la *teoría de las ciencias*. La teoría de los principios consistiría en “declaraciones que, en razón de su carácter abstracto, no dicen nada en absoluto”,²¹ declaraciones que podrían aclarar toda decisión tomada, pero no tendrían ninguna “fuerza directiva para decisiones futuras”.²² Por esta razón,

¹⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1991, p. 190.

¹⁷ Jestaedt, Matthias, “Die Abwägungslehre. Ihre Stärken und ihre Schwächen”, en Depenheuer, Otto *et al.* (comps.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, 2007, pp. 260, 262 y ss., y 275; Poscher, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnis der Prinzipientheorie”..., *cit.* (n. 11), p. 79; Klement, Jan Henrik, *op. cit.* (n. 12), pp. 761-763.

¹⁸ Así, por ejemplo, Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 162: “*Proportionality is a universal criterion of constitutionality*” (“proporcionalidad es un criterio universal de constitucionalidad”).

¹⁹ Jestaedt, Matthias, *op. cit.* (n. 17), pp. 268-274; Poscher, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnis der Prinzipientheorie”..., *cit.* (n. 11) p. 76; Klement, Jan Henrik, *op. cit.* (n. 12), p. 759.

²⁰ Jestaedt, Matthias, *op. cit.* (n. 17), pp. 269 y ss.

²¹ *Idem.*

²² Klement, Jan Henrik, *op. cit.* (n. 12), p. 756; Poscher, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 2003, p. 76; Jestaedt, Matthias, *op. cit.* (n. 17), p. 269.

la teoría de los principios no sería suficiente como dogmática de los derechos fundamentales.²³

IV. LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

4.1. La centralidad del problema de racionalidad

Las objeciones de teoría de la argumentación, que tratan sobre la racionalidad de la ponderación, conforman el grupo más importante. Si la ponderación fuera necesariamente irracional, debería ser rechazada —y con ella, al mismo tiempo, los principios como normas que exigen algo irracional—.²⁴ El debate normativo-teórico perdería su sentido. Además, dada la irracionalidad de la ponderación, no se podría abogar por ella como pauta de las limitaciones a los derechos fundamentales. Las objeciones de dogmática *iusfundamental* tendrían un juego muy fácil. Lo mismo valdría para las críticas institucionales. En lo que atañe a las objeciones teórico-interpretativas, si quedara demostrada la irracionalidad de la ponderación, a lo sumo habría que aferrarse a ella, si la Constitución dispone expresamente el examen de proporcionalidad, por ejemplo, el artículo 52, párrafo 1, de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Sin embargo, aun aquí uno se debería preguntar si una norma que exige algo irracional no debería ser interpretada en forma correcta. También habrían ganado las objeciones sobre teoría de la validez. ¿A quién se le ocurriría asentir una restricción irracional a la validez de una norma jurídica? Por último, la irracionalidad de la ponderación implicaría agua para los molinos de todas las objeciones de teorías de las ciencias. De ahí que, en lo que sigue, tenga prioridad el problema de la racionalidad. Esto no quiere decir que la refutación de la objeción del irracionalismo implique la refutación de todas las otras objeciones. La racionalidad de la ponderación no es una condición suficiente para la refutación de todas las otras objeciones; pero ella es, en todo caso, una condición necesaria para esto.

²³ Poscher, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte...*, cit. (n. 22), p. 77.

²⁴ Al menos esto valdría para la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. En cambio, se podría adherir a la optimización relativa a las posibilidades fácticas, a pesar de la irracionalidad de la ponderación.

4.2. La objeción del irracionalismo

Hay muchos autores que discuten la racionalidad y, con ella, la objetividad de la ponderación. Especialmente lo hacen Habermas y Schlink. El punto central para Habermas es que no existen “criterios racionales” para ponderar: “Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”.²⁵

En donde Habermas habla de arbitrariedad o costumbre irreflexiva, Schlink habla de subjetividad y decisión: “En los exámenes de proporcionalidad en sentido estricto, en definitiva solo puede aflorar la subjetividad del evaluador [...]. Las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad, en sentido estricto, en definitiva solo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo”.²⁶

¿Es esto acertado? ¿Es la ponderación en realidad no racional o irracional, arbitraria, subjetiva y decisionista? ¿Ponderar implica renunciar a la racionalidad, corrección y objetividad? Resulta apenas posible dar respuesta a todas estas preguntas sin saber antes qué es ponderación. Para saberlo, hay que conocer su estructura.

4.3. Optimalidad de Pareto

Se ha señalado que la ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad —el principio de proporcionalidad en sentido estricto—, y que este trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Por el contrario, el objeto de los dos primeros subprincipios —de idoneidad y necesidad— es la optimización relativa a las posibilidades fácticas. Aquí se trata de si, a causa de estas últimas, pueden ser evitados

²⁵ Habermas, Jürgen, *op. cit.* (n. 14), pp. 315 y ss. (versión en castellano, pp. 332 y ss.).

²⁶ Schlink, Bernhard, “Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ*, vol. 11, 1984, p. 462. *Cfr.*, además, Schlink, Bernhard, (n. 14), p. 460.

costos para los derechos fundamentales sin que se produzcan costos para los fines del legislador, es decir, se trata de la Optimalidad de Pareto.²⁷ Esto es, por mucho, menos problemático que la ponderación, en la que se trata de determinar cuál de los lados tiene que cargar con los costos. Por ello, los principios de idoneidad y necesidad no tienen que ser discutidos aquí.²⁸ Por lo menos, el mero hecho de que la construcción como principios pueda incluir estos aspectos es un argumento fuerte para su corrección.

4.4. La ley de la ponderación

La idea central de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, esto es, el examen de proporcionalidad, se puede formular en una regla que puede ser llamada “la ley de la ponderación”, que refiere: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.²⁹

Esta ley muestra que la ponderación puede dividirse en tres pasos o escalones. El primero trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A este le sigue, en el siguiente escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, se determina en el tercer nivel si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Si no fuese posible realizar juicios racionales acerca: primero, de la intensidad de las interferencias; segundo, el grado de la importancia de las razones que justifican a la interferencia, y tercero, la relación entre ambas, las objeciones formuladas por Habermas y Schlink serían correctas.

²⁷ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit. (n. 1), pp. 101-103.

²⁸ Cfr. Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 26-139. La traducción al castellano se encuentra en Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, pp. 39-161.

²⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit. (n. 1), p. 146.

4.5. La fórmula del peso

Para demostrar que son posibles los juicios racionales sobre intensidad de las interferencias y grados de importancia, debe tenerse en la mira una decisión del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania sobre advertencias para la salud.³⁰ El Tribunal catalogó a la obligación impuesta a los productores de tabaco de poner en su mercancía advertencias sobre el peligro para la salud que implica fumar como una interferencia relativamente leve en la libertad de profesión. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos de tabaco debería considerarse una interferencia grave. Entre los casos de esta índole, leves y graves, pueden ser encontrados algunos en los cuales la intensidad de interferencia es media. De esta manera, surge una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. El ejemplo muestra que la intensidad de la interferencia puede ser determinada con la ayuda de esta escala.

Lo mismo es posible del lado de las razones en competencia. Fumar implica importantes riesgos para la salud; por ello, el peso de las razones que justifican la interferencia es alto. Si de esta forma se establece que la intensidad de la interferencia es leve y el grado de la importancia de las razones que justifican la interferencia es alto, entonces el resultado del examen de proporcionalidad puede ser descrito como “obvio”, como de hecho lo hace el Tribunal Constitucional Federal.³¹

Las enseñanzas de la sentencia sobre el tabaco se corroboran si se observan otros casos. Uno bien distinto es la sentencia *Titanic*. La difundida revista satírica *Titanic* llamó, primero, “asesinato” y, luego, “tullido”, a un oficial de la reserva parapléjico que, pese a su discapacidad, logró que lo convocaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. Un tribunal alemán condenó a la *Revista Titanic* a pagar (al oficial de reserva) una indemnización de 12 mil marcos alemanes, y esta interpuso un amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una “pondera-

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE, por sus siglas en alemán) 95, 173.

³¹ BVerfGE 95, 173 (187).

ción relativa al caso concreto”³² entre la libertad de expresión de la revista y el derecho a la personalidad del oficial. Este caso puede reconstruirse también con ayuda de la escala triádica: leve, medio y grave.

La conformación de esta escala no es, sin embargo, suficiente para mostrar que ponderar es racional. Para ello, es necesario demostrar que este tipo de clasificaciones pueden ser insertadas en un sistema inferencial o sistema deductivo que, como un todo, está relacionado con el concepto de corrección. En el caso de la subsunción bajo una regla, dicho sistema inferencial puede expresarse a través del esquema deductivo, conocido como el esquema de la “justificación interna”, construido con ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica, y que puede ser incluido en una teoría del discurso jurídico.³³ Es una cuestión de central importancia tanto para la teoría de los derechos fundamentales como para la teoría del discurso jurídico que exista para la ponderación una contrapartida de este esquema deductivo.³⁴ Este esquema es la fórmula del peso.

El núcleo y, a su vez, la expresión más simple de la fórmula del peso es la siguiente:

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

En esta fórmula faltan aún las variables de los pesos abstractos de los principios en colisión (G_p , G_j) y los grados de seguridad de las premisas empíricas, que para la no realización y la realización de los principios en colisión significa la medida en cuestión (S_p , S_j); sin embargo, aquí se puede prescindir de ella, de manera tal que la fórmula más completa³⁵

³² BVerfGE 86, 1 (11).

³³ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, cit. (n. 2), pp. 273-283.

³⁴ Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, p. 448.

³⁵ Cfr. Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim; Kreutz, Peter y Reuter, Dieter (comps.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 783-791. La traducción al castellano, de Carlos Bernal Pulido, fue publicada como “La fórmula del peso”, en Alexy, Robert,

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

pueda ser representada a través de la fórmula más sencilla anteriormente dada.

Tanto en la más sencilla como en la más completa, I_i equivale a la intensidad de la interferencia en el principio P_i , que en nuestro caso es el principio que garantiza la libertad de expresión de la *Revista Titanic*. I_j representa la importancia de la satisfacción del principio en colisión P_j , en este supuesto, el principio que tiene como objeto el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. Finalmente, $G_{i,j}$ equivale al peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen, digamos para el de P_i . La fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es relativo. Esto lo hace, en tanto define al peso concreto como un cociente de la intensidad de la interferencia en el principio (P_i) y la importancia concreta del principio en colisión (P_j).

Ahora la objeción es clara en cuanto a que solo se puede hablar de cocientes en relación con números y que los números no se utilizan en las ponderaciones que se realizan en el derecho constitucional. La respuesta a esta objeción puede comenzar con la observación de que las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica; sin embargo, ello no cambia que estas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas. Lo mismo es aplicable para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso.

Los tres valores del modelo triádico —leve, medio, grave— pueden ser representados por l , m y s . Este modelo no agota de forma alguna las posibilidades de refinamiento de la escala. La ponderación puede comenzar si se encuentra disponible una escala con dos valores l y s . La ponderación es imposible solo cuando

Teoría de la argumentación jurídica, 2a. ed. ampliada, Lima, Palestra, 2007, pp. 457-493.

todos tengan el mismo valor.³⁶ Existen numerosas posibilidades para refinar aún más la escala. De especial interés resulta la escala doble-triádica que trabaja con nueve valores: 1) *ll*; 2) *lm*; 3) *ls*; 4) *ml*; 5) *mm*; 6) *ms*; 7) *sl*; 8) *sm*, y 9) *ss*. De la mayor importancia es que el refinamiento de la escala tiene sus límites. Todas las clasificaciones implican juicios. Cualquiera entiende oraciones como “la interferencia es leve (*l*)” o “la interferencia es medianamente grave (*ms*)”. Pero, ¿qué puede ser entendido bajo la oración “La interferencia es una interferencia del tipo grave levemente mediana (*lsm*)”, que sería posible a través de agregar una tercera triada? Solo se puede justificar aquello que se puede entender. La justificabilidad de las oraciones sobre la intensidad es, sin embargo, un presupuesto de racionalidad de la ponderación. De ahí se sigue que el empleo de escalas en el ámbito de los derechos fundamentales solo puede funcionar con escalas relativamente toscas. En definitiva, es la naturaleza del derecho —en este caso del derecho constitucional— la que establece límites al refinamiento de la gradación dentro de las escalas y excluye escalas completas de tipo infinitesimal.³⁷ Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1.

Sin embargo, tampoco las escalas toscas pueden prescindir de la adjudicación de cantidades numéricas, si es que la fórmula del peso debe expresar la estructura inferencial de la ponderación. Hay numerosas posibilidades de adjudicar cantidades numéricas a los tres valores de nuestro modelo triádico. Una posibilidad relativamente fácil y, al mismo tiempo, altamente instructiva es la serie geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir 1, 2 y 4.³⁸ En la sentencia

³⁶ Cfr. Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Oxford, Princeton University Press-Oxford, 2006, p. 166. *One cannot balance without a scale* (“no se puede ponderar sin una escala”).

³⁷ Alexy, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, núm. 61, 2002, pp. 25 y ss. La traducción al castellano, de Carlos Bernal Pulido, se encuentra publicada como “Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92.

³⁸ La mayor ventaja de la progresión geométrica radica en que es la que mejor representa la fuerza de resistencia creciente en forma sobreproporcional

del caso *Titanic*, el Tribunal Constitucional Federal clasificó la intensidad de la interferencia (I_i) en la libertad de expresión (P_i) como grave (s). La importancia de la protección del derecho a la personalidad (P_j) del oficial (I_j) en el caso de su descripción como “asesino nato” fue clasificada, debido al contexto altamente satírico de la revista, solo con un valor medio (m) que tendía más bien a leve. Si en esta constelación insertamos los valores correspondientes de nuestra secuencia geométrica para s y m , entonces el peso concreto de P_i ($G_{i,j}$) sería $4/2$, que representa 2. Al revés, si I_i fuese m e I_j fuese s , el valor atribuido sería $2/4$, esto es $1/2$. La prioridad de P_i queda expresada por un peso concreto mayor que 1, y la prioridad de P_j por un peso concreto menor que 1. En todos los casos de empate o igual rango el valor es de 1.

En cambio, la descripción del oficial como “tullido” fue considerada por el Tribunal como una interferencia grave (s) en la personalidad.³⁹ Por eso se originó un empate, que trajo como consecuencia que no tuviera éxito el amparo interpuesto por *Titanic*, por cuanto se dirigió contra la determinación de la indemnización por daños derivados de la descripción como “tullido”. En cambio, respecto de la descripción como “asesino nato”, la libertad de expresión tuvo prioridad, así que la indemnización por daño era desproporcionada, esto es, inconstitucional, por lo que, en ese aspecto, el amparo tuvo éxito.

La racionalidad de un esquema inferencial depende esencialmente de la pregunta de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. En la fórmula del peso, las premisas se representan a través de cantidades numéricas que se apoyan en juicios. Un juicio tal es la afirmación de que la descripción pública de una persona con una discapacidad grave como “tullido” supone una violación grave de su derecho a la personalidad. Con esta afirmación se eleva una pretensión de corrección que puede ser

de los derechos como correlato de las interferencias crecientes, punto que sirve como base para la refutación de la objeción proveniente de la dogmática iusfundamental sobre la disolución de la fuerza de los derechos fundamentales; *cfr.* Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”..., *cit.* (n. 35), p. 787.

³⁹ Por considerarla expresión de humillación y desprecio... La condena a una indemnización, en este sentido, no fue desproporcionada, de acuerdo con el Tribunal.

justificada en un discurso. Además, la conmensurabilidad de la catalogación a ambos lados de la ponderación está asegurada si el discurso se lleva a cabo desde un punto de vista común: el punto de vista de la Constitución.⁴⁰ Así, el Tribunal Constitucional justifica esta clasificación en que hoy en día la descripción “tullido” se entiende como expresión de desprecio y humillación.⁴¹ Por supuesto que se puede discutir al respecto como sobre muchas cuestiones en el derecho; sin embargo, la discusión no implica irracionalidad. Si así fuera, no solo la ponderación, sino también la argumentación jurídica como tal, sería irracional en su mayor parte. Más bien vale que la justificabilidad —a pesar del hecho de que no se le pueda equiparar a demostrabilidad (*Beweisbarkeit*)— implica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre seguridad y arbitrariedad.

Se ha llegado a la meta. La ponderación se muestra como una forma de argumentación⁴² del discurso jurídico racional,⁴³ lo que alcanza para refutar la objeción de irracionalidad como objeción formulada en especial contra la ponderación. Por supuesto, uno se podría seguir preguntando muy en general si es posible argumentar en derecho de manera racional y, así también, se podría pensar, sobre la base de lo dicho hasta aquí, en empezar con la refutación de las objeciones de los otros seis grupos; sin embargo, ello no puede ser realizado en esta oportunidad. Debe bastar con constatar que, al menos, la objeción de irracionalidad, de la cual depende todo lo demás, puede ser disipada. Con esto se ha dado el paso más importante en la defensa de la construcción de los derechos fundamentales como principios.

⁴⁰ Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”..., *cit.* (n. 35), pp. 781 y ss.

⁴¹ BVerfGE 86, 1 (13).

⁴² Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, *cit.* (n. 2), p. 123. Algo semejante a lo que menciona Barak, Aharon, *op. cit.* (n. 36), p. 173: “*balancing introduces order into legal thought*”. *Cfr.*, además, p. 164 de esta última obra.

⁴³ Como un esquema inferencial expresado por la fórmula del peso, la ponderación es una estructura formal, que como tal no contiene sustancia alguna. La aplicación de la fórmula del peso requiere; sin embargo, que el contenido —explicitado por juicios sobre la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas— sea puesto en las variables de la fórmula del peso. Por esta razón, uno puede decir que la ponderación es procesalmente sustantiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996.
- , *Theorie der juristischen Argumentation*, 3a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996.
- , “Die Gewichtsformel”, en JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (comps.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003.
- , “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- , “Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, núm. 61, 2002.
- BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Oxford, Princeton University Press-Oxford, 2006.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1991.
- CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- FORSTHOFF, Ernst, “Zur Problematik der Verfassungsklausel”, *Rechtsstaat im Wandel*, 2a. ed., Múnich, Kohlhammer, 1976.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, 1994.
- JESTAEDT, Matthias, “Die Abwägungslehre. Ihre Stärken und ihre Schwächen”, en DEPENHEUER, Otto *et al.* (comps.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, 2007.
- KLEMENT, Jan Henrik, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, *JZ*, núm. 15, 2008.

- MÖLLER, Kai, “Balancing and the structure of constitutional rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 2007.
- POSCHER, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 2003.
- , “Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnis der Prinzipientheorie”, en SIECKMANN, Jan-R. (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- SCHLINK, Bernhard, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en BADURA, Peter y DREIER, Horst (comps.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001.
- , “Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ*, vol. 11, 1984.

La teoría de los principios: un marco para el razonamiento autónomo*

Jan-R. Sieckmann**

I. PROBLEMA

Desde la famosa afirmación de Ronald Dworkin de que los sistemas jurídicos incluyen no solo reglas, sino además principios como una clase de normas con propiedades lógicas diferentes,¹ no han cesado las controversias con respecto a esta distinción.²

* Este trabajo fue originalmente publicado con el título “The Theory of Principles. A Framework for Autonomous Reasoning”, en Borowski, Martin (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos-ARSP, vol. 119, 2007, pp. 49-61. Trad. de Federico De Fazio.

** Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22 y ss.

² Véase Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854; Bayón, Carlos, *La normatividad del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 357 y ss.; García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 131 y ss.; Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 83; Ávila, Humberto, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2006, pp. 36 y ss.; Jakab, András, “Prinzipien”, *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, pp. 49-65; Steiff, Jakob, *Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen -verfassungsrechtliche Konditionierung- verwaltungs- und planungsdogmatische Entfaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 137 y ss.

Esto puede deberse al hecho de que las explicaciones más prominentes que pretenden dar cuenta de esta diferencia³ tienen, de hecho, defectos reales.⁴ Las críticas que se le han dirigido son, en algunos aspectos, correctas. No obstante, señalar las deficiencias de una concepción particular sobre la distinción lógica entre reglas y principios no prueba, por sí solo, que una distinción semejante resulte imposible.

En este capítulo sostendré que el problema de la distinción entre reglas y principios no reside en el fracaso de una concep-

³ En particular, aquellas de Ronald Dworkin y Robert Alexy, pero también la de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit.; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

⁴ Ronald Dworkin ha notado correctamente que los principios pueden colisionar, es decir, que tienen una dimensión del peso, y que son aplicados por medio de la ponderación. Sin embargo, nunca ha ofrecido ningún análisis sustancial acerca de las características lógicas de los principios (véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., pp. 22 y 71). Finalmente, ha abandonado la propia idea de que los principios deben ser ponderados (Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 27). Robert Alexy definió, inicialmente, a los principios como mandatos de optimización y, después, como normas que son el objeto de dichos mandatos de optimización o bien una combinación de ambos (Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., y “Zum Begriff des Rechtsprinzips”..., cit.); Alexy, Robert, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, pp. 294-304. Estas definiciones, no obstante, pierden de vista que los principios figuran como argumentos para los juicios basados en la ponderación. Así, los mandatos de optimización no son normas posibles de ser ponderadas, sino que son normas de segundo orden que guían a la ponderación. Por su parte, las normas que son el objeto de los mandatos de optimización, en cuanto meros objetos de la ponderación, no constituyen argumentos a favor de un juicio de ponderación particular (una crítica al respecto puede verse en Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 52 y ss., y Sieckmann, Jan-R., *Rechts als normative Systems*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 21 y ss.). Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero consideran que la característica central de los principios es la apertura de su condición de aplicación (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 9; sin embargo, esto no proporciona una explicación de qué es lo que hace que los principios formen parte de los juicios de ponderación.

ción particular de los principios, sino que resulta directamente inadecuado contrastar a las reglas y a los principios como una distinción lógica entre dos clases de normas. Mi tesis principal reza:

1. no hay una concepción plausible de los principios que sirva para demarcar una distinción lógica entre dos clases de normas. Esta idea está basada en el siguiente argumento:
2. es cierto que los argumentos normativos que figuran como razones en favor de un juicio de ponderación tienen una estructura lógica diferente. Además,
3. algunos argumentos normativos bien pueden ser denominados “principios”. Sin embargo,
4. la clase de los argumentos normativos no corresponde totalmente con la de los principios. Algunos argumentos normativos no califican como principios, y algunos principios no figuran como argumentos normativos dentro del procedimiento de ponderación.

Sin perjuicio de lo anterior, el rechazo de la tesis de que los principios forman parte de una clase de normas lógicamente distinguible no niega la importancia de la teoría de los principios. Sugiere, no obstante, que esta teoría debe ser caracterizada sin recurrir a un criterio proveniente de la teoría de las normas, sino por medio de un cierto modo en que pueden ser justificadas las normas, en particular, de la necesidad de justificar normas definitivas como resultado de la ponderación entre principios.⁵

II. ARGUMENTOS NORMATIVOS, PONDERACIÓN Y AUTONOMÍA

Los argumentos normativos que figuran como razones a favor de juicios basados en una ponderación tienen una estructura lógica

⁵ Esto permanece como verdadero aun si uno acepta la distinción lógica entre reglas y principios. Véase Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems...*, cit., p. 143, donde se define al modelo de los principios como el requerimiento de que toda norma definitiva debe ser justificada sobre la base de los principios. Por tanto, abandonar la idea de una distinción lógica entre reglas y principios no pone en riesgo al modelo de los principios.

diferente. Esto se pone de manifiesto cuando se analiza la función que cumplen dentro del razonamiento autónomo, esto es, en el ámbito de la justificación de normas basada en argumentos y no en normas preexistentes. Las características centrales de este razonamiento autónomo son las siguientes:⁶

1. El resultado de la ponderación de argumentos normativos no está determinado por normas o criterios dados, sino que suponen la realización de un juicio autónomo.
2. Esto implica que los argumentos normativos no tienen la estructura de proposiciones normativas, puesto que las proposiciones describen hechos, y los hechos no dejan espacio para el desarrollo de un juicio autónomo.
3. Las características lógicas específicas de los argumentos normativos son aquellas que los constituyen no como meros objetos de la ponderación, sino como razones a favor de un juicio normativo basado en una ponderación.
4. Los argumentos normativos consisten en una serie de mandatos de validez reiterados, cada uno de los cuales representa el objeto de un mandato de validez de nivel superior. Tales argumentos son el resultado de exigencias basadas en intereses propuestas por los agentes autónomos.
5. La relación de justificación que existe entre los argumentos normativos y las normas resultado de la ponderación reside en el hecho de que la validez definitiva de esta última clase de normas es requerida por aquel argumento normativo que obtiene precedencia en la ponderación.

De lo anterior se deduce que lo que debe ser analizado son las estructuras semánticas que pueden encontrarse dentro del razonamiento autónomo, es decir, de su marco semántico. Allí, la distinción fundamental se presenta entre los argumentos normativos, por un lado, y las proposiciones normativas, por el otro. La

⁶ Véase Sieckmann, Jan-R., “Principles as Normative Arguments”, en Dahlgren, Christian y Krawietz, Werner (eds.), *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtsatheorie. Beiheft*, vol. 21, Berlín, Duncker & Humboldt, 2005, pp. 197 y 210; Sieckmann, Jan-R., *Rechts als normative Systems...*, cit., pp. 41 y ss.

cuestión decisiva es saber cuál es el lugar de los principios dentro de esta estructura.

III. NORMAS, PROPOSICIONES NORMATIVAS Y ARGUMENTOS NORMATIVOS

3.1. La concepción semántica de las normas

Un aspecto central vinculado a la distinción entre los argumentos normativos y las proposiciones normativas es que los actos de habla regulativos no son utilizados meramente para formular normas, sino también para atribuirles algún tipo de validez. Los actos de habla regulativos pretenden que una norma sea válida, por ejemplo, si alguien afirma “aquí está prohibido fumar”, con ello no quiere formular propiamente una norma, sino expresar que dicha norma es efectivamente válida.⁷ Por ende, esta clase de acto de habla incluye dos elementos. El primero consiste en la atribución de validez a una norma determinada, esto es, una suposición de que dicha norma vale. Dicha atribución no se sigue directamente de la oración normativa tomada en sí misma.⁸ El segundo elemento es una pretensión de validez implicada en el uso de la oración;⁹ esto significa que su uso no pretende únicamente la mención de una norma, por tanto, es necesario distinguir entre las meras menciones o formulaciones de normas y las oraciones que afirman la validez de una norma y, asimismo, entre las oraciones normativas y los actos del habla en los que esas oraciones son utilizadas.

⁷ Que una norma sea válida significa que tiene algún efecto sobre la situación a la que se dirige, esto es, que es vinculante. En particular, la validez en un sentido normativo implica que la respectiva norma debe ser aplicada y seguida.

⁸ Véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 51, sobre las oraciones normativas y las afirmaciones de validez.

⁹ Esto se refiere a la distinción de Fregue entre la mera formulación de un pensamiento y la afirmación de que es verdadero. Véase Fregue, Gottlob, “Der Gedanke”, *Logische Untersuchungen*, ed. de Günther Patzig, Gotinga, Vandenhoeck & Rupprecht, 1976, pp. 35 y ss.

Estas distinciones componen las bases de la “concepción semántica de las normas”, que propone la tesis de que las normas son el significado de las oraciones normativas.¹⁰ Estas últimas son oraciones que están o pueden ser formuladas a través del uso de términos deónticos, tales como “obligatorio”, “facultativo”, “prohibido” y “permitido”, o por medio del uso de otras expresiones normativas relacionadas con los términos deónticos, por ejemplo, “tener derecho a” o “tener la competencia de”. Esta clase de oraciones puede ser utilizada ya sea para formular una norma, o bien, para afirmar la validez de una norma.

La distinción entre las normas en su mero sentido semántico y las oraciones que adscriben validez a las normas es importante en dos sentidos. Primero, porque permite diferenciar entre varios tipos de validez, en particular, la validez en principio y la validez definitiva de las normas que son resultado de la ponderación. En consecuencia, se precisa de un objeto al que pueda serle atribuido diferentes tipos de validez. Este requisito es cumplido por la norma en su mero sentido semántico. Segundo, la distinción reciente deja en claro que el uso de normas incluye una adscripción de validez. Esto significa que las normas, en su puro sentido semántico, carecen de relevancia dentro del discurso normativo, el cual incluye adscripciones de validez, en virtud de que estas adscripciones forman parte del significado de las oraciones normativas que en efecto son utilizadas. Este aspecto es de particular importancia para la distinción entre principios y reglas, ya que esta no puede ser realizada considerando a las normas en su mero sentido semántico, sino considerando también las adscripciones de diferentes tipos de validez y sus correspondientes métodos de aplicación.¹¹

¹⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 43; Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems...*, cit., pp. 25 y ss.

¹¹ Algunos autores sugieren que toda vez que la distinción entre reglas y principios no puede ser hecha en relación con lo que aquí se denomina “norma en su sentido semántico”, por tanto, solo se necesita de una distinción funcional. Véase Steiff, Jakob, *op. cit.*, pp. 191 y ss., y Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988, p. 270. Esto pasa por alto, sin embargo, el hecho de que el discurso normativo tiene la finalidad de adscribir validez a las normas. Así, las adscripciones de validez pertenecen a la estructura de los actos del habla regulativos y a sus contenidos normativos.

2.2. Adscripción de validez

¿Cuáles son las características de las expresiones normativas que atribuyen validez a una norma particular? Esta es la cuestión central. El razonamiento autónomo incluye, primero que todo, argumentos normativos que deben ser ponderados unos contra otros, y proposiciones normativas que reflejan el resultado de dicha ponderación. En términos más precisos, pueden distinguirse cuatro clases de actos de habla relevantes desde el punto de vista del razonamiento autónomo:¹²

1. Propositiones normativas directas, añadiendo un uso normativo concluyente, que significan que debe excluirse o finalizarse la argumentación.
2. Propositiones sobre la validez definitiva de una norma, que hacen explícita la atribución de validez incluida en una proposición normativa.
3. Argumentos normativos, haciendo un uso normativo de las oraciones normativas, esto es, pretendiendo comenzar o continuar una argumentación que pueda incluir una ponderación con otros contraargumentos.
4. Propositiones normativas sobre la validez de una norma como argumento, haciendo explícita la pretensión de validez incluida en las argumentaciones normativas. Esta pretensión significa que el argumento debe ser tomado en cuenta en la ponderación con otros argumentos en competencia.

Ahora bien, la representación formal de estas clases de actos de habla regulativos enfrenta algunas dificultades. Por lo pronto, es posible emplear los siguientes símbolos:

“O” para el operador deóntico del mandato,

“ $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ ” para el predicado “(...) es definitivamente válido”,

“ $\boxed{\text{VAL}_{\text{ARG}}}$ ” para el predicado “(...) es válido como argumento normativo”,

“N” para denotar a una norma particular.

¹² Véase Sieckmann, Jan-R., “Principles as Normative Arguments”..., *cit.*

“|” como “signo de la aserción”¹³ (la “línea de juicio” —*Urteilsstrich*—¹⁴ de Fregue), indicando que la siguiente oración será utilizada para hacer una afirmación. Y

“...” como “signo de la argumentación”.

Los tres puntos están destinados a indicar que el hablante está listo para respaldar la norma sugerida con argumentos normativos de un nivel superior. Por ejemplo, si la respectiva norma dice que está prohibido matar, un argumento normativo demanda, en un primer nivel, que debe aceptarse la validez de esta norma como resultado de una argumentación, pero también, en un segundo nivel, que debe aceptarse la validez del requerimiento de validez del primer nivel y, en un tercer nivel, que debe aceptarse la validez del requerimiento de validez del segundo nivel, y así.

De este modo, las diferentes clases de actos de habla pueden ser representadas así:

(1) Propositiones normativas directas:

| N.

(2) Propositiones sobre la validez definitiva de una norma:

| $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ N.

(3) Argumentos normativos:

...O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ N.

(4) Propositiones normativas sobre la validez como un argumento:

| $\boxed{\text{VAL}_{\text{ARG}}}$ N.

De acuerdo con esta notación, las proposiciones normativas difieren de los argumentos normativos en un nivel pragmático, esto es, en su tipo de uso, indicado por “|” y “...” respectivamente.

¹³ Terminología de Dummet, Michael, *Philosophy of Language*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 378.

¹⁴ Véase Fregue, Gottlob, *Begriffsschrift. Eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, ed. de Günter Patzig, Gotinga, Vandenhoeck & Rupprecht, 1975, pp. 17-39.

Esta diferencia puede ser explicitada en el nivel semántico por los predicados de validez $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ y $\boxed{\text{VAL}_{\text{ARG}}}$.

No obstante, esta última notación aún persiste como insatisfactoria, pues debería ser posible expresar los diferentes tipos de validez en el nivel semántico. Si así fuera, no resultaría necesario distinguir entre tres tipos dentro del nivel pragmático. La diferencia que permanece expresada en el nivel pragmático es meramente la de usar o no una cierta expresión.

Podría parecer que la notación sugerida más arriba se corresponde con esta exigencia, puesto que las afirmaciones hacen explícito el tipo de validez de las respectivas normas, esto es, las afirmaciones del estilo (2) y (4), que incluyen el mismo carácter pragmático representado por “|”. A pesar de ello, esta línea solamente hace referencia al carácter de la afirmación. De este modo, hacer explícito el tipo de validez de una norma solo será posible por medio de una afirmación de validez correspondiente a un metanivel, pero no a través de un argumento normativo, esto es, una expresión normativa del estilo (3). Si, no obstante, la distinción entre el uso y la mera mención de una oración es elemental, podría esperarse que resulte también aplicable al caso de los argumentos normativos.

Por ende, debería ser posible representar el uso de un argumento normativo por medio de un indicador elemental de uso combinado con una explicación semántica acerca de su carácter de argumento normativo y, de igual manera, el uso de una proposición normativa a través de un indicador elemental de uso combinado con una explicación semántica referida a su carácter de juicio normativo.

Un enfoque semejante puede utilizar las nociones fregueanas de “línea de juicio” (*Urteilstrich*) representada por “|”, y “línea de pensamiento” (*Gedankenstrich*) representada por “—”; sin embargo, toda vez que el indicador de uso debe ser neutral con respecto a los diferentes tipos de uso, interpretaré el símbolo “|” como indicador del mero uso de una oración (o conjunto de oraciones) en función de su (o sus) contenido (s), y no necesariamente con su uso asertivo o indicativo. Puesto que el carácter proposicional de una oración es indicado con la “línea de pensamiento”, la “línea de juicio” no necesita expresar nueva-

mente este carácter. El acto de habla referido a una proposición normativa directa que indica que algo debe ser realizado será representado por medio de una conjunción de la “línea de juicio” reinterpretada (el indicador de uso), la “línea de pensamiento”, y un contenido normativo N, al cual estos símbolos le son aplicados. De acuerdo con ello, el uso de una proposición normativa puede ser presentado así:

$$(1') \mid - N,^{15}$$

y el uso de las afirmaciones de validez definitiva

$$(2') \mid - (\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} N).$$

Toda vez que la proposición que dice que N es definitivamente válida es expresada predicando la validez definitiva $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ de una norma individual N, el uso de una afirmación de validez definitiva puede ser también representada del siguiente modo:

$$(2'') \mid (\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} N).$$

Por lo que respecta a los argumentos normativos, su estructura semántica de mandatos de validez reiterados puede ser representada por medio del símbolo \forall , queriendo expresar que existe una infinita cadena de requerimientos de validez respaldando a una norma particular N. Así, el uso de un argumento normativo puede ser representado así:

$$(3') \mid \infty O \boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} N.^{16}$$

La representación del uso de una oración que refiere a la validez de un argumento normativo puede hacerse del siguiente modo:

$$(4') \mid - \boxed{\text{VAL}_{\text{ARG}}} N$$

O, también:

$$(4'') \mid \boxed{\text{VAL}_{\text{ARG}}} N.$$

¹⁵ En mi ensayo “Principles as Normative Arguments” *cit.*, consideré que esta representación era inadecuada por no poder distinguir entre los diferentes tipos de validez. Sin embargo, la función de la “línea de pensamiento” en la formación de una proposición es independiente del tipo de validez que se le atribuya. Por tanto, estos dos aspectos deberían permanecer separados.

¹⁶ De acuerdo con ello, los símbolos “ ∞ ” y “...” son equivalentes.

Ambos sistemas de notaciones difieren en la interpretación del símbolo “|”. Por un lado, es interpretado como indicador del uso de una expresión y, por el otro, como indicador del uso de un juicio. Visto y considerando que, en la notación de Fregue, su carácter proposicional ya se encuentra incluido en el significado del término “línea de pensamiento”, parece que es innecesario interpretar el símbolo “|” como indicador de un juicio. En lugar de ello, puede interpretarse de manera uniforme como un símbolo elemental referido al uso de oraciones.

Un problema que permanece es si la “línea de pensamiento” puede ser excluida delante de las normas tal como es excluida delante de las oraciones de predicado —como en (2’) y en (4’)—, esto es, si las oraciones del estilo

(1’’) | N

son equivalentes a aquellas del tipo (1’). Esta última opción colaboraría a simplificar la cuestión; sin embargo, hay algunos argumentos que hablan en su contra:

i) Al garantizar esta equivalencia, podría esfumarse la posibilidad de distinguir entre dos clases de uso directo de oraciones normativas. De esta manera, todo uso directo de una oración normativa sería, al mismo tiempo, proposicional y asertiva. No obstante, es perfectamente posible separar el uso de aquellas oraciones puramente prescriptivas que no implican el uso de ninguna proposición normativa. Puesto que lo que está en disputa son los presupuestos ontológicos del lenguaje, parece aconsejable no excluir la posibilidad de un uso puramente prescriptivo de las oraciones normativas. No obstante, para representar dicho uso, podría utilizarse el símbolo “!” en lugar del operador deóntico “O”, interpretándolo de esta manera como un imperativo. Si esto es posible, entonces este primer argumento pierde fuerza.

ii) Un argumento más fuerte sostiene que la simplificación distorsiona la simetría en la representación de los usos argumentativos y asertivos de las oraciones normativas. Si añadir el “signo de la aserción” al lado del símbolo “N” representa a un juicio normativo, entonces solamente obtendríamos una forma muy bási-

ca o elemental. Esto significa que se precisaría de algún símbolo especial que permita indicar el carácter especial o el elemento distintivo de los argumentos normativos. Así, estos últimos y los juicios parecen ser dos formas elementales pero distintas de los actos de habla regulativos.¹⁷ Ambos necesitan de una notación especial, porque las oraciones normativas simples son ambiguas en el sentido de que pueden ser usadas tanto para argumentar como para describir.¹⁸

iii) Además, debe hacerse notar que el símbolo “N” es utilizado como un término que representa a una norma particular, esto es, una denominación. Su uso dentro de una oración debe ser representado de manera diferente, por ejemplo, añadiendo la “línea de pensamiento”.

En cualquier caso, la distinción entre las diferentes clases de actos de habla regulativos deja en claro que no pueden asociarse las proposiciones normativas y los argumentos normativos recurriendo a sus características dentro de un primer nivel semántico.¹⁹ El carácter de un argumento normativo se exhibe ya sea por su específica metaestructura semántica, siendo un conjunto de requerimientos de validez reiterados y no una proposición normativa, o bien, por su uso específico dentro de una oración normativa con el fin de ofrecer un argumento normativo y no una proposición normativa resultado de una argumentación.

¹⁷ Puede sugerirse que los argumentos normativos son formas elementales de las expresiones normativas, porque las proposiciones normativas solamente pueden estar justificadas sobre la base de tales argumentos. Pero ninguna exigencia normativa tiene, primariamente, el estatus de un argumento normativo, y tampoco es del todo claro cuáles son las proposiciones normativas que resultan pasibles de justificación.

¹⁸ En lugar de usar “línea de pensamiento” y el signo de argumentación ∞ , puede modificarse el operador deóntico, usando \boxed{O}_d para los deberes definitivos y \boxed{O}_i o \boxed{O}_p para un deber ideal o argumentativo. Véase Sieckmann, Jan-R., “Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen”, *Analytomen*, vol. 2, núm. 3, 1997, pp. 349-356.

¹⁹ De esta manera, no pueden distinguirse las reglas y los principios sobre la base de la estructura de las oraciones normativas que incluyen. Véase Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems...*, cit., p. 85.

2.3. Implicaciones de las oraciones normativas

Además de la distinción entre proposiciones normativas y argumentos normativos, el marco semántico del razonamiento autónomo incluye algunas implicaciones normativas que se corresponden con tales proposiciones o argumentos.

La adscripción de validez por parte de una proposición normativa es normativa en el sentido de que expresa la exigencia de que una norma determinada sea aplicada y seguida. Esto significa que la demanda de su cumplimiento forma parte de la pretensión de validez. Por consiguiente, una proposición normativa implica también una aserción de segundo nivel que indica que la norma de primer nivel N debe ser aplicada y seguida. Si se utiliza el predicado “APPL” para “(...) ser aplicada y seguida”, entonces la estructura de esta afirmación de segundo nivel sería

$$(5) \mid \boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} \text{ O APPL N}$$

Esta indica la validez definitiva del requerimiento que exige que la norma N sea aplicada.²⁰

Toda vez que los argumentos normativos tienen la estructura de mandatos de validez reiterados, siempre se trata de afirmaciones directas de nivel superior que establecen una exigencia de que la respectiva norma sea aceptada como definitivamente válida. La estructura de tal afirmación directa de validez de nivel superior es la siguiente:

$$(6) \mid \text{ O } \boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} \text{ N.}$$

Esta exige el reconocimiento de una aserción de validez y, consecuentemente, de la validez definitiva de la norma N.

²⁰ La implicación de un requerimiento de aplicación es relevante para la cuestión acerca de si las permisiones, competencias o definiciones jurídicas califican como normas. Si nos detenemos en su mero contenido, la cuestión permanece sin respuesta. Empero, puesto que una oración de validez implica una obligación de aplicar el respectivo estándar, en casos de permisiones, competencias o definiciones jurídicas que resulten válidas, hay al menos un mandato de segundo nivel involucrado. Esto permite restringir el presente análisis a las normas con la estructura de mandato, es decir, Op.

Todo lo anterior permite distinguir entre dos formas de justificar enunciados: 1) por referencia a hechos y 2) en razón de juicios normativos. Un enunciado está justificado por referencia a hechos si se corresponde con los hechos, esto es, si es verdadero, y es justificado en razón de un juicio normativo si su aceptación es requerida por parte de un juicio semejante, es decir, si debe ser aceptado en virtud de argumentos normativos.

2.4. Proposiciones de validez puras y específicas

Las proposiciones normativas no incluyen solamente pretensiones normativas, sino también proposiciones descriptivas con respecto al cumplimiento de un determinado criterio de validez. La forma más elemental de una proposición normativa, o sea, una proposición normativa pura, incluye la exigencia de que un determinado criterio de validez ha sido alcanzado, sin especificar, no obstante, cuáles son estos criterios o los hechos que permiten su cumplimiento. Por ejemplo, desde el punto de vista del razonamiento autónomo, la validez definitiva de una norma sustantiva es producto de la ponderación entre argumentos normativos. Por ende, sus proposiciones normativas presuponen que la respectiva norma es el resultado de una ponderación; sin embargo, no requieren precisar cuál es el procedimiento de la ponderación que establece a esa norma. En este sentido, las proposiciones normativas puras incorporan un elemento descriptivo que indica que la respectiva norma es el resultado de una argumentación, sin por ello especificar cuál fue el procedimiento de argumentación utilizado.

En contraste, las proposiciones normativas específicas sí incluyen información sobre el procedimiento a través del cual una norma fue establecida como definitivamente válida. Tal especificación debe incluir el tiempo y lugar de la argumentación, sus participantes, el contexto fáctico, la información de base y los argumentos que han sido considerados. El hecho de que una norma haya sido aceptada como definitivamente válida de acuerdo con un determinado procedimiento constituye el criterio de

su validez. Este procedimiento puede ser formal e informal. En cualquier caso, la justificación por vía de la ponderación siempre requiere que el proceso pueda ser identificado descriptivamente —de manera más o menos precisa—. Por tanto, una proposición normativa específica puede ser representada incluyendo una referencia al procedimiento de justificación PROC en la caracterización de su validez:

$$(7) \mid \boxed{\text{VAL}_{\text{DEF, PROC}}} N.$$

Esta distinción entre las proposiciones normativas puras y específicas supone una diferencia con respecto a las relaciones lógicas entre las diversas clases de proposiciones normativas. La acción que directamente guía al uso de una oración normativa y una proposición pura acerca de la validez definitiva de esta norma son intercambiables. Así, puede intercambiarse la exigencia de que X debe ser hecho y la proposición que indica que es definitivamente válido que X debe ser hecho, y viceversa. Empero, esta implicación no se mantiene para proposiciones normativas específicas, las cuales requieren el agregado de una información adicional acerca del criterio de acuerdo con el cual la respectiva norma es válida, mientras que esta información adicional no suele estar incluida en el uso directo de una oración normativa.²¹

Asimismo, existen implicaciones mutuas entre la propuesta directa de un argumento normativo y la afirmación de una proposición inespecífica acerca de la validez de una norma como argumento. La propuesta directa de un argumento normativo, por ejemplo, el decir que “debe ser respetada la libertad de expresión”, también puede ser expresada en la forma de una proposición que exige el respeto de la libertad de expresión, constituye una norma válida en cuanto argumento normativo. Ambas expresiones son equivalentes desde el punto de vista pragmático, esto es, intercambiables dentro del contexto de la argumentación normativa.

²¹ Una proposición con un mero carácter descriptivo es admisible solamente si afirma que una norma ha sido establecida por medio de un determinado procedimiento, sin sostener su validez definitiva y, por tanto, sin asegurar que deben ser aplicada y seguida.

IV. EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS

¿Cuál es, entonces, el rol que debe ser asignado a los principios dentro del marco semántico del razonamiento autónomo recién esbozado? La idea inicial de que los principios son razones en favor de un juicio de ponderación sugiere que los argumentos normativos deberían ser considerados como principios;²² sin embargo, esta idea enfrenta algunas dificultades. No parecen plausibles tanto la afirmación que aduce que todo argumento normativo es un principio como aquella que indica que todo principio es un argumento normativo.

4.1. No todo argumento normativo representa un principio

Toda vez que los argumentos normativos están constituidos por exigencias normativas propuestas por agentes autónomos, ellos pueden tener cualquier contenido (dentro de ciertos límites relativos a aquello que los agentes autónomos pueden legítimamente exigir). Los argumentos normativos no necesitan ser universalmente válidos con relación a su contenido, sino que es el principio de autonomía el que autoriza que dicha exigencia deba ser aceptada por el resto de los agentes autónomos. Así, el deseo de teñirse el cabello constituye un argumento normativo que indica que cada uno tiene el derecho a teñir su propio cabello; no obstante, sería raro decir que existe un principio que prescribe el derecho a teñirse el cabello. Contrariamente, el derecho a la autonomía personal, que es básicamente el derecho de hacer aquello que se desea, es claramente un principio. El derecho de cada uno a teñirse el cabello está respaldado por este principio y, justamente por ello, es válido como principio. Pero no es en sí mismo un principio.

Esto sugiere que deben considerarse como principios solamente aquellos argumentos normativos con un cierto carácter, por ejemplo, argumentos con una validez universal, general o de

²² En este sentido, véase Sieckmann, Jan-R., “Principles as Normative Arguments”..., *cit.*

gran importancia. Como consecuencia de ello, la diferencia entre los principios y los otros argumentos normativos no es estructural ni de clase, sino que es más bien de grado. Además, las características de universalidad, generalidad o importancia no son relevantes a la hora de determinar la estructura de la ponderación, por tanto, el concepto de los principios pierde importancia dentro de la teoría de la ponderación.

De este modo, pese a que la tesis que indica que los principios cuentan con propiedades lógicas específicas ha sido fructífera para el análisis de la estructura lógica de la ponderación, una vez que se entiende la conexión entre la ponderación y la autonomía, así como la diferencia entre argumentos normativos y proposiciones normativas, el concepto de los principios no parece tener gran significado para la teoría de las normas y de la ponderación. Más precisamente, no se puede captar la estructura lógica de los argumentos normativos y de la ponderación por medio de un concepto lingüísticamente plausible de los principios.

4.2. No todo principio presenta un argumento normativo

Por otro lado, una fuerte intuición sugiere que no todo principio es un argumento normativo pasible de ser ponderado. Hay principios que son imponderables.²³ Los principios relacionados con la idea de autonomía y los requerimientos formales de la razón práctica no entran dentro de la ponderación (aunque pueden ser ponderados en un metanivel de argumentación). Estos requerimientos son, por ejemplo, la necesidad de justificar la validez de normas, ponderar entre argumentos en colisión, elegir la mejor alternativa, evaluar cuál es la solución óptima o excluir diferencias arbitrarias. Además, como lo muestra el marco del

²³ En contraste, Ávila, Humberto, *op. cit.*, pp. 90 y ss., asume la tesis de que todos los principios pueden ser ponderados, y denomina “postulados” a una tercera categoría de normas al lado de los principios a ser ponderados y las reglas resultado de la ponderación. Sin embargo, esa restricción terminológica parece ser artificial y, en todo caso, no permite captar la distinción central entre los argumentos normativos y las proposiciones normativas.

razonamiento autónomo, todo argumento normativo puede ser transformado en una proposición acerca de su validez en cuanto argumento, sin por ello ingresar dentro de una ponderación. Por tanto, resulta implausible restringir el concepto de los principios solamente a aquellos que figuran como argumentos normativos dentro del procedimiento de la ponderación.

4.3. Principios como el marco normativo del razonamiento autónomo

Sin perjuicio de lo anterior, no debería abandonarse del todo la idea de que hay principios que figuran como razones en los procedimientos de ponderación. La teoría de los principios permanece como una importante contribución dentro de la teoría del derecho, la teoría moral e, incluso, la dogmática jurídica. No obstante, no debería ser entendida principalmente como una distinción que se presenta dentro de la teoría de las normas. Una concepción alternativa incluye la siguiente tesis:

a) El foco de la teoría de los principios debe referirse a la estructura lógica del proceso de fundamentación de normas por medio de la ponderación de argumentos.

Una de sus afirmaciones centrales es que las normas sustantivas solamente pueden ser justificadas a través de la ponderación de argumentos normativos. Esto es respetuoso de la autonomía de los agentes involucrados. Ninguna norma puede ser considerada válida si no observa cuáles son los intereses y concepciones normativas de los agentes autónomos. En cualquier contexto en el que se discute sobre la validez de normas, habrá algunos conflictos entre intereses o puntos de vista. Por tanto, las normas precisan ser justificadas por medio de la ponderación de los intereses o puntos de vista en colisión.

b) Consecuentemente, las normas pueden ser estrictamente válidas no por su carácter sustantivo, sino más bien por su carácter formal.

Que una norma sea estrictamente válida significa que su validez es independiente de la ponderación. Las normas con dicho

carácter pueden incluir tanto requerimientos formales de la razón práctica como requerimientos directamente derivados de la idea de autonomía, todos ellos condiciones necesarias para justificar la validez de las normas. En este sentido, pueden ser denominados principios porque representan las bases o el marco de la argumentación normativa. En resumen, ellos constituyen puntos de partidas para la argumentación normativa.

c) Dentro del marco del razonamiento autónomo, las normas sustantivas pueden ser argumentos normativos, o bien, proposiciones normativas resultado de la ponderación.

La idea de que existen puntos de partida dentro de la argumentación normativa también aplica a los argumentos normativos basados en exigencias elevadas por los agentes autónomos, puesto que tales argumentos sirven para dar comienzo al procedimiento de ponderación. En este sentido, deben ser considerados como principios sustantivos de la argumentación normativa; aunque, como se ha explicado, esto choca con la intuición común de que los principios deben ser universales, generales o importantes.

No obstante, es posible reconciliar estos dos aspectos si se considera el hecho de que los agentes autónomos no pueden proponer intereses o exigencias aislados, sino que deben presentar sus intereses en la forma de una concepción coherente de la buena vida y, sobre esas bases, desarrollar concepciones normativas individuales. Tales concepciones seguramente incluirán exigencias universales, generales e importantes. De esta manera, los principios pueden ser entendidos, por un lado, como aquellos requerimientos formales referidos al razonamiento práctico y a la idea de autonomía y, por el otro, como aquellas exigencias sustantivas que conforman las bases de una concepción normativa coherente de los agentes autónomos.

Alternativamente, puede demandarse no solo a partir de aquellos argumentos normativos que conforman las bases de una concepción normativa individual, sino también sobre la base de aquellos que pertenecen a la concepción normativa de todos o casi todos los agentes autónomos. Los principios, por ende, son también los argumentos normativos aceptados general o universalmente.

Una tercera posibilidad podría ser considerar a los principios solamente como aquellos argumentos normativos que tienen algún tipo de validez objetiva. Esto significa que no están directamente basados en las exigencias de agentes autónomos, sino que tienen una justificación independiente al hecho de que sean exigidos, por ejemplo, los derechos constitucionales son principios en este último sentido. Pese a que protegen intereses individuales, su validez no depende de que alguien los reclame como tal.

V. CONCLUSIÓN

En resumen, puede sostenerse la idea de que hay principios que tienen una estructura lógica peculiar, esto es, la estructura de argumentos normativos que figuran como razones a favor de determinados juicios en la ponderación. Ahora bien, no todos los argumentos normativos califican como principios, y distinguir a los principios de los argumentos normativos simples requiere considerar criterios que no son lógicos, como aquellos que remiten a las ideas de universalidad, generalidad, importancia, aceptación general o validez objetiva.

La concepción más plausible de los principios los entiende como el marco normativo del razonamiento autónomo. Este marco normativo incluye principios estrictamente válidos de la argumentación válida y de la autonomía, principios fundamentales que figuran como puntos de partida de la argumentación que no refieren a exigencias individuales, y argumentos normativos resultantes de las exigencias basadas en intereses de los agentes autónomos.

Por tanto, los principios no son necesariamente normas que participan de la ponderación. Así, el concepto de los principios puede incluir normas estrictamente válidas, como los mandatos de optimización. También es posible concluir que la teoría de los principios no debería focalizarse principalmente en la teoría de las normas, sino presentarse a sí misma como una teoría que permite reconstruir un sistema normativo a partir de sus propios fundamentos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.
- , “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, vol. 13, 2000.
- , “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.
- ÁVILA, Humberto, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humbolt, 2006.
- BAYÓN, Carlos, *La normatividad del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- DOWRKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- DUMMET, Michael, *Philosophy of Language*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- FREGUE, Gottlob, *Begriffsschrift. Eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, ed. de Günter Patzig, Gotinga, Vandehoeck & Rupprecht, 1975.
- , “Der Gedanke”, *Logische Untersuchungen*, ed. de Günther Patzig, Gotinga, Vandehoeck & Rupprecht, 1976.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988.
- JAKAB, András, “Prinzipien”, *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.

SIECKMANN, Jan-R., *Rechts als normative Systems*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

—, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

—, “Principles as Normative Arguments”, en DAHLMAN, Christian y KRAWIETZ, Werner (eds.), *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie. Beiheft*, vol. 21, Berlín, Duncker & Humbolt, 2005.

—, “Zur Analyse von Normkonflikten un Normabwägungen“, *Analyomen*, vol. 2, núm. 3, 1997.

STEIFF, Jakob, *Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen -verfassungsrechtliche Konditionierung- verwaltungs- und planungsdogmatische Entfaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

Teoría de los principios. Avances y problemas*

Federico De Fazio**

I. INTRODUCCIÓN

El término *teoría de los principios* es ambiguo. Su uso puede hacer referencia, como mínimo, a tres teorías que persiguen objetivos diferentes. Así, puede ser utilizado para connotar una teoría: a) que sostiene que los principios son una clase de normas cuya validez no depende de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento, sino de su justificación moral;¹ b) que afirma

* Este ensayo ha sido previamente publicado en *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, núm. 16, 2018.

** Universidad de Buenos Aires.

¹ Esta teoría es sostenida por Dworkin en el marco de un “ataque general al positivismo jurídico”. Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury, 1997, pp. 38 y ss.; sin embargo, entiendo que se encuentra refutada. En primer lugar, porque nada impide que los principios puedan ser identificados por medio de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento (cfr. Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 228; Hart, Herbert, “Postscriptum”, en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, pp. 125 y ss.; Maccormick, Neil, “Principles of Law”, *The Juridical Law Review*, Edimburgo, 1974, pp. 217-226; Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, 1972, p. 828); en segundo lugar, porque la verificación empírica de que los jueces y abogados utilizan proposiciones referidas a principios en el marco de sus razonamientos no permite co-

que los principios son una clase de normas que poseen propiedades estructurales específicas que permiten distinguirlas clasificatoriamente de las reglas,² y c) sobre la interpretación constitucional que aduce que gran parte de las normas que prescriben derechos fundamentales deben ser entendidas como principios.³

Este trabajo tiene el propósito de presentar el estado de la cuestión de la *teoría de los principios* en el segundo de los sentidos apuntados, es decir, como una teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de normas. Se buscarán corroborar dos hipótesis: la primera indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas está justificada o, mejor dicho, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contraejemplos capaces de refutarla; mientras que la segunda sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas.

La argumentación tendente a respaldar estas dos hipótesis se realizará respetando un determinado orden de exposición. Así, en un primer momento se analizarán los *criterios de individuali-*

robolar, sin más, que estos forman parte del sistema jurídico (cfr. Nino, Carlos, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 156).

² Esta teoría se encuentra representada, principalmente, por las investigaciones de Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y Jan-R. Sieckmann. Véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986, pp. 71 y ss.; Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 23 y ss.; Sieckmann Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 52-85; Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 13-114; Sieckmann, Jan-R., *Recht als normatives System. Die prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 19-64.

³ Al respecto pueden consultarse las siguientes investigaciones: Barak, Aaron, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

zación propuestos por Ronald Dworkin para justificar la *tesis de la diferencia clasificatoria* en principios y reglas y se considerarán las principales objeciones que se han dirigido en su contra (II). En una segunda instancia se examinará críticamente el problema referido a la definición conceptual de los principios. De esta manera, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización* de Robert Alexy y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del *supuesto de hecho abierto* formulada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y de los *argumentos normativos* defendida por Jan Sieckmann (III). Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones a modo de cierre (IV).

II. LA TESIS DE LA DIFERENCIA CLASIFICATORIA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Si bien son muchos los autores que en el marco de sus teorías distinguen a las normas entre principios y reglas,⁴ no todos lo hacen en el mismo sentido. Es por ello que suele diferenciarse entre tesis *débiles* y *fuertes* de la separación.⁵ La tesis *débil* sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de *grado*, según su mayor o menor nivel de generalidad o abstracción.⁶ En cambio, la tesis *fuerte* afirma que la diferencia entre principios

⁴ Algunos antecedentes de autores que han hecho uso de esta terminología pueden ser consultados en Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1956; Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 72-75; Alexy, Robert, *Zum Begriff des Rechtsprinzips...*, cit., p. 184; Bayón, Juan, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 359; García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 132; Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, cit., p. 53.

⁶ Ejemplos de tesis *débiles* en razón del grado de generalidad semántica de las normas pueden encontrarse en Hart, Herbert, "Postscriptum...", cit., p. 199; Raz, Joseph, *op. cit.*, p. 838.

y reglas no es meramente de grado, sino que, debido a ciertas características estructurales, es también *clasificatoria o de clase*.⁷ Esto último supone que toda norma solamente puede ser, o bien un principio, o bien una regla,⁸ sin que puedan haber modalidades intermedias.

La *teoría de los principios* (en el sentido estricto que aquí interesa) defiende esta última tesis. Por ello, un primer interrogante que puede formularse se refiere a cuál o cuáles son los *criterios de individualización* que permiten trazar una distinción *clasificatoria* entre principios y reglas. Un análisis minucioso al respecto debe comenzar con el influyente artículo de Ronald Dworkin titulado “The Model of Rules” (“El modelo de las reglas”),⁹ que en lo que sigue será sometido a debate.

2.1. La teoría de Ronald Dworkin

Dworkin inicia su exposición mencionado el conocido caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto por el Tribunal de Nueva York en 1889.¹⁰ El problema del caso era si un heredero testamentario debía recibir la herencia, incluso cuando este, para asegurarse y adelantar su cobro, hubiera asesinado al testador. El heredero basó su pretensión en la regla estatutaria que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido. El testamento en análisis cumplía, efectivamente, con tales condiciones. No obstante, el Tribunal decidió establecer una excepción a dicha regla, basándose en un principio no escrito que prohíbe que alguien pueda beneficiarse de su propio dolo o injusticia. Final-

⁷ Ejemplos al respecto se encuentra en Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 77; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 29; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., p. 40; Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, cit., p. 53.

⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 77.

⁹ Este artículo se encuentra compilado en Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., pp. 29-64. Posteriormente, Dworkin modificó parcialmente esta terminología; cfr. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., p. 39.

mente, el testamento fue declarado inválido y no se efectuó la entrega de la herencia.

De acuerdo con Dworkin, existe una diferencia lógica entre la regla que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos es válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propio dolo o injusticia.¹¹ Esta diferencia *lógica* se pone en evidencia sobre la base de dos *criterios de individualización*. El primero indica que las reglas se aplican a la manera *todo o nada*, mientras que esto no es así en el caso de los principios.¹² El segundo criterio supone, a su vez, que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso* o de la importancia.¹³

2.1.1. La aplicación a la manera “todo o nada” de las reglas

Que las reglas se apliquen a la manera *todo o nada* significa que, si se cumple con su supuesto de hecho, entonces, o bien la regla es válida y determina concluyentemente la solución del caso, o bien es inválida y no aporta en nada a la decisión.¹⁴ Así, por ejemplo, si se considera válida la regla que exige la firma de tres testigos como condición necesaria para la legalidad de los testamentos, entonces siempre serán conforme a derecho aquellos testamentos rubricados por, al menos, tres testigos y nunca lo serán aquellos rubricados por dos o menos.

En este punto podría objetarse que, muchas veces, las reglas cuentan con cláusulas de excepción; sin embargo, esto no hace colapsar su carácter *todo o nada*, pues un enunciado que describa una regla debería considerar todas sus excepciones y cualquier proposición que así no lo hiciese resultaría incompleta. Si la lista de excepciones es muy larga, puede resultar demasiado incómo-

¹¹ *Ibidem*, p. 40. El término “lógica” debe ser entendido en este contexto en un sentido amplio, es decir, no necesariamente vinculado al estudio de la forma de los razonamientos deductivos.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, p. 43.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

do repetirlas cada vez que se cita la regla, pero, en teoría, no hay razón para que no se pueda enumerarlas todas.¹⁵

En cambio, los principios no se aplican de esta manera *todo o nada*. Aun cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho, estos no determinan automática o concluyentemente la decisión. Solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria.¹⁶ Así, por ejemplo, el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo suele quedar desplazado en favor de algún otro principio en los casos de usucapión.¹⁷ Empero, estos ejemplos en contrario no pueden ser vistos como excepciones que deberían integrar enunciados proposicionales más extensos, ya que no pueden ser enumerados o previstos de antemano ni siquiera en teoría.¹⁸

2.1.2. Objeciones

El establecimiento de una distinción *de clase* entre principios y reglas sobre la base del *criterio de individualización* que indica que solamente estas últimas son aplicables a la manera *todo o nada* ha sido blanco de dos objeciones principales.

La primera objeción es de índole metodológica y señala que, si se acepta que todas las reglas, incluso las más específicas, poseen *textura abierta*,¹⁹ entonces parece empíricamente imposible conocer y enumerar todas sus excepciones de antemano.²⁰ La segunda objeción es aún más lapidaria que la anterior y está relacionada con la estructura de los sistemas jurídicos. Si se asume —como Dworkin lo hace— que los sistemas jurídicos están com-

¹⁵ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Cfr. Hart, Herbert, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 159 y ss.

²⁰ Carrió, Genaro, *op. cit.*, p. 226.

puestos no solo por un primer nivel conformado por reglas, sino también por un segundo nivel integrado por principios, entonces las excepciones a las reglas no pueden ser tampoco enumeradas ni siquiera en teoría,²¹ pues nada impediría que resulte añadida una nueva cláusula de excepción a una regla como resultado de ponderación entre el principio que le subyace y un principio contrapuesto que exhibe mayor importancia en relación con el caso concreto que se presenta.²² Precisamente esto es lo que sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*.

Como puede notarse, las dos objeciones presentadas refutan la tesis que indica que las reglas siempre resultan aplicables a la manera *todo o nada*. En efecto, el hecho de que las reglas posean *textura abierta* y que, además, puedan acoger cláusulas de excepción imprevistas en razón de los principios excluye la posibilidad de que estas siempre determinen concluyentemente la solución de los casos que caen dentro de su supuesto de hecho. Siendo así, debe admitirse que este primer *criterio de individualización* sugerido por Dworkin no logra justificar la existencia de una diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas; por tanto, debe ser descartado.

2.1.3. La “dimensión del peso” de los principios

Mucho más interesante resulta el segundo *criterio de individualización* identificado por Dworkin. Este supone que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*.

Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.²³ Así, por ejemplo, en *Riggs vs. Palmer* se

²¹ Alexy, Robert, *Zum Begriff des Rechtsprinzips...*, cit., p. 71; Hart, Herbert, “Postscriptum...”, cit., p. 122.

²² Alexy, Robert, *Zum Begriff des Rechtsprinzips...*, cit., p. 71

²³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., p. 43.

presentó una colisión entre el principio que ordena respetar las reglas testamentarias del *common law* y el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo o injusticia. Para resolver el caso, el tribunal neoyorkino debió fundamentar que, en esa situación en concreto, el segundo principio gozaba de una importancia mayor con respecto al primero. No obstante, esto no redundó en la invalidez del principio desplazado ni tampoco en el agregado de una cláusula de excepción en su supuesto de hecho. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor.

Las reglas, contrariamente, no exhiben esta dimensión. Cuando se suscita una contradicción entre dos reglas, la misma debe ser solucionada exclusivamente en la *dimensión de la validez*,²⁴ esto es, o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. Si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas, entonces esta, si bien permanecerá válida, ya no resultará aplicable en aquellos casos futuros que presenten las mismas propiedades relevantes.²⁵ En cambio, si una de las reglas es declarada inválida, entonces queda directamente expulsada del sistema normativo. Esto significa que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino además para el resto de las situaciones futuras.

2.1.4. Objeciones

La idea de que los principios pueden ser distinguidos *clasificatoriamente* de las reglas sobre la base del *criterio de individualización* que indica que solamente aquellos exhiben una *dimensión del peso* también ha sido centro de dos objeciones principales.

²⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 77.

²⁵ En este sentido, Alfonso da Silva comenta que el agregado de una cláusula de excepción es una declaración parcial de invalidez. Cfr. Alfonso da Silva, Virgilio, *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 46.

La primera ha sido detalladamente desarrollada por Joseph Raz, quien sostiene que Dworkin ha puesto en escena un punto importante: que las contradicciones entre normas pueden resolverse ya sea invalidando total o parcialmente a una de las normas, o bien mediante la evaluación de su peso o importancia. Sin embargo —según Raz—, esto no está directamente relacionado con una determinada cualidad lógica de las normas. La prueba de ello es que las reglas pueden exhibir, también, una *dimensión del peso* frente a situaciones de contradicción normativa.²⁶ Raz propone dos ejemplos para ilustrarlo.

El primero lo extrae del razonamiento moral. Sugiere tomar, por un lado, la regla que ordena cumplir las promesas y, por el otro, la regla que prohíbe mentir. Es posible imaginar una situación hipotética en que solamente pueda ser cumplida una promesa mintiendo. Frente a tal situación, resultaría absurda una decisión que resolviese el conflicto mediante la invalidez de una de las reglas. Lo más razonable es establecer una relación de preferencia entre ellas, considerando cuál es su importancia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso.²⁷

El segundo ejemplo lo extrae del razonamiento jurídico. En el caso *Riggs vs. Palmer* se suscitó una contradicción entre la regla que dispone que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propia injusticia. Como bien señala Dworkin, este caso se resolvió considerando la importancia relativa de las normas en concreto. Siendo esto así, debe concluirse que la regla referida a la validez de los testamentos también adquirió una *dimensión del peso*.²⁸

Sin embargo, a la objeción de Raz pueden oponérsele tres contraargumentos. En primer lugar, el hecho de que las contradicciones entre la norma que ordena cumplir las promesas y la norma que prohíbe mentir sean resueltas considerando sus respectivos grados de importancia en concreto, solamente constitu-

²⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, p. 834.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibidem*, p. 837.

ye una prueba de que, efectivamente, exhiben una *dimensión del peso*, pero no prueba, por sí solo, que se trate de reglas. Raz comete aquí una falacia de petición de principio. Desde el punto de vista de una teoría que defienda la tesis *fuerte* de la separación es posible argumentar que la mencionada contradicción se resuelve en la *dimensión del peso*, justamente en razón de que se trata de normas con estructura de principios y no —como presupone Raz— de reglas.

En segundo lugar, si bien es cierto que en el caso en estudio se agregó una nueva cláusula de excepción a una regla testamentaria como consecuencia de un juicio de ponderación, ello no significa que la regla haya adoptado una *dimensión del peso*.²⁹ Solamente puede concebirse una colisión cruzada entre un principio y una regla a costa de simplificar inadecuadamente la situación de contradicción.³⁰ Más bien, en el caso se trató de una colisión entre el principio subyacente a la regla, que ordena respetar a las reglas testamentarias del *common law*, y el principio que prohíbe beneficiarse de la propia injusticia.

Por último, el tercer argumento está relacionado con las propiedades estructurales de los sistemas jurídicos. Incluso si se admitiera, siguiendo a Raz, que las reglas también exhiben una *dimensión del peso*, entonces lo único que se habría comprobado es que no existen normas que permitan “atrincherar”³¹ determinaciones normativas.³² De esta forma, nos veríamos obligados a admitir que los sistemas jurídicos están compuestos exclusiva-

²⁹ Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, cit., p. 74.

³⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., p. 99.

³¹ Cfr. Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 103 y ss.

³² Sieckmann, Jan-R., “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R. y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, p. 46. Jan-R. Sieckmann sostiene, con razón, que la objeción de Raz conduce a la paradójica situación de que mientras los teóricos del principialismo terminan defendiendo la existencia de reglas, sus objetores se resignan a concebir el derecho como un modelo puro de principios y ponderación.

mente por principios y que las decisiones judiciales dependen exclusivamente de los juicios de ponderación; sin embargo, esto no puede ser aceptado como una reconstrucción adecuada, puesto que no permite explicar la forma en que se adjudican la mayoría de las normas jurídicas.³³ Por tanto, si se parte de que los sistemas jurídicos contienen reglas, pero que a la par de ellas existen otras normas que exhiben una *dimensión del peso*, entonces la única alternativa plausible es buscar una explicación por medio de una teoría de los principios.³⁴

La segunda objeción es diametralmente opuesta a la de Raz y ha sido planteada por Juan Ruiz Manero, quien sostiene que no es cierto que todos los principios exhiban necesariamente una *dimensión del peso*, ya que existen algunos que revisten carácter de imponderables, es decir, que no pueden ser desplazados en favor de otros principios bajo ninguna circunstancia.³⁵ Un ejemplo de ello sería el principio de respeto a la dignidad humana.³⁶ Decir que una “conducta justificada es contraria a la dignidad humana” parece ser un oxímoron.³⁷ En verdad —continúa Ruiz Manero—, el principio de respeto a la dignidad humana es utilizado en un metanivel al solo efecto de justificar la validez del resto de los derechos fundamentales. Es precisamente por ello que tiene carácter de imponderable, toda vez que sus fundamentos son normalmente reconducidos a través de los derechos fundamentales que él mismo se encarga de justificar.³⁸

³³ En este sentido, señala Hart que “la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de *standards* variables, no exigen de aquellos una nueva valoración caso a caso”. Cfr. Hart, Herbert, *El concepto del derecho...*, cit., p. 168.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Ruiz Manero, Juan, “Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 12 de abril de 2016, p. 18, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>

³⁶ *Ibidem*, p. 20.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibidem*, p. 24.

Empero, a esta segunda objeción también pueden formularse algunas respuestas. En primer lugar, es cierto que el principio de respeto a la dignidad humana genera una impresión de imponderabilidad.³⁹ Ello, principalmente, en razón de que existe un alto grado de probabilidad de que este obtenga prevalencia por sobre los principios que se le oponen en la mayoría de las circunstancias.⁴⁰ No obstante, de ello no se deduce que carezca de una *dimensión del peso*. Un ejemplo ilustrativo se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán. En 1978 se presentó un caso cuya pregunta normativa era si la dignidad humana resulta vulnerada incluso cuando se obliga por la fuerza a un acusado de un delito penal (que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión) a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos y así hacer posible su identificación por parte de los testigos.⁴¹ El Tribunal consideró que en dicho caso no se configuraba una vulneración del derecho a la dignidad humana, en primer lugar, porque la alteración de la imagen no implicaba una afectación grave al derecho a la dignidad humana, ya que no tenía el propósito de “humillar” al acusado “ni perseguía algún otro objetivo reprobado por el sistema jurídico”.⁴² En segundo lugar, porque el fin de esclarecer los delitos penales es lo suficientemente importante como para justificar su restricción, ya que “representa un interés prioritario de la comunidad”.⁴³ Si se considera que una resolución semejante está justificada, entonces no queda otra alternativa que admitir que la norma que prescribe la protección de la dignidad humana puede participar en los juicios de ponderación y, por tanto, exhibe una *dimensión del peso*.

En segundo lugar, aun si se admitiera que el principio de respeto a la dignidad humana se encuentra en un metanivel y que

³⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 94.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Alexy, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 16, 2014, p. 12.

⁴² BverfGE (sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, por sus siglas en alemán) 47, 239 (247).

⁴³ *Idem*.

solamente tiene por función justificar al resto de los derechos fundamentales (los cuales sí pueden participar de la ponderación), entonces bien podría argumentarse que, en los hechos, el principio de respeto a la dignidad humana exhibe una *dimensión del peso* de tipo indirecta,⁴⁴ dado que no excluye la posibilidad de que un derecho fundamental por él justificado pueda resultar desplazado o restringido en favor de alguna razón de utilidad o bienestar colectivo.

La neutralización de las objeciones y contraejemplos formuladas tanto por Raz como por Ruiz Manero pone en evidencia que este segundo *criterio de individualización* sugerido por Dworkin, relacionado con la *dimensión del peso* de los principios, resiste a sus diversos intentos de refutación. De esta manera, representa un punto de partida fructífero para fundamentar la tesis *fuerte* de la separación, es decir, aquella que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es *clasificatoria o de clase*.

III. EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS

Hasta el momento se ha procurado poner de manifiesto que existe, por lo menos, un *criterio de individualización* que permite trazar una distinción *clasificatoria* entre principios y reglas. No obstante, con ello no puede considerarse agotado el ámbito de la discusión, pues aún restaría que la *teoría de los principios* brinde una explicación plausible acerca de por qué los principios exhiben una *dimensión del peso*. Este interrogante conduce directamente al problema de la definición conceptual de los principios. Por ello, en lo que sigue se efectuará una reconstrucción del estado del arte del tema. En este sentido, se tomará como punto de partida la teoría de los *mandatos de optimización* de Robert Alexy y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del

⁴⁴ Un argumento similar es presentado por Zuleta. Cfr. Zuleta, Hernando, "Comentario al artículo *Rule of Law* y *ponderación*. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero", Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 12 de abril de 2016, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf>

supuesto de hecho abierto formulada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y de los *argumentos normativos* defendida por Jan Sieckmann.

3.1 La teoría de Robert Alexy

De acuerdo con Alexy, la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas se explica conceptualmente en razón del diferente tipo de mandato que prescriben. Así, los principios exhiben una *dimensión del peso* porque son *mandatos de optimización*.⁴⁵ Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁶ Por tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y normativas efectivamente existentes.⁴⁷ El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios que exigen una solución en contrario.

En cambio, las reglas carecen de una *dimensión del peso* porque son *mandatos definitivos o exactos*,⁴⁸ lo que significa que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, ni más ni menos.⁴⁹ Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino, o bien cumplidas, o bien incumplidas, y ello precisamente en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁵⁰

Un primer interrogante que se plantea es si esta definición de los principios propuesta por Alexy es compatible con la teoría general de las normas; por ejemplo, Jürgen Habermas ha objetado que entender a los principios como *mandatos de optimización*

⁴⁵ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 75.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

conduce a asimilarlos con los valores, los cuales se diferencian lógicamente de las normas.⁵¹ Así, las normas tienen un sentido deontológico, es decir, califican algo como debido u obligatorio. En cambio, los valores tienen un sentido teleológico, esto es, lo califican como bueno o preferible. Además, las normas tienen una pretensión binaria de validez —obligan o no obligan—, mientras que los valores pueden ser cumplidos en diferentes grados. Asimismo, la validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal. Los valores, por su parte, son preferencias relativas a una determinada forma de vida. Por último, las normas no pueden contradecirse entre sí, mientras que los valores sí admiten contradicciones y, de hecho, compiten por obtener preferencia.⁵² Si los principios, tal como son entendidos por Alexy, son entidades capaces de ser cumplidas en diferentes grados, relativas a determinadas condiciones y que pugnan entre sí por lograr una relación de precedencia condicionada, entonces debe concluirse que sufren una “pérdida de su carácter deontológico”.⁵³

Sin embargo, Alexy ha formulado una respuesta convincente a esta objeción por medio de las siguientes precisiones. Es cierto que las normas y los valores se diferencian conceptualmente.⁵⁴ Las primeras pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos,⁵⁵ como el mandato, la prohibición o el permiso. Común a todos ellos es que pueden reducirse a un concepto deontológico fundamental: el de deber ser. Los valores, en cambio, pertenecen al ámbito de los conceptos axiológicos.⁵⁶ Estos no se refieren al concepto deontológico fundamental del deber ser, sino al concepto de lo bueno. Ahora bien, los principios han sido definidos como *mandatos de optimización*. En cuanto mandatos, pertene-

⁵¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005, p. 329.

⁵² *Ibidem*, p. 328.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, *cit.*, pp. 125 y ss.

⁵⁵ Wright, Georg von, *La lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Eudeba, 1967, p. 7.

⁵⁶ *Idem*.

cen al ámbito de los conceptos deontológicos, es decir, establecen algo como debido. De ello se sigue que se trata de normas y no de valores.⁵⁷

Por otra parte, a diferencia de lo que cree Habermas, las normas y los valores no se diferencian en lo que refiere a su estructura. Así, un objeto puede ser valorado según diferentes criterios, por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, belleza, entre otros. Estos criterios de valoración pueden entrar en colisión entre sí, de manera que se torna necesaria una ponderación con la finalidad de establecer una valoración definitiva.⁵⁸ Esto pone de manifiesto que los criterios de valoración se asemejan estructuralmente a los principios y el establecimiento de una valoración definitiva a las reglas, pero tal semejanza estructural no supone su asimilación conceptual, puesto que los valores continúan teniendo un carácter axiológico y las normas uno deontológico. Así, lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de las normas es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo definitivamente mejor, en el modelo de las normas es lo debido definitivamente.⁵⁹ Esto permite mostrar que Habermas comete un error al equiparar el concepto de norma con la composición estructural de las reglas.⁶⁰

No obstante, aun asumiendo que el concepto de los *mandatos de optimización* resulta coherente con la teoría general de las normas, esto no permite concluir nada con respecto a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. Ello porque es posible hallar otros autores que, pese a adherirse a la tesis *fuerte* de la separación, rechazan que la noción *mandato de optimización* sea útil para explicar en qué consiste la *dimensión del peso* de los principios. Es precisamente en este sentido que se dirigen las objeciones (y teorías alternativas) formuladas por Manuel Atienza

⁵⁷ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 127.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Arango, Rodolfo, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R. y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), *op. cit.*, pp. 73-90.

y Juan Ruiz Manero y Jan Sieckmann, respectivamente, mismas que, en lo que sigue, serán presentadas por separado.

3.2. La teoría de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Como se advirtió recientemente, Atienza y Ruiz Manero se adhieren a la tesis de la distinción *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas, aunque rechazan la definición de los principios como *mandatos de optimización* por considerarla, o bien incompleta, o bien distorsiva.⁶¹ De acuerdo con ellos, no es necesariamente verdadero que todos los principios resulten gradualmente cumplibles, siendo que existen ejemplos de principios que establecen consecuencias jurídicas definitivas o exactas, es decir, que solamente pueden ser cumplidos o incumplidos.⁶²

Así, los principios deben ser diferenciados entre *directrices* y *principios en sentido estricto*.⁶³ Las primeras son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta, esto es, la consecución de un estado de cosas u objetivo pasible de ser cumplido en diferentes grados.⁶⁴ Un ejemplo de una *directriz* se deriva del artículo 51.1. de la Constitución española, que dispone: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. En cambio, los *principios en sentido estricto* son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada, es decir, que califican deónticamente a una acción cierta o determinada.⁶⁵ Sirve de ejemplo el artículo 14 de la Constitución española, que prescribe: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de na-

⁶¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 34.

⁶² *Ibidem*, p. 32.

⁶³ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 32.

cimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”.

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, de esta última disposición puede extraerse la siguiente norma como parte de su significado: “Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual) y respecto del caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”.⁶⁶ De esta reconstrucción se sigue que, con independencia de que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe discriminar resulte abierto y requiera un juicio de ponderación, su consecuencia jurídica es de cumplimiento definitivo o exacto, puesto que “o se cumple o no se cumple [sin que quepan] modalidades graduables de cumplimiento”.⁶⁷

Si lo anterior es correcto, entonces la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas no puede ser explicada estructuralmente sobre la base del tipo de mandato que establecen, sino en virtud de alguna otra característica. Atienza y Ruiz Manero sugieren que esta explicación puede ser hallada en el ámbito de sus respectivos supuestos de hecho. Así, la razón por la que los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica (que puede ser tanto abierta como cerrada).⁶⁸ Un supuesto de hecho es abierto cuando las propiedades relevantes que lo conforman no están ni siquiera genéricamente determinadas. Esto es lo mismo que decir que son *normas categóricas*,⁶⁹ en el sentido de que su supuesto de hecho solamente está compuesto por aquella “condición de aplicación que es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportuni-

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁹ *Idem.*

dad de hacer aquello que constituye su contenido y ninguna otra condición”.⁷⁰ En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* en virtud de que correlacionan un *supuesto de hecho cerrado* con una solución jurídica (que también puede ser tanto abierta como cerrada). Un supuesto de hecho es cerrado cuando su condición de aplicación está constituida por propiedades relevantes que son “independientes de las razones que operan en favor o en contra de dicha solución normativa”.⁷¹ Esto significa que se trata *normas hipotéticas*, porque su supuesto de hecho no solo está conformado por aquella condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, sino además por otras condiciones adicionales que no se infieren directamente de este.⁷²

Sin embargo, es dudoso que la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas pueda ser explicada estructuralmente sobre la base de los supuestos de hecho de las normas. Ello principalmente porque no existe una conexión necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*. Es sencillo hallar ejemplos de normas que son categóricas y, a la vez, reglas, esto es, normas que están excluidas de los juicios de ponderación. Un primer ejemplo puede obtenerse del artículo 15 (segunda parte) de la Constitución española, que prescribe: “Queda abolida la pena de muerte [...]”.⁷³ Un segundo ejemplo se encuentra en el artículo 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, que dice: “Nadie será sometido a una desaparición forzada”.

⁷⁰ Cfr. Wright, Georg von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 91. La norma que ordena cerrar la puerta es categórica porque sus condiciones de aplicación (que haya una puerta, que esté abierta, etc.) se infieren directamente del contenido de la norma. En cambio, la norma que ordena cerrar la puerta, si es que llueve, es hipotética, ya que prevé una condición adicional que no se infiere de su contenido (que llueva). Cfr. Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 76.

⁷¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 32.

⁷² Wright, Georg, *Norma y acción...*, *cit.*, p. 91.

⁷³ Este primer ejemplo es tomado de Lopera Mesa, Gloria, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 27, 2004, p. 232.

Por otro lado, Atienza y Ruiz Manero no alcanzan a probar que los *principios en sentido estricto* sean normas definitivas o exactas, esto es, que solamente pueden ser, o bien cumplidas, o bien incumplidas. Si bien es cierto que la norma que reconstruyen a partir del artículo 14 de la Constitución española exige un cumplimiento definitivo o exacto, ello es solo como consecuencia de la cláusula de excepción no escrita y agregada por ellos, que dispone: “[...] y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso [...]”. A pesar de ello, la pregunta decisiva acerca de si el artículo 14, sin el agregado de esa cláusula, estatuye o no un principio permanece sin respuesta alguna.⁷⁴ Siempre que a un principio se le agregue esa cláusula, el mismo contendrá una consecuencia normativa definitiva o exacta,⁷⁵ pero esto resulta trivial,⁷⁶ ya que su alcance debe ser previamente relativizado por medio de un juicio de ponderación.

Por último, tampoco parece correcta la afirmación que indica que todos los *principios en sentido estricto* poseen necesariamente una consecuencia jurídica cerrada, en el sentido de calificar deónticamente a una acción cierta o determinada. Esto se pone especialmente en evidencia cuando se analizan normas que prescriben la realización de derechos fundamentales de prestación. Los derechos de prestación pueden exhibir tanto un objeto determinado como disyuntivo:⁷⁷ determinado, cuando el grado de su cumplimiento debido solamente puede ser alcanzado por medio de una única acción positiva idónea (esto sucede, p. ej., cuando el derecho fundamental a la salud solamente puede ser garantizado a través del otorgamiento de un único medicamen-

⁷⁴ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 121.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 420; Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 395; O’Neill, Onora, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 132.

to técnicamente adecuado);⁷⁸ disyuntivo, cuando el grado de su cumplimiento debido puede ser alcanzado alternativamente por más de una acción positiva idónea. Tal es el caso cuando el derecho a la vivienda digna puede ser garantizado ya sea con la entrega de un inmueble en propiedad, con el pago de un alquiler, o bien, con el desembolso de un subsidio habitacional.⁷⁹ Si esto es así, entonces los denominados *principios en sentido estricto* sí pueden prescribir el cumplimiento de ciertos estados de cosas sin que ello traiga aparejado, necesariamente, la ejecución de acciones ciertas o determinadas.

3.3. La teoría de Jan Sieckmann

Jan Sieckmann es otro autor que, por un lado, acepta la tesis *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas, pero, por el otro, objeta la noción de *mandatos de optimización*, aunque lo hace sobre la base de razones diferentes. De acuerdo con Sieckmann, el concepto de los *mandatos de optimización* no puede explicar la *dimensión del peso* de los principios, puesto que solo representa una regla de segundo nivel.⁸⁰ Un *mandato de optimización*, como tal, no admite un cumplimiento gradual, sino definitivo o exacto: o bien se cumple en un grado óptimo, o bien se le incumple⁸¹ y, por tanto, no puede colidir con otros mandatos de optimización ni puede ser susceptible de ponderación alguna.⁸²

Alexy ha reconocido que esta objeción es acertada, pero considera que, si se hacen algunas precisiones, la noción de los principios basada en la tesis de la optimización puede ser preser-

⁷⁸ Fazio, Federico de, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 41, 2018, pp. 182 y ss.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, en Aarnio, Aulis; Garzón Valdés, Ernesto y Uusitalo, Jyrki (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 27; Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, *cit.*, p. 65.

⁸¹ Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, *cit.*, p. 65.

⁸² *Idem.*

vada.⁸³ En este sentido, indica que es necesario diferenciar entre los *mandatos a optimizar* y los *mandatos de optimización*.⁸⁴ Los primeros son los objetos de la ponderación y, como tales, prescriben un deber ideal, en el sentido de que aún no han sido relativizados en lo que refiere al ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas.⁸⁵ Por el contrario, los *mandatos de optimización* son, efectivamente, reglas de segundo nivel que ordenan que sus objetos, los *mandatos a ser optimizados*, sean cumplidos en la mayor medida posible. Los principios, en cuanto objeto de la ponderación, no son entonces *mandatos de optimización*, sino *mandatos a optimizar*.⁸⁶

No obstante, esta nueva distinción propuesta por Alexy agrava los problemas en lugar de resolverlos, en razón de que no brinda ninguna explicación acerca de por qué es necesario que los objetos de la ponderación exhiban la estructura de mandatos. En principio, nada impide que puedan participar de la ponderación normas con la estructura de permisiones, prohibiciones e incluso normas secundarias que atribuyen competencias.⁸⁷ Si esto es así, entonces se derrumba la idea que indica que la diferencia *de clase* entre principios y reglas puede ser explicada en razón del tipo de mandato que respectivamente prescriben.⁸⁸

Es precisamente como consecuencia de estos problemas que Sieckmann propone un concepto alternativo: de acuerdo con él, la razón por la cual los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que son utilizadas como *argumentos normativos*, es decir, como demandas o pretensiones a favor de que una determinada norma sea aceptada como defini-

⁸³ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., p. 108.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁷ Esto, finalmente, es reconocido por el propio Alexy en un escrito posterior. Véase Alexy, Robert, “Deber ideal”, en *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 40-68.

⁸⁸ Sieckmann, Jan-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, cit., p. 67; Sieckmann, Jan-R., *Recht als normatives System...*, cit., p. 23; Sieckmann, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 181.

tivamente válida.⁸⁹ Toda vez que los *argumentos normativos* solamente son utilizados para demandar la validez definitiva de algo, pueden colidir entre sí y resultan susceptibles de ponderación.⁹⁰ Así, por ejemplo, ante el supuesto de una opinión insultante, el principio de libertad de expresión demanda que el insulto deba ser definitivamente permitido, mientras que el principio de protección del honor demanda que deba ser definitivamente prohibido.⁹¹ En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* porque son normas que son utilizadas en el marco de *aserciones normativas*, esto es, como proposiciones que expresan la validez definitiva de una norma como resultado de un juicio de ponderación.⁹² Es precisamente en virtud de este carácter proposicional que dos reglas contradictorias no pueden ser válidas simultáneamente, pues no tiene sentido afirmar que las opiniones insultantes deben ser, al mismo tiempo, definitivamente permitidas y prohibidas.⁹³

Si esto fuera así, entonces los principios entendidos como *argumentos normativos* pueden ser, en un primer vistazo, representados estructuralmente como mandatos de validez definitiva:

$$(1) \text{ O } \boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}} \text{ N}$$

En donde “O” representa al operador deóntico del mandato o la obligación y “ $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ ” predica la validez definitiva de una norma “N”.

Sin embargo, esta primera representación no es del todo precisa, ya que no aclara nada con respecto a si (1) es un principio que forma parte del significado de un *argumento normativo* o si, más bien, es una regla o norma definitiva que forma parte del

⁸⁹ Sieckmann, Jan-R. *El modelo de los principios del derecho...*, cit., p. 82.

⁹⁰ Sieckmann, Jan-R., “Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien”, *ARSP*, vol. 53, 1994, pp. 205-213.

⁹¹ Sieckmann, Jan-R., *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012, p. 45.

⁹² Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho...*, cit., p. 82.

⁹³ Sieckmann, Jan-R., *The Logic of Autonomy...*, cit., p. 45

significado de una *aserción normativa*.⁹⁴ En este sentido, se trata de un enunciado ambiguo; por ello, el punto decisivo para diferenciar los *argumentos normativos* de las normas definitivamente válidas se encuentra en que los primeros tienen la estructura de *mandatos de validez reiterados*.⁹⁵ De acuerdo con esta idea, un *argumento normativo* que se usa como razón para un juicio de ponderación consiste en una estructura infinita o ilimitada de mandatos de validez definitiva, donde la validez de cada uno de ellos viene exigida por un mandato de validez definitiva de nivel superior.⁹⁶ Por tanto, su estructura debe ser representada del siguiente modo:

(2) O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ N

(3) O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ N

Y así sucesivamente.

De un modo más resumido, la reiteración infinita de mandatos de validez puede ser simbolizada así:

(4) ... O $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ N

Ahora bien, la teoría de los *argumentos normativos* tampoco se encuentra exenta de críticas. Una primera objeción ha sido planteada por Robert Alexy, quien coincide con Sieckmann en que la representación estructural de los *argumentos normativos* no puede comenzar con el operador deóntico del mandato “O” ni con el predicado de su validez definitiva “ $\boxed{\text{VAL}_{\text{DEF}}}$ ”. Así, por un lado, si comenzara con el operador “O”, entonces no se trataría de nada diferente de una norma en su puro sentido semántico, es decir, sin ninguna referencia con respecto a su validez,⁹⁷

⁹⁴ Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho...*, cit., p. 86.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 87.

⁹⁶ Sieckmann, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy...*, cit., p. 191.

⁹⁷ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., p. 114.

y esto, no permitiría dar cuenta de su normatividad.⁹⁸ Pero, por el otro lado, tampoco podría comenzar con el predicado de su validez definitiva “VAL_{DEF}”, porque en ese caso se convertiría en una norma definitiva o regla. La salida propuesta dada por Sieckmann es una oscilación entre “O” y “VAL_{DEF}” que se reitera infinitamente. Ante ello, Alexy sostiene que esto no representa una aclaración positiva acerca de qué son los principios; solamente nos dice algo que ya se sabía: que los principios no son normas en sentido puramente semántico ni normas con validez definitiva.⁹⁹ Sieckmann responde a esta objeción aduciendo que Alexy se vale de un argumento del hombre de paja,¹⁰⁰ ya que reemplaza una concepción que entiende a los *argumentos normativos* como requerimientos que poseen una estructura infinita de mandatos de validez por otra concepción que los concibe como una “oscilación” entre dos estructuras finitas,¹⁰¹ pero esto constituye una interpretación falaz, ya que a partir de dos de estructuras finitas no puede deducirse una estructura infinita.¹⁰²

Una segunda objeción que puede hacerse en contra de la teoría de los *argumentos normativos* es que su estructura como mandatos de validez reiterados conduce a un interminable regreso al infinito. Esto es, sin lugar a dudas, cierto; sin embargo, de acuerdo con Sieckmann, no representa un problema, puesto que la función argumentativa de los *argumentos normativos* es justamente en este aspecto distinta de las *aserciones normativas*. Estas últimas pretenden expresar lo que es el resultado de una argumentación y, con ello, concluir a primera vista con toda ulterior fundamentación.¹⁰³ Por el contrario, los *argumentos normativos* buscan o abrir o continuar la argumentación. Quien ofrece un *argumento normativo* está dispuesto a considerar preguntas y contraargumentos. Con todo, la extensión de la cadena de argumentos puede contar con límites pragmáticos, ya que las propias

⁹⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁰ Sieckmann, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy...*, cit., p. 194.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho...*, cit., p. 96.

reglas del discurso racional establecen cargas de la argumentación.¹⁰⁴ Así, por ejemplo, un proponente solamente está obligado a ofrecer nuevos *argumentos normativos* en caso de que existan objeciones o refutaciones.¹⁰⁵

Una tercera objeción se relaciona con la idea de que solamente las reglas o normas definitivamente válidas pueden ser representados por medio de proposiciones normativas, mientras que los principios o *argumentos normativos* tienen un “carácter no proposicional”.¹⁰⁶ Esto es cierto siempre y cuando se entienda a las proposiciones normativas como enunciados descriptivos de normas definitivamente válidas, las cuales pueden, o bien guiar directamente la acción, o bien integrar la premisa normativa mayor de un silogismo jurídico. Aun así, no queda claro por qué deberíamos asumir un concepto tan estricto de las proposiciones normativas,¹⁰⁷ pues si se las concibe de este modo, entonces no puede explicarse una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo y que deben ser tomados en cuenta por los jueces como *argumentos normativos* a favor o en contra de una determinada decisión jurídica. En estos contextos, los juristas parecen hacer uso de la función descriptiva del lenguaje y no de su función argumentativa. Si esto es así, entonces formulan proposiciones normativas, aunque en relación con normas que no son definitivamente válidas. Quizá, una salida posible sea diferenciar entre dos clases de proposiciones normativas: por un lado, aquellas que se refieren a la validez de principios o *argumentos normativos*, es decir, al carácter vinculante de las razones que deben ser tomadas en cuenta en los juicios de ponderación y, por el otro, aquellas que se refieren a la validez definitiva de normas, es decir, a las razones dirigidas directamente para la acción o la toma de decisiones jurídicas.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁰⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1978, p. 244.

¹⁰⁶ Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho...*, cit., p. 85.

¹⁰⁷ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., p. 113.

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo el propósito de reconstruir el estado del arte de la *teoría de los principios*, entendida como una teoría analítica destinada a explicar las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Dicha reconstrucción ha permitido corroborar dos hipótesis.

La primera indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas se encuentra justificada. Esta distinción *de clase* puede ser fundamentada sobre la base del *criterio de individualización* que indica que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*. Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. Pero esto no implica que deba declararse inválido al principio que resulta desplazado ni que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor. Las reglas, en cambio, no exhiben esta dimensión. Las contradicciones entre reglas se dirimen exclusivamente en la *dimensión de la validez*. Esto significa que solamente pueden ser solucionadas ya sea introduciendo una cláusula de excepción, o bien, declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. De esto se deriva que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino además para el resto de las situaciones futuras.

La segunda hipótesis afirma que, sin perjuicio de lo antedicho, persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. En este sentido, se han analizado tres definiciones alternativas.

La primera definición examinada es aquella defendida por Alexy, quien entiende a los principios como *mandatos de optimización*, empero, se ha puesto de relieve que estos últimos no

permiten explicar la *dimensión del peso* de los principios, ya que tienen la estructura de reglas de segundo nivel. Alexy ha intentado dar respuesta a esta objeción distinguiendo entre *mandatos de optimización* y *mandatos u objetos a ser optimizados*, caracterizando a los segundos, exclusivamente, como principios. Pero esta distinción agrava los problemas, ya que no es necesariamente cierto que los *objetos a ser optimizados* deban poseer la estructura de mandatos.

La segunda definición analizada es aquella ofrecida por Atienza y Ruiz Manero. De acuerdo con ellos, los principios son normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica, lo que equivale a decir que se trata de *normas categóricas*. No obstante, se ha demostrado que no existe una relación necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*, toda vez que es posible hallar ejemplos de *normas categóricas* que exhiben la estructura de reglas y que son aplicadas por medio de un razonamiento subsuntivo.

La última definición presentada es la propuesta por Sieckmann, quien define a los principios como *argumentos normativos* con estructura de *mandatos de validez reiterados* y un carácter no proposicional. Esta teoría parece ser la que mejor enfrenta a las críticas. No obstante, aún no es del todo claro por qué las proposiciones normativas deben ser entendidas en un sentido tan estricto, que solamente las circunscriba a aserciones descriptivas de la validez definitiva de normas. Esto no parece ser reconstructivo de una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, “Las reglas en serio”, en AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- , *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986.
- , *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1978.
- , “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 16, 2014.
- , “Deber ideal”, en *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- , “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995.
- ALFONSO DA SILVA, Virgilio, *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- ALONSO, Juan Pablo, “La estructura lógica de los principios de Robert Alexy: Un análisis crítico”, *Ideas y derecho*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, núm. 10, 2014.
- ARANGO, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BAYÓN, Juan, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- BEADE, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en BEADE, Gustavo y CLÉRICO, Laura, (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997.
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- CLÉRICO, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en BEADE, Gustavo y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Nueva York, Bloomsbury, 1997.
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1956.
- FAZIO, Federico de, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 41, 2018.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.
- HART, Herbert, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.
- , “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LOPERA MESA, Gloria, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 27, 2004.
- LÓPEZ RUF, Pablo, “Los principios y la interpretación en la función judicial”, en ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011
- MACCORMICK, Neil, “Principles of Law”, *The Juridical Law Review*, Edimburgo, 1974.
- NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
—, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- O’NEILL, Onora, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, 1972.
- RUIZ MANERO, Juan, “Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 12 de abril de 2016, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- SIECKMANN Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
—, *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012.
—, *Recht als normatives System. Die prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
—, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- , *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- , “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- , “Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien”, *ARSP*, vol. 53, 1994.
- VELASCO, Marina, “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 2016, núm. 39.
- WRIGHT, Georg von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979.
- , *La lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Eudeba, 1967.
- ZULETA, Hernando, “Comentario al artículo *Rule of Law* y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero”, Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 12 de abril de 2016, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf>

La noción de principios jurídicos en Hermann Heller y su relevancia para la teoría constitucional*

Leticia Vita**

I. INTRODUCCIÓN

Una de las discusiones teóricas con mayor relevancia actual para el derecho constitucional proviene de la teoría de las normas y es la que distingue entre reglas y principios. Más allá de las discrepancias respecto de su definición, existe un consenso en reconocer su importancia para la práctica judicial de los Estados constitucionales.¹ En el orden teórico, también hay acuerdo en interpretar las obras de Ronald Dworkin² y Robert Alexy³ como las más relevantes a la hora de argumentar sobre la utilidad de hablar de principios en la práctica constitucional.

* Este trabajo fue originalmente publicado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, México, ISSN 1405-0218, núm. 43, 2015, pp. 49-75.

** Universidad de Buenos Aires.

¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

² Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Sin embargo, ni la propia idea de principios, que se remonta incluso al derecho romano,⁴ ni la reflexión práctica sobre la estructura del sistema jurídico son cuestiones novedosas para la teoría del derecho, sino que reconocen numerosos antecedentes. Uno de ellos es la discusión teórico-metodológica que tuvo lugar durante la República de Weimar. La importancia de esos debates y la calidad teórica de los mismos nos obligan a revisitarlos. Tal vez por ello, se utiliza frecuentemente la metáfora que define a la época de Weimar como un “laboratorio”,⁵ en el que los conceptos jurídicos fueron redefinidos a partir de un florecimiento casi sin precedentes de la disciplina jurídica. Como muestra, basta revisar los intercambios que tenían lugar en las reuniones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público,⁶ que dan cuenta, además, de la importancia que tenía esa rama del derecho para las discusiones jurídicas en general. De sus reuniones participaban antipositivistas como Erich Kaufmann, Carl Schmitt, Rudolf Smend y el juez Gerhard Leibholz, pero también positivistas como Hans Nawiasky, Gerdhard Anschütz, Richard Thoma, Ernst von Hippel y el austriaco Hans Kelsen, que sin duda destacaba.

La oposición metodológica entre positivismo y antipositivismo que tuvo lugar en los tiempos de la República de Weimar y que era, en definitiva, una lucha entre distintas concepciones de derecho, tuvo importantes consecuencias prácticas. Esto se ponía en evidencia especialmente en los casos que podríamos llamar “insólitos”, es decir, aquellos en los que la decisión judicial pone de manifiesto qué entiende en verdad por derecho.⁷ En Weimar, ese concepto se puso en juego en numerosos casos, en los que la mayor parte de

⁴ Suárez Rodríguez, José Julián, “El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista”, *Civilizar*, vol. 12, núm. 22, 2012.

⁵ Vardaro aplicó la metáfora del “laboratorio Weimar” en relación con el derecho laboral, mientras que Pauly hizo lo propio respecto a los derechos fundamentales en Alemania. Vardaro, Gaetano, “Il diritto del lavoro nel “laboratorio Weimar”, en Fraenkel, Ernst *et al.*, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, Roma, Lavoro, 1982; Pauly, Walter, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2004.

⁶ Todas ellas publicadas en los *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, cuadernos 1-7 de 1924 a 1932.

⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.

la justicia de la época —monárquica y conservadora— hizo todo lo posible para frenar una legislación de corte social y una Constitución con un novedoso contenido de justicia social, como la de 1919.⁸ En efecto, el jurista y ministro de justicia del *Reich* en los primeros años de la República, Gustav Radbruch, acusaba públicamente a los jueces de esconder detrás de una “objetividad judicial” una forma autoritaria de ejercicio de la justicia.⁹

En este contexto se destacaron juristas provenientes principalmente del derecho público; entre el tan heterogéneo grupo que se enfrentaba a las ideas de Kelsen se encontraba el joven socialdemócrata Hermann Heller. Aceptado en esos círculos más por su vehemente antikelsenianismo que por sus ideas de izquierda, Heller discutió en numerosas ocasiones con Kelsen acerca de la naturaleza del derecho y el rol de la disciplina en Weimar. Si bien jugó un papel importante en la defensa de la democracia de Weimar, su obra, en comparación con la de otros como Schmitt o Smend, sigue siendo aún bastante desconocida para la teoría del derecho no alemana. Incluso en los casos en los que sus apreciaciones son referidas, las interpretaciones mayoritarias tienden a encasillarlo como teórico del Estado, dejando especialmente de lado sus intuiciones sobre la naturaleza del derecho.

Así, suele soslayarse el hecho de que en Heller es posible identificar ciertos elementos que permiten reconstruir una teoría sobre los principios jurídicos que es previa a muchos de los desarrollos que se suelen tomar como antecedentes en esta discusión. Generalmente, cuando se habla de los “antecedentes” alemanes de la teoría de principios jurídicos se cita la obra de Josef Esser,¹⁰ profesor de la Universidad de Tubinga, quien, a fines de los cincuenta, discutió sobre la cuestión de los principios con Kelsen. Asimismo, si bien

⁸ Pérez Gallego, Roberto, “Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar (Alemania, 1919-1933). A propósito del 80° aniversario de la Constitución de Weimar”, *Jueces para la democracia*, núm. 37, 2000; Ormond, Thomas, *Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1994.

⁹ Radbruch, Gustav, *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, vol. 13, Heidelberg, C.F. Müller, 1993.

¹⁰ Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

es cierto que la teoría del derecho (Fuller, 1960) y la teoría constitucional reconocen la importancia de las discusiones de Weimar referente a la idea de Constitución material o cuestiones como la interpretación judicial y —en particular— la ponderación,¹¹ no es común que el nombre de Heller se cite para referirse a los antecedentes de la idea de principios jurídicos en Alemania.

Es por eso que, en lo que sigue, nos proponemos contribuir a la discusión teórica sobre los principios jurídicos aplicada a la teoría constitucional a partir de contextualizar y analizar la teoría del derecho de Hermann Heller. Nuestra tesis sostiene que *es posible encontrar en la concepción del derecho de Heller un antecedente de importancia para la teoría de los principios jurídicos* y, asimismo, *que existen diversos elementos “hellerianos” en teorías contemporáneas sobre los principios jurídicos como la de Robert Alexy.*

Para ello, ubicaremos en primer lugar su obra en el marco de la disputa sobre métodos y objetivos que tuvo lugar en los tiempos de Weimar y que fuera conocida como “*Methodenstreit*”. A continuación, nos concentraremos en los principales elementos de la teoría del derecho de Heller, con especial atención en su noción de principios y su aplicación al derecho constitucional, así como sus ideas acerca del control de constitucionalidad. Posteriormente, analizaremos los elementos “precursores” de su teoría respecto de la discusión actual sobre los principios y la estructura del sistema jurídico, para plantear, por último, algunas conclusiones e impresiones finales sobre la cuestión.

II. HELLER EN EL CONTEXTO DE LA *METHODENSTREIT* WEIMARESA

Sostener que el pensamiento de un autor se comprende mejor a la luz de su tiempo no tiene nada de original, pero en el caso de Weimar, esta exigencia es insoslayable. Difícilmente puede

¹¹ Bomhoff, Jacco, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Lepsius, Oliver, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal alemana”, *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 9, 2008.

percibirse la complejidad y riqueza de la discusión jurídica que tuvo lugar en la primera democracia alemana sin partir del universo de factores que hicieron de la teoría jurídica y política de la época una teoría de la crisis. Efectivamente, los juristas de Weimar teorizaron en tiempos de incertidumbre sobre una disciplina que —entendían— se encontraba en crisis, tanto desde el punto de vista metodológico como teórico.¹²

Esta circunstancia llevó a que la teoría jurídica se planteara una discusión sobre sus métodos y objetivos,¹³ que se conoce por su nombre en alemán: “*Methodenstreit*”.¹⁴ Y si bien es característica de la época de Weimar, se extendió también mucho más allá de ella.¹⁵ Esta polémica no consistió simplemente en una disputa de académicos, sino que, en el fondo, era una discusión general acerca del lugar que ocupaba la disciplina en una década convulsionada. Sus participantes eran, además, conscientes de que de lo que se debatía en realidad era la posibilidad de la existencia de la República misma, porque lo que se jugaba detrás era la viabilidad de un derecho democrático en el contexto de la herencia imperial.¹⁶

¹² Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000.

¹³ En realidad, la discusión en el ámbito jurídico provenía de una disputa más amplia en el ámbito de la ciencia. Sobre esa discusión en el ámbito de las ciencias sociales véase Rossi, Pietro, “Introducción”, en Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999.

¹⁴ Sobre el tema véase especialmente Stolleis, Michael, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre. Ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart, Steiner, 2001; Friedrich, Manfred, “Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 102, núm. 2, 1977; Friedrich, Manfred, “Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Politische Vierteljahresschrift*, núm. 13, 1972; Smend, Rudolf, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit”, en Ehmke, Horst y Kaiser, Josef (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973; Bauer, Wolfram, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie: zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer*, Berlín, Duncker & Humblot, 1968.

¹⁵ Friedrich, Manfred, “Der Methoden- und Richtungsstreit...”, *cit.*

¹⁶ Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Múnich, Beck, 2002.

La pregunta central que orientó la disputa era la de la unidad del derecho y del Estado y la de los métodos que había que utilizar para delimitarla. ¿Debía el derecho ser definido sobre la base de puros conceptos jurídicos o había que dar lugar a elementos sociales, políticos o históricos? La respuesta a esta pregunta dividió a los participantes de la discusión principalmente en dos grupos: positivistas y no positivistas. Es importante aclarar lo que se entendía por ambas posiciones en ese entonces. Si bien la corriente antipositivista en Weimar empezó como una reacción al positivismo clásico de la línea Gerber-Laband, en realidad, el mayor desafío fue el planteado por la concepción kelseniana del derecho. A pesar de que la *Reine Rechtslehre* (*Teoría pura del derecho*), no sería publicada hasta 1934, tanto su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*), de 1911, como su *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del Estado*), de 1925, habían sido suficientes para desencadenar enérgicas reacciones por parte de los más importantes juristas de la época. Empezando por la obra de Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (*Crítica a la filosofía del derecho neokantiana*), de 1921, hasta la *Verfassungslehre* (*Teoría de la Constitución*) de Schmitt, de 1928, la *Verfassung und Verfassungsrecht* (*Constitución y derecho constitucional*) de Smend, de 1928, y la póstuma *Staatslehre* (*Teoría del Estado*) de Heller, de 1934.

En esas discusiones metodológicas, lo que predominaba era la acusación a la llamada “escuela de Laband” de haber vaciado el contenido de la teoría del derecho. Para estos críticos, se había fallado en reconocer que la esencia misma del derecho estatal era la política, y en eso, Kelsen era identificado como el ejecutor final de la tradición positivista y, en tal razón, como el principal enemigo;¹⁷ tal vez también por ser el único exponente vivo de esa tradición.¹⁸ Entre los antipositivistas, efectivamente encontramos las más variadas posiciones políticas. No se puede hablar de un grupo homogéneo, sino que nos topamos tanto con el con-

¹⁷ Caldwell, Peter, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Boston, Humanities Press, 1997.

¹⁸ Torre, Massimo la, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y derecho en la obra de Hermann Heller”, en Heller, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996.

servadurismo político de Carl Schmitt o Rudolf Smend como con el socialismo jurídico de Heller. En ese sentido, de todas estas reacciones al positivismo kelseniano, la de Heller tal vez sea la única verdaderamente comprometida con los valores y la tradición democrática.¹⁹

Realmente, Heller formaba parte del grupo de juristas socialistas que, pese a sus diferencias teóricas, políticas y personales, coincidían en defender a la democracia como forma política y al Estado como herramienta de la lucha de clases.²⁰ Su reivindicación del Estado de derecho y de la democracia lo acercaba a Kelsen, pero, como veremos, solo en parte. Su concepción del derecho era fundamentalmente distinta a la kelseniana y, por eso, su antipositivismo lo tenía como principal oponente.²¹

Pero la de Heller es una teoría que intentaba superar los antagonismos de su época. Su esfuerzo apasionado por elaborar una teoría que venciera las divisiones metodológicas y políticas de Weimar es, sin duda, uno de los más importantes de su tipo,²² pero no necesariamente por eso fue el que tuvo más repercusiones en la Alemania de la posguerra.²³ Efectivamente, salvo por

¹⁹ Groh, Kathrin, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010.

²⁰ Herrera, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

²¹ Stolleis (2002) cree que el esfuerzo de Heller por separarse del positivismo neokantiano de Kelsen es casi patológico en su intensidad. Para Müller (1984), las diferencias entre Heller y Kelsen se reducen fundamentalmente al hecho de que el segundo está ligado más fuertemente a la tradición kantiana, en tanto que Heller lo está un poco más a la de Hegel. Pero hay grandes áreas en las que ambas concepciones de la teoría del Estado y del derecho son compatibles. La obra donde Heller realiza una crítica más detallada de las ideas de Kelsen sobre el derecho. *Die Souveranitat. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Volkewechts (La soberanía)*, de 1927. Véase también “Die Krisis der Staatslehre” (“La crisis de la teoría del Estado”), de 1926, incluida en el primer tomo de sus obras completas.

²² Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts...*, cit.

²³ Lepsius, Oliver, *op. cit.*; Maus, Ingeborg, “Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik”, en Müller, Christoph y Staff, Ilse (eds.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)*, Baden-Baden, Nomos, 1984.

las referencias a su nombre en los debates en torno a la idea de Estado social de derecho en la Constitución de Bonn,²⁴ su teoría permaneció prácticamente olvidada en los primeros años de la República Federal alemana. Recién a partir de 1960 su nombre fue “redescubierto” por la literatura jurídica, y fue especialmente con la publicación de sus obras completas, en 1971, que se constituyó como referente de la democracia social, tanto en la academia²⁵ como en los tribunales alemanes.²⁶

²⁴ Los arts. 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn incorporaron el concepto de “Estado social de derecho”. Si bien al principio esta introducción pasó desapercibida para los constitucionalistas de la época, fue objeto de un intenso debate a fines de los cincuenta. Entonces se opusieron principalmente dos posiciones: la de Wolfgang Abendroth, quien recuperó las ideas de Heller para argumentar el carácter “abierto” de la Constitución de Bonn y la soberanía del poder legislativo, y la de Ernst Forsthoff, quien, recuperando conceptos de su antiguo profesor Schmitt, argumentaba en contra de que la política social tuviera un carácter constitucional. Las obras de referencia de Forsthoff sobre el tema son *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates* (Concepto y esencia del Estado social de derecho) y *Verfassungsprobleme des Sozialstaates* (Problemas constitucionales del Estado social), ambas de 1954. Para Abendroth, véase *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (El concepto de Estado democrático y social de derecho en la Constitución de la República Federal de Alemania), del mismo año.

²⁵ Existe una amplia bibliografía secundaria sobre Heller a partir de esta fecha, por ejemplo: Müller, Christoph y Staff, Ilse (eds.), *Der soziale Rechtsstaat...*, cit.; Müller, Christoph y Staff, Ilse (eds.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1985; Robbers, Gerhard, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden, Nomos, 1983; Fiedler, Wilfried, “Materieller Rechtsstaat und soziale Homogenität. Zum 50. Todestag von Hermann Heller”, *Juristen Zeitung*, vol. 5, núm. 39, 1984; Fiedler, Wilfried, *Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Leipzig, Universitätsverlag, 1994; Fiedler, Wilfried, “Die Wirklichkeit des Staates als menschliche Wirksamkeit. Über Hermann Heller (Teschen 1891 - Madrid 1933)”, *Oberschlesisches Jahrbuch*, núm. 11, 1995; Dehnhard, Albrecht, *Dimensionen staatlichen Handelns*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1996; Kersting, Wolfgang, “Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Etatismus Hermann Hellers”, en Carstens, Uwe y Schlüter-Knauer, Carsten, (eds.), *Der Wille zur Demokratie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998; Goller, Peter, *Hermann Heller: Historismus und Geschichtswissenschaft im Staatsrecht (1919-1933)*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2002, entre otros.

²⁶ Heller aparece en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Véase Maus, Ingeborg, “Hermann Heller

De hecho, predomina en la doctrina jurídica alemana la idea de Heller como el padre del concepto “*sozialer Rechtsstaat*” (Estado social de derecho),²⁷ incorporado a la Constitución de Bonn en 1949. Esta noción sintetiza muy bien su concepción sobre el derecho y el Estado. La utiliza por primera vez en su artículo de 1929, “*Rechtsstaat oder Diktatur?*” (“¿Estado de derecho o dictadura?”), en donde cuestiona la noción de dictadura oponiéndole la de Estado social de derecho. El objetivo de Heller en este texto es muy claro: reivindicar las herramientas del Estado de derecho frente a aquellos que cuestionaban la versión formalista del positivismo jurídico, pero, al mismo tiempo, darle contenido a la idea de Estado social de derecho, o Estado de derecho “material” (*materieller Rechtsstaat*). De esa manera, reformula la clásica idea de Estado de derecho vinculada al liberalismo, para defender el orden republicano frente a la dictadura, pero dotando a esa idea de un contenido social.

Como hemos señalado, Heller no es del todo desconocido para el mundo de habla hispana, tal vez porque se exilió en la España republicana y murió en Madrid, donde dejó varios discípulos que se encargaron de traducir al español sus obras más relevantes.²⁸ Había nacido en 1891 en el entonces territorio alemán

und die Staatsrechtslehre..., *cit.*; Staff, Ilse, “Zur Rezeption Hermann Hellers in der Bundesrepublik Deutschland”, *ZRP*, Año XXVI, septiembre de 1993; Lepsius, Oliver, *op. cit.*

²⁷ Heller formula la idea con este nombre; sin embargo, se puede rastrear una conceptualización del Estado social previa —tal vez de corte más conservador— en Lorenz von Stein. Véase Heinig, Hans Michael, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom “sozialen” Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.

²⁸ Heller se exilió en Madrid por iniciativa de algunos de sus antiguos alumnos. Entre 1929 y 1930, Francisco de Ayala y Luis Tobío habían estudiado con él en la Universidad Humboldt de Berlín. Si bien la iniciativa de invitar a Heller a Madrid partió de Antonio de Luna, profesor de Derecho Internacional, fue decisiva la intervención de Francisco de Ayala, por entonces secretario de la Facultad de Derecho de Madrid, para concretarla. Véase López Pina, Antonio, “Hermann Heller y España”, en Heller, Hermann, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985. Las obras de Heller se tradujeron al español más tempranamente que a otros idiomas: Manuel Martínez Pedroso tradujo en 1930, para Editorial Labor, *Die politische Ideenkreise der Gegenwart* y, en 1931, Francisco Javier Conde tradujo para la Editorial

de la ciudad de Teschen. Estudió Derecho y Ciencias del Estado en las universidades de Viena, Graz, Innsbruck y Kiel, entre 1912 y 1914. En Viena asistió como oyente a las clases de Kelsen, en Graz obtuvo su doctorado, y en Kiel, bajo la dirección de Gustav Radbruch, se formó en Filosofía del Derecho, Teoría del Estado y Derecho Público (*Staatsrecht*), presentando un trabajo sobre el pensamiento de Hegel titulado “*Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke*”. Ciertamente, la unión de su pensamiento con la tradición hegeliana se trasladaría a toda su obra, siendo interpretado por la academia como un “neohegeliano”.²⁹ Su compromiso teórico, sin embargo, no puede desligarse de su actividad política. En 1920, Radbruch invitó a Heller a afiliarse al Partido Socialdemócrata Alemán y este lo siguió, aunque lo hizo incorporando dos reservas explícitas: al materialismo histórico y al internacionalismo obrero. Heller era, por tanto, un socialdemócrata no marxista y nacionalista.³⁰

Finalmente, después de enseñar en la *Volkshochschule* de Leipzig y ser profesor invitado en Berlín, se le nombró profesor asociado en la Universidad Humboldt, en 1928. El reconocimiento como profesor titular recién llegaría en 1932, cuando recibió un cargo en la Universidad de Fráncfort del Meno;³¹ sin embargo, con la llegada del partido nacionalsocialista al poder, y en virtud de la aplicación de la “Ley para la Restauración del Servicio Profesional de Carrera”, de 7 de abril de 1933, fue despojado de su cátedra de Derecho Público y obligado a emigrar, primero a Londres, invitado por Harold Laski, y después, como hemos mencio-

España la obra *Europa und Faschismus*, mientras que Luis Tobió fue el encargado de traducir la *Staatslehre* en 1942, publicada por la editora Fondo de Cultura Económica, con una gran difusión en América Latina.

²⁹ Schluchter, Wolfgang, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatscheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Colonia, Kiepenhever & Witsch, 1968; Henkel, Michael, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

³⁰ Este nacionalismo puede verse especialmente en su obra de 1925, *Sozialismus und Nation (Socialismo y nación)*.

³¹ Como otros teóricos del derecho público de origen judío, a Heller le costó conseguir un cargo como profesor universitario. Sobre esta cuestión véase Hammerstein, Notker, *Antisemitismus und deutsche Universitäten: 1871-1933*, Fráncfort del Meno-Nueva York, Campus, 1995.

nado, a Madrid, en donde fue huésped del Instituto de Estudios Políticos. Su cátedra de Derecho Público en Fráncfort fue otorgada a Ernst Forsthoff, discípulo de Carl Schmitt.

III. LA NOCIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO DE HERMANN HELLER

Los principios jurídicos —o “*Rechtsgrundsätze*”— aparecen en la obra de Heller fuertemente enlazados a su concepción sobre la legitimidad del derecho y del Estado. Se refiere a ellos principalmente en sus obras de 1927, *La soberanía y Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (*El concepto de derecho en la Constitución del Reich*),³² así como en su póstuma *Teoría del Estado*. Los principios jurídicos, veremos, explican en la teoría del derecho de Heller por qué obedecemos al derecho y al Estado, pero también son relevantes en su obra para comprender la función del poder judicial y el rol de la interpretación judicial en el marco de una democracia. Para presentar las ideas de Heller sobre los principios partiremos de tres preguntas orientadoras: a) ¿cómo caracteriza al sistema jurídico?; b) ¿cómo define y caracteriza a los principios jurídicos?, y c) ¿qué función cumplen los principios en el sistema?

Respecto de lo primero, Heller parte del supuesto de que el sistema jurídico se compone tanto de reglas como de principios. Desde su perspectiva, “nunca está comprendido todo el derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos”,³³ sino que es necesario identificar la existencia de principios, que cumplen una función muy importante en el sistema. Hasta aquí plantea algo que también un positivista podría llegar a aceptar: la existencia de principios. Pero el camino de Heller se distancia de la tesis

³² “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung” era el título de la ponencia que presentó Heller en la jornada de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público que se celebró en Múnich el 24 y 25 de marzo de 1927. Esta ponencia fue recogida en el segundo tomo de sus obras completas. Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, t. II, pp. 203-248.

³³ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 276.

positivista de la separación entre el derecho y la moral cuando afirma que estos principios tienen un contenido moral y que, en consecuencia, existe una *relación necesaria* entre el derecho y alguna moral. Para Heller, todo sistema jurídico positivo descansa sobre ciertos principios éticos que constituyen la base de las normas jurídicas positivas. Estos principios aspiran a convertirse en derecho positivo, es decir, no se contentan con tener una validez ideal, sino que pretenden operar también “como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible”.³⁴

Heller se aleja entonces también de una postura iusnaturalista,³⁵ porque sostiene que estos principios éticos dependen del círculo de cultura en el que tienen vigencia y que, por ende, no se corresponden con una moral absoluta o permanente. No descarta la existencia de algunos principios apriorísticos o con validez general, pero destaca especialmente la relatividad de la mayoría de ellos y su vinculación con una determinada cultura. Así, no se trata de principios que “flotan en el aire”, sino de valores bien concretos referidos a una comunidad y que otorgan legitimidad al derecho positivo.

Ahora bien, cuando Heller habla de principios, realiza una distinción entre principios lógicos y éticos del derecho. En *La soberanía*, se refiere en primer lugar a los “principios constitutivos de la forma pura del derecho” (*logische Rechtsgrundsätze*). Estos valen como reglas de la lógica jurídica, poseen validez general, no necesitan ser afirmados por ninguna voluntad y son de aplicación efectiva en cada orden jurídico positivo.³⁶ Se les podría asimilar a una gramática del derecho.³⁷ Un ejemplo de este tipo de principios lo encuentra Heller en el de igualdad ante la ley. Se trata de un principio formal lógico, pero siempre y cuando

³⁴ *Ibidem*, p. 240.

³⁵ Como sería para la época de Erich Kaufmann, por ejemplo. Para La Torre (Torre, Massimo la, *op. cit.*) y Bauer (Bauer, Wolfram, *op. cit.*), Heller no logra desprenderse del todo de la impronta iusnaturalista.

³⁶ Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, t. I, p. 70.

³⁷ Dyzenhaus, David, “The Gordon Head of Power: Heller and Kelsen on the Rule of Law”, en Caldwell, Peter y Scheuerman, William (eds.), *From Liberal Democracy to fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, Humanities Press, 2000.

no nos preguntemos por el contenido del mismo. En la medida en que buscamos un elemento sustancial para referirnos a esa igualdad formal, sería preciso hablar de otro tipo de principios: los éticos o “*ethischen Rechtsgrundsätze*”, a los que llama también principios constructores del contenido del derecho: “*Bauprinzipien des Rechtsinhalts*”,³⁸ y donde sí es posible encontrar una pretensión ética de validez. Pero esta validez ética, como hemos dicho, se encuentra condicionada por la cultura de determinada comunidad y estos principios —añade— incluso podrían ser desconocidos por un acto de voluntad o por el derecho positivo.

Finalmente, nos resta la pregunta acerca de la función de los principios. Para Heller, estos funcionan como “directrices generales” sobre las cuales deciden los miembros de una comunidad jurídica. En otras palabras, no suministran una decisión para el caso concreto, sino que cumplen una función para la interpretación constitucional. Esta función —destaca— es de un significado práctico inmediato (“*unmittelbar praktischer Bedeutung*”),³⁹ porque los principios éticos del derecho carecen de certeza. Así, a diferencia del derecho positivo,⁴⁰ se caracterizan por su “carencia de seguridad jurídica o certeza jurídica”, que puede entenderse en dos sentidos: como carencia de certidumbre de sentido o como carencia en la certeza de su ejecución.⁴¹

Así es como Heller justifica la existencia del Estado, quien es el encargado de otorgar esa certeza. Y en esto también cumple una función importante el poder judicial, porque, desde esta perspectiva, los principios reciben la certidumbre de su sentido no solo del poder legislativo o de la Administración, sino también a partir del pronunciamiento de un tribunal (que puede ser nacional o internacional), quien de esa manera crea preceptos jurídicos positivos: “*durch den Spruch des Gerichts, das damit positive*

³⁸ Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften...*, cit., t. I p. 70.

³⁹ *Ibidem*, t. II, p. 228.

⁴⁰ En este punto podría hacerse una distinción entre la concepción de principios de Heller y la de Alexy. La teoría de principios del segundo versa sobre el derecho positivo, la distinción entre principios y reglas tiene que ver con la estructura de la norma y no con su positivización. La teoría del primero parece ser una del derecho positivo y suprapositivo.

⁴¹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado...*, cit.

Rechtssätze schöpft".⁴² Así, Heller iguala la actividad del juez a la del legislador: ambos "crean" derecho positivo, en la medida en que los dos tienen la tarea de positivizar estos principios suprapositivos con contenido moral.

Sin embargo, esta certidumbre de sentido que otorga el Estado al derecho tiene para Heller una interpretación particular. La idea de seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) como función primordial del Estado no debe ser, desde su punto de vista, malinterpretada; es decir, no debe interpretarse en un sentido liberal, entendiendo que el Estado solo se justifica por su actividad reducida a la legislación y a la organización judicial (Estado gendarme), sino que —para Heller— el fundamento de su legitimación se encuentra en su función de positivización de los principios éticos positivos, que en su teoría política se relacionan con la idea de justicia social y Estado social.⁴³

Entonces, en la teoría del derecho helleriana, los principios éticos le otorgan al derecho positivo su "fuerza moral obligatoria".⁴⁴ La concepción de legitimidad de Heller se opone, de esta manera, al diagnóstico weberiano y a la concepción kelseniana de legitimidad que encuentra su fundamento en la mera legalidad. En el caso de Heller, el derecho es obedecido en la medida en que su contenido material se vincula con esos principios éticos, mientras que en el caso de Kelsen, como sabemos, postular lo anterior iría en contra de la tesis de la separación entre moral y derecho.

Pero como dijimos, estos principios cumplen una función muy importante en lo que concierne a la interpretación constitucional, y este es uno de los aspectos más interesantes, pero no tan explorados, de la teoría del derecho helleriana.⁴⁵ Para nuestro autor, los principios tienen la máxima importancia para la existencia de la Constitución, en parte por sí mismos y en parte como complemento, porque son "imprescindibles en la Consti-

⁴² Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften...*, cit. t. II, p. 335.

⁴³ *Ibidem*, p. 333

⁴⁴ Heller, Hermann, *Teoría del Estado...*, cit., p. 240.

⁴⁵ Tal vez porque no llegó a desarrollar algo así como una teoría sobre la cuestión, pero sí las bases para la misma. En ese sentido, aunque con distintas interpretaciones, Maus, Ingeborg, "Hermann Heller und die Staatsrechtslehre...", cit., y Dyzenhaus, David, "The Gordon Head of Power...", cit.

tución jurídica del Estado como normas sociales de ordenación, así como también en cuanto reglas interpretativas para la decisión judicial”.⁴⁶ En esta afirmación se observa no solo el lugar que otorga Heller al poder judicial y la interpretación, sino su visión misma sobre la estructura del sistema normativo.

Para el jurista, sin esa apelación a los principios del derecho, incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no es posible comprender, ni interpretar, ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del derecho constitucional. Así, al igual que Kelsen, Heller cree que el sistema normativo carece de lagunas, pero, a diferencia de él, no lo concluye desde un punto de vista de análisis de la lógica del sistema. La suya es una teoría en la cual el derecho, el poder y la ética se encuentran intrínsecamente conectados.⁴⁷ Por eso, la función de la justicia es para el jurista socialdemócrata la de servir al orden jurídico concibiéndolo como una unidad de derecho, poder y moral.⁴⁸

Por último, y también en relación con la función de los principios en el sistema jurídico, su teoría del derecho deja entrever una tarea para los ciudadanos. Heller distingue entre los conceptos de ciudadano y burgués (*Bürger und Bourgeois*), resaltando la dimensión participativa en el primero y la autonomía negativa en el segundo.⁴⁹ Esta participación ciudadana incluye una idea de “control” sobre el poder legislativo para que este positivice los principios éticos del derecho. Heller no desarrolla el cómo de la implementación del control y de la participación ciudadana, sino que esta aparece como trasfondo de la crítica que realiza al burgués, como símbolo del interés individual que se impone sobre el social. Sin embargo, es claro el rol activo que otorga a los ciudadanos en el proceso de legitimación del derecho.⁵⁰ Incluso, es consciente de

⁴⁶ Heller, Hermann, *Teoría del Estado...*, cit., p. 275.

⁴⁷ Actualmente Dworkin sostiene una idea similar con la “tesis de la única respuesta correcta”. Véase Dworkin, Ronald, *op. cit.*

⁴⁸ Dyzenhaus, David, “The Gordon Head of Power...”, cit.

⁴⁹ Especialmente en su artículo de 1932 “*Bürger und Bourgeois*”, que fue traducido al español e incluido en la edición de Alianza de sus Escritos Políticos.

⁵⁰ En ese sentido, David Dyzenhaus interpreta la obra de Heller desde la teoría del consenso de Habermas. Véanse las obras de Dyzenhaus, David, “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, *Journal of Legal Studies*,

que, para que esa participación sea posible, se requiere de un determinado grado de justicia social, que habilite el acceso de todos los grupos a la discusión política. Sin ese grado de igualdad material —entiende—, la democracia no es real: “sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna la más radical desigualdad y la democracia formal, dictadura de la clase dominante”.⁵¹

Esta concepción del derecho como integrado por principios corresponde también a determinadas ideas acerca del papel de los jueces en una democracia. Efectivamente, en un contexto casi seminal para el control jurisdiccional de la Constitución como fue el de Weimar,⁵² Heller plantea los fundamentos de una teoría de los principios jurídicos aplicable a la interpretación constitucional; sin embargo, sus impresiones sobre el accionar judicial en Weimar no eran ingenuas. Heller, como se verá, es también un fiel intérprete de su tiempo y, como tal, critica a la justicia de Weimar por conservadora y reticente al cambio en el sentido de un Estado social de derecho.

IV. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DEL DERECHO Y LOS JUECES: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN WEIMAR

Es cierto que no es posible encontrar en Heller algo así como una teoría sobre el control judicial de la Constitución, pero sí podemos reconstruir sus deducciones sobre la cuestión a partir de analizar sus pronunciamientos sobre el quehacer de los jueces en Weimar o sus intercambios con Kelsen acerca de si un Tribunal Constitucional era adecuado para Alemania.⁵³ Esta posición

Oxford, núm. 16, 1996; *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1999; “The Gordon Head of Power...”, *cit.*; “Heller. Introduction”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *op. cit.*

⁵¹ Heller, Hermann, *Escritos políticos...*, *cit.*, p. 265.

⁵² Stolleis, Michael, “Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003.

⁵³ En líneas generales, Heller descreía de la justiciabilidad constitucional de derechos individuales, por eso, en todo caso, pensaba primero en algún

—que es crítica— no se contradice con su concepción sobre el derecho y la función de los jueces como intérpretes de la Constitución, sino que la complementa. Podemos distinguir entonces dos dimensiones en torno a la concepción de Heller sobre la justicia: una descriptiva y crítica de la realidad en Weimar, y otra prescriptiva sobre cómo deberían los jueces aplicar el derecho. Como apreciaremos, es especialmente esta última idea la que utiliza en 1932 para argumentar en su intervención en la defensa de Prusia ante el Tribunal Estatal de Leipzig, en el caso *Prusia vs. el Reich*.⁵⁴

Al igual que otros juristas socialdemócratas (como Radbruch), la apreciación de la justicia de la época que hace Heller era fuertemente crítica, porque los jueces de Weimar eran en su mayoría monárquicos y reticentes a efectivizar la legislación de corte social que se fue expandiendo con la República.⁵⁵ En esa

tipo de control de la justicia administrativa. Esto lo destaca criticando a Kelsen en la reunión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, de 23 y 24 de abril de 1928, que tuvo lugar en Viena y en la que Kelsen y Triepel discutieron sobre la naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*). Véase Triepel, Heinrich *et al.*, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 5, Berlín-Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1929, pp. 111 y ss. Véase también Henkel, Michael, *op. cit.*, p. 505.

⁵⁴ Las transcripciones de las intervenciones en el proceso y de la sentencia misma se encuentran en Brecht, Arnold, *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammerbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlín, Dietz Nachfolger, 1933. Algunas de las obras de referencia sobre el caso son: Grund, Henning, ‘*Preußenschlag*’ und *Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, Nomos, 1976; Huber, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1978, t. VII; Bay, Jürgen, *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgechichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nüremberg, Univ. Dissertation, 1965. Fuera de la academia alemana, Dyzenhaus, David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, *The American Political Science Review*, vol. 91, núm. 1, 1997; Dyzenhaus, David, *Legality and Legitimacy...*, *cit.*

⁵⁵ Una referencia insoslayable sobre la evolución de las políticas sociales durante la época de Weimar es Stolleis, Michael, *History of Social Law in Germany*, Heidelberg, Springer, 2014.

línea, Heller advertía en su ensayo de 1929, “¿Estado de derecho o dictadura?”, que “la burguesía se ha servido de los jueces, precedentes en su mayoría de la clase dominante, para asegurarse eficazmente contra el riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de derecho liberal”.⁵⁶

Debemos comprender entonces la apreciación que hace Heller sobre la posibilidad del control judicial de la constitucionalidad de las leyes a partir de este contexto. En la joven República, la posibilidad de *judicial review* era mal vista por todos los juristas socialdemócratas, ya que se entendía que la fuerza política y soberana se encontraba en el Parlamento (por primera vez elegido por sufragio universal que incluía también a las mujeres) y no en los jueces heredados del antiguo régimen imperial. En efecto, los jueces de la época de Weimar no se caracterizaban por su convicción democrática, y mucho es lo que se ha dicho respecto a su relación con la caída de la República.⁵⁷ Los magistrados de la época se veían a sí mismos más como defensores del viejo *Reich*, como últimos bastiones de la lucha contra el crimen y el caos, que como defensores de la República.⁵⁸ No solo habían sido formados en tiempos del Imperio y provenían de la clase alta o me-

⁵⁶ Heller, Hermann, *Escritos políticos...*, cit., p. 288.

⁵⁷ El historiador Ralh Angermund (Angermund, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch, 1990) sostiene que los jueces eran la tercera fuerza en la política de Weimar. Cree, sin embargo, que si uno le preguntara a esos jueces cómo se percibían en su rol, habrían dicho que se veían menospreciados en su tarea de proteger a la República de los bolcheviques o que no estaba bien leída su lealtad al sistema republicano. Cabe hacer una salvedad respecto de los jueces y juezas nombrados durante la República, por ejemplo, los jueces del fuero laboral. Respecto de las primeras juezas en Alemania véase Röwekamp, Marion, “First Female Judges in the Weimar Republic in Germany: Reflections on Difference”, en Schultz, Ulrike y Shaw, Gisela (eds.), *Gender and Judging*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

⁵⁸ McElligott, Anthony, *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Oxford, Hart Publishing, 2014. En efecto, desde los inicios mismos de la República, los jueces trabajaron mayoritariamente en contra de ella. Véase Wrobel, Hans, “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en Ringshausen, Gerhard y Voss, Rüdiger von (coords.), *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier, 1997, pp. 159-170.

dia alta de la sociedad,⁵⁹ sino que, además, tenían nombramiento de por vida y sin límites de edad, lo que les brindaba una posición privilegiada en la sociedad que al mismo tiempo los alejaba de ella.⁶⁰ Además, desde su percepción, habían pasado de firmar sus sentencias en el nombre del emperador a hacerlo en el nombre del “populacho”,⁶¹ por lo que la revolución había trastocado el mundo del jurista de arriba a abajo: dentro de la judicatura, este cambio implicaba una pérdida de autoridad que era reemplazada por lo que veían como una interferencia política.

La justicia, especialmente aquella que se ocupó de asuntos políticos, formó parte de la página más oscura de la República de Weimar,⁶² y esta es una acusación que se podría hacer extensiva a otros fueros de la judicatura. Era común que para referirse a esta justicia algunos autores utilizaran el término “*politische Justiz*” (justicia política) o incluso “*Klassenjustiz*”⁶³ (justicia de clase). Con

⁵⁹ La elevada edad de los jueces significaba que la mayoría había sido socializado durante el imperio, su conservadurismo, expresado en sus inclinaciones monárquicas, reflejaba la mirada cultural de la *Beamtenschaft* (funcionariado) de la generación. La Guerra y la inflación deterioraron las condiciones materiales de la judicatura. A pesar de cierta mejora en los salarios durante 1924 y 1927, estos fueron luego limitados con el decreto de emergencia de Brüning de 1930. Véase McElligott, Anthony, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁰ Bracher, Karl Dietrich, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwenningen, Ring, 1964.

⁶¹ McElligott, Anthony, *op. cit.*

⁶² Neumann, Franz, *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.

⁶³ En un texto de 1927, Ernst Fraenkel se ocupa de analizar conceptualmente el término de “*Klassenjustiz*”. Allí distingue “justicia de clase” de “prevaricato”, afirmando que, en este último caso, el juez viola las disposiciones de la ley de manera consciente. En cambio, en el primero, su decisión se adecúa con la formalidad de la ley. El término de justicia de clase tampoco se identifica con el también utilizado en esa época de “justicia política” (*politischer Justiz*), ya que, en esta última, el juez, al dictar sentencia, se deja llevar por su inclinación política. Para Fraenkel, la justicia es de clase cuando sus decisiones consagran los intereses y la ideología de la clase dominante de un país, de modo que, a pesar de la aplicación formal de la ley, la clase oprimida se ve afectada por la manipulación judicial. Véase Fraenkel, Ernst, “Zur Soziologie der Klassenjustiz”, en Fraenkel, Ernst,

ambos se destacaba la falta de neutralidad política o de clase de gran parte o de la mayoría de los jueces de Weimar, especialmente cuando se trataba de juzgar a militantes o extremistas de derecha.⁶⁴

Así, los temores esgrimidos por los sectores de izquierda se hicieron realidad y, especialmente después de los años de más fuerte inflación, los jueces de Weimar comenzaron a realizar un control jurisdiccional de las normas, sobre todo a la luz del derecho de propiedad y de la igualdad ante la ley, como bastión en contra del Parlamento.⁶⁵ De esta manera, contrario a los pronósticos de Kelsen,⁶⁶ fue el positivismo y no el iusnaturalismo la herramienta que utilizaron los jueces para dejar de lado los principios de justicia social que la Constitución de Weimar había intentado consagrar y que la legislación de la República pretendía hacer realidad. Esto se comprende cuando analizamos la interpretación que se hacía en el momento acerca de los derechos de contenido social.

Los derechos sociales, si bien habían sido incorporados a la Constitución de 1919,⁶⁷ eran considerados entonces como mera-

Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968 y Detlef, Joseph (ed.), *Rechtsstaat und Klassenjustiz. Texte aus der sozialdemokratischen 'Neuen Zeit' 1883-1914*, Friburgo de Brisgovia, Haufe-Lexware, 1996.

⁶⁴ “*Auf dem rechten Auge sind sie blind*” (son ciegos del ojo derecho) se solía decir de estos jueces. La diferencia entre el tratamiento que tenían para los militantes de izquierda y los de derecha, incluso para quienes atentaron de manera directa contra la República —como Kapp o Hitler— son notables. Véase la obra ya citada de Neumann, así como Hannover, Heinrich y Hannover-Drück, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv, 1987 y Jasper, Gotthard, “Justiz und Politik in der Weimarer Republik”, *VfZG*, vol. 2, 1982.

⁶⁵ Stolleis, Michael, “Judicial Review, Administrative Review...”, *cit.*

⁶⁶ Ante el temor frente a la aparición de teorías antipositivistas como la de Schmitt o Smend.

⁶⁷ No sin una larga discusión sobre el tema. El primer borrador de Preuß no incluía un catálogo de derechos, sino que respondía a un claro “minimalismo constitucional” (Gusy, Christoph, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1997). Los derechos fundamentales, y especialmente los sociales, aparecieron luego de intensas negociaciones y gracias al trabajo de la Comisión Constitucional dentro de la Asamblea. Véase, entre otros, Völtzer, Friedrich, *Der Sozialstaatsgedanke in der Weimarer Reichsverfassung*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1992 y Eichenhofer, Eberhard,

mente programáticos, incluso por los propios juristas socialdemócratas, de suerte que no eran percibidos como derechos exigibles, sino como meras directrices para el legislativo. En los casos en los que se trataba de interpretar la legislación positiva desde un punto de vista “social” y no “individualista”, las resoluciones judiciales invocaban el derecho positivo para hacer valer el derecho de propiedad de terratenientes y de la clase media alta.⁶⁸ En ese contexto, las interpretaciones que se hacían sobre el principio de igualdad cobraron una importancia muy grande.⁶⁹

Desde estas premisas es más fácil entender por qué Heller se mostraba receloso de “abrir el juego” de la interpretación a los jueces de Weimar. Su apuesta política era al Parlamento, sede de la socialdemocracia en el poder, no estos jueces que poco o nada creían en la democracia. No obstante, consciente de los desafíos a los que se enfrentaba la República hacia 1932, Heller hace explícita la dimensión prescriptiva de sus ideas sobre la interpretación judicial en su participación en lo que se conoce como el proceso *Prusia vs. el Reich*.

En esa ocasión, Heller formaba parte de la representación jurídica del partido socialdemócrata del Parlamento prusiano, que acababa de ser destituido por un decreto de emergencia del presidente Hindenburg, quien había nombrado en su lugar un gobierno encabezado por el canciller del *Reich*, Franz von Papen. La historia conoce a esta intervención como el “*Preußenschlag*”, refiriéndose a la maniobra como un golpe de Estado de Papen en favor de los ya influyentes sectores nazis.⁷⁰ La fundamentación “oficial” que se le dio a la intervención en Prusia fue la de

“Soziale Grundrechte. Verlässliche Grundrechte?”, en Eichenhofer, Eberhard (ed.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung. Was ist geblieben?*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1999.

⁶⁸ Caldwell, Peter, “Is a Social *Rechtsstaat* Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy”, en Caldwell, Peter y Scheuermann, William (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden-Colonia, Humanities Press, 2000.

⁶⁹ *Idem*; Füzér, Katain, *Rights and constitutional theory in Weimar Germany. Debates in historical, political and institutional context*, Saarbrücken, VDM, 2008.

⁷⁰ Bracher, Karl Dietrich, *op. cit.*

argumentar que en ese territorio el orden y la seguridad públicas estaban siendo alterados (art. 48, inc. 2) y el Gobierno de Prusia había fallado en sus deberes para recuperar la paz en su territorio (art. 48, inc. 1).

El Gobierno prusiano depuesto, último bastión de la socialdemocracia en la Alemania de Weimar, puso en marcha una estrategia legalista y recurrió al Tribunal Estatal en Leipzig, encargado de resolver, entre otras, disputas de poder entre un *Land* y el *Reich* (art. 19). Heller se enfrentó en el estrado ni más ni menos que contra Schmitt, quien formaba parte de la defensa del *Reich*.⁷¹ En su argumentación, el jurista socialdemócrata trató de demostrar que la intervención había tenido un objetivo político y que era tarea de los jueces hacer cumplir los principios de la democracia de la Constitución de Weimar; les pidió a los integrantes del Tribunal que tomaran conciencia del rol político que estaban cumpliendo en uno de los momentos clave para el futuro de la República de Weimar.

Para Heller, la Constitución de 1919 no podría ser reducida a un mero papel. Los principios de la democracia y de la justicia social la impregnaban, y por eso debían ser tomados en cuenta a la hora de interpretar el polémico artículo 48 que habilitaba acciones como la intervención en Prusia. Cuando Heller llamó a los jueces del Tribunal Estatal a salvar la democracia de quienes la amenazan, no hizo otra cosa que pedirles que integraran estos principios en la interpretación de la Constitución. Por eso, también podemos decir que insta a los juzgadores a aplicar un particular tipo de interpretación del derecho, una que introdujera los principios suprapositivos del derecho, como parte del mismo. Incluso, en sus intervenciones, Heller habla de la “desproporcionalidad” de los medios con los que había actuado el *Reich* para lo-

⁷¹ Sobre la participación de Schmitt como jurista del *Reich* en el proceso de Leipzig véase Seiberth, Gabriel, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess “Preußen contra Reich” vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001; Huber, Ernst Rudolf, “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en Quaritsch, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988; Blasius, Dirk, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001; Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Múnich, Beck, 2009.

grar la seguridad y el orden en Prusia, y hasta realiza un examen de “medios alternativos” respecto de esta intervención.⁷²

En síntesis, la situación del poder judicial en la República de Weimar nos ayuda a comprender las reservas de Heller —y de otros juristas socialdemócratas— respecto de la conveniencia del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, como hemos visto, estas conclusiones no contradicen su afirmación de que los jueces crean derecho a la par de los legisladores y que, cuando interpretan la Constitución, deben hacerlo tomando en cuenta los principios éticos del derecho que dependen de cada comunidad nacional concreta. Así lo expresa en sus intervenciones ante el Tribunal de Leipzig, pero pese a sus advertencias sobre la importancia de respetar los principios de la Constitución de 1919, la interpretación que hicieron estos jueces del artículo 48 de la Constitución allanó el camino “legal” del nacionalsocialismo al poder.

V. LOS ELEMENTOS “PRECURSORES” DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN HELLER

A partir de algunos de los rasgos que hemos descrito de la teoría del derecho de Heller es posible concluir que existen ciertamente elementos “precursores” en su teoría respecto de elaboraciones más contemporáneas. Un ejemplo de esto lo encontramos en la teoría de Robert Alexy. Más allá de que se haya afirmado que existe una concepción similar sobre el derecho en ambos,⁷³ se podría agregar que *se constata también un cierto parentesco entre sus concepciones acerca de los principios jurídicos*. Así, podemos identificar al menos tres “parecidos de familia” entre la teoría

⁷² Además de sus intervenciones en el proceso (que se pueden consultar en Brecht, Arnold, *op. cit.*), Heller publicó un artículo antes de que este tuviera lugar, que sintetiza muy bien sus ideas sobre la acción del Reich. Véase Heller, Hermann, “Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?”, *Frankfurter Zeitung*, año 77, núms. 591/592, 10 de agosto de 1932, pp. 405-410 (trad. al español con el título “¿Ha procedido el Reich constitucionalmente?”).

⁷³ Möllers, Christoph, *Staat als Argument*, Múnich, C. H. Beck, 2000.

del derecho de Heller y la de Alexy: *i*) respecto de la distinción conceptual entre reglas y principios; *ii*) en relación con el procedimiento de aplicación de ambos, y *iii*) respecto de la idea de proporcionalidad.

Por cuanto ve al punto *i*), es conocida la distinción que realiza Alexy entre reglas y principios. Desde su perspectiva, ambos pueden concebirse como normas. De lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de normas, y en lo que se refiere a los criterios para esa distinción es que se han dado las principales diferencias. Para Alexy, es incorrecta la tesis “débil” de separación, que sostiene que entre reglas y principios solo existe una diferencia de grado, ya que la divergencia entre ambos es de tipo cualitativo. Así, entiende que los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales”.⁷⁴ En cambio, las reglas solo pueden ser cumplidas o no. Estas contienen, por consiguiente, “determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.⁷⁵

Pero, además —y en esto se aparta de la de Dworkin—,⁷⁶ la teoría de Alexy entiende a los principios jurídicos como “mandatos de optimización”. Esto es, los principios se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas. En ese sentido, los principios aspiran —para Alexy— a ser efectivos en la mayor medida posible, a diferencia de las reglas, que se aplican a un todo o nada. Como hemos visto, Heller caracteriza de la misma manera a los principios. Desde su perspectiva, estos buscan operar también “como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible”,⁷⁷ es decir, este último destaca —al igual que Alexy— una gradualidad en la noción de principios que los distingue de las reglas.

Vinculado al punto *ii*), es interesante notar que en la obra de 1992, *Begriff und Geltung des Recht (El concepto y la validez del*

⁷⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 86.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 87.

⁷⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*

⁷⁷ Heller, Hermann, *Teoría del Estado...*, cit., p. 240.

derecho), Alexy agrega, además de un nivel de reglas y principios, un tercer nivel de procedimiento que no incluía en su *Theorie der Grundrechte* (*Teoría de los derechos fundamentales*). Allí sostiene que, para tener un “cuadro completo del sistema jurídico”, debemos agregar el aspecto pasivo del sistema compuesto por los principios y el activo de las reglas, referido al procedimiento en la aplicación de las mismas.⁷⁸ Este tercer nivel aseguraría la racionalidad y se referiría tanto al proceso de aplicación del derecho como a su formulación. En ese sentido, podría interpretarse el modelo de Heller como uno más cercano al de los tres niveles desarrollado por Alexy: reglas, principios y procedimiento. Si bien, como dijimos, Heller no llega a desarrollar algo así como una teoría sobre la aplicación de las reglas y principios, ciertamente se ocupa de esta cuestión, destacando también la participación de los ciudadanos en el proceso de positivización de los principios.

Finalmente, y respecto al punto *iii*), no podemos evitar pensar en la teoría de Alexy cuando recorremos los argumentos que esgrime Heller en su presentación en el caso *Prusia vs. el Reich*. Como señalamos, allí aplica al análisis de la medida tomada por el Estado un examen de proporcionalidad y de medios alternativos. El primero, cuando analiza si la medida tomada por el *Reich* (la intervención federal de Prusia) no era desproporcionada conforme al objetivo buscado (el orden y la seguridad en ese territorio); el segundo, cuando argumenta la existencia de un medio alternativo al decreto de intervención: los procedimientos establecidos por el artículo 15 de la Constitución de Weimar.

En síntesis, el caso de la teoría de Alexy y sus “reminiscencias” hellerianas es tan solo un ejemplo de lo que un estudio detallado de la teoría del derecho de Heller permite recuperar.⁷⁹ En definitiva, la concepción del derecho de Heller y, en líneas generales, su objetivo por superar “la utopía positivista”⁸⁰ desde una postura no iusnaturalista y profundamente democrática lo

⁷⁸ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho...*, cit., p. 173.

⁷⁹ Como hemos mencionado, Dyzenhaus encuentra elementos semejantes en relación con la teoría del derecho y la democracia de Habermas.

⁸⁰ Heller, Hermann, *La soberanía*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995.

ubican en el origen de lo que luego desarrollarían muchas de las teorías del derecho no positivistas contemporáneas.

VI. CONCLUSIONES

Hemos visto que es posible encontrar en la teoría del derecho de Heller los fundamentos de una teoría de los principios jurídicos. El contexto en el cual estas ideas son planteadas nos demuestra que su teoría es “combativa”. A decir verdad, Heller se enfrenta tanto al positivismo kelseniano como al antipositivismo conservador de Schmitt o Smend, entre otros. Así, la “solución” helleriana de los principios jurídicos es su manera de responder al desafío kelseniano de una teoría del derecho desconectada de la moral, pero, al mismo tiempo, es una respuesta a las teorías que intentaban lo mismo, pero desde posiciones absolutistas y antidemocráticas.

Pero la teoría de Heller también se enfrenta a la realidad práctica de la justicia en Weimar. En un contexto seminal para el control judicial de la constitucionalidad, habla de los jueces como una herramienta más del aparato de seguridad jurídica que es el Estado. Los jueces, al igual que el legislador o la Administración, positivizan los principios éticos del derecho, que le dan contenido. Estos principios no resuelven los casos concretos, pero sí dan una pista para la interpretación constitucional. Su recelo de la justicia en Weimar proviene de la distinta percepción que estos jueces tenían del derecho y de la aplicación subsuntiva del derecho que hacían.

Finalmente, podemos leer las ideas de Heller sobre los principios como un antecedente de importancia para la teoría de las normas. No solo realiza una distinción y fundamentación de la estructura del sistema jurídico que es similar a la que más tarde desarrollara Robert Alexy, sino que, además, es una de las primeras en partir de un fuerte anclaje democrático. No podemos entender su propuesta jurídica sin partir de su idea sobre la democracia y el Estado social de derecho. De aquí, tal vez, se derive una razón más para releer a Heller en Latinoamérica: la de retomar una teoría del derecho pensada desde el paradigma de la igualdad material y la justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANGERMUND, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch, 1990.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10.
- BAUER, Wolfram, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie: zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer*, Berlín, Duncker & Humblot, 1968.
- BAY, Jürgen, *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nürnberg, Univ. Dissertation, 1965.
- BLASIUS, Dirk, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOMHOFF, Jacco, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BRACHER, Karl Dietrich, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des machterfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwenningen, Ring, 1964.
- BRECHT, Arnold, *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammerbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlín, Dietz Nachfolger, 1933.
- CALDWELL, Peter, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Boston, Humanities Press, 1997.

- , “Is a Social *Rechtsstaat* Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy”, en Caldwell, Peter y Scheuermann, William (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden-Colonia, Humanities Press, 2000.
- CAVALLO, Riccardo, “La critica al formalismo giuridico nel pensiero di Hermann Heller”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* vol. 39, núm. 1, 2010.
- DEHNHARD, Albrecht, *Dimensionen staatlichen Handelns*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1996.
- DETLEF, Joseph (ed.), *Rechtsstaat und Klassenjustiz. Texte aus der sozialdemokratischen ‚Neuen Zeit‘ 1883-1914*, Friburgo de Brisgovia, Haufe-Lexware, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- , “Heller. Introduction”, en JACOBSON, Arthur y SCHLINK, Bernhard (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, University of California Press, 2002.
- , “The Gordon Head of Power: Heller and Kelsen on the Rule of Law”, en CALDWELL, Peter y SCHEUERMAN, William (eds.), *From Liberal Democracy to fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, Humanities Press, 2000.
- , “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, *The American Political Science Review*, vol. 91, núm. 1, 1997.
- , “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 16, 1996.
- EICHENHOFER, Eberhard, “Soziale Grundrechte –verlässliche Grundrechte?”, en EICHENHOFER, Eberhard (ed.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung –Was ist geblieben?*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1999.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

- FIEDLER, Wilfried, *Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Leipzig, Universitätsverlag, 1994.
- , “Die Wirklichkeit des Staates als menschliche Wirksamkeit - Über Hermann Heller (Teschen 1891 - Madrid 1933)” *Oberschlesisches Jahrbuch*, núm. 11, 1995.
- , “Materieller Rechtsstaat und soziale Homogenität. Zum 50. Todestag von Hermann Heller”, *Juristen Zeitung*, vol. 5, núm. 39, 1984.
- FRAENKEL, Ernst, “Zur Soziologie der Klassenjustiz”, en Fraenkel, Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- FRIEDER, Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970*, Múnich, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2004.
- FRIEDRICH, Manfred, “Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 102, núm. 2, 1977.
- , “Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Politische Vierteljahresschrift*, núm. 13, 1972.
- FÜZÉR, Katain, *Rights and constitutional theory in Weimar Germany. Debates in historical, political and institutional context*, Saarbrücken, VDM, 2008.
- GEIS, Max-Emanuel, “Der Methoden- und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre”, *Juristische Schulung (JuS)*, Alemania.
- GOLLER, Peter, *Hermann Heller: Historismus und Geschichtswissenschaft im Staatsrecht (1919-1933)*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2002.
- GROH, Kathrin, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010.
- GRUND, Henning, ‘*Preußenschlag*’ und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, Baden-Baden, Nomos, 1976.
- GUSY, Christoph, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1997.

- HÄBERLE, Peter, “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000.
- HAMMERSTEIN, Notker, *Antisemitismus und deutsche Universitäten: 1871-1933*, Fráncfort del Meno-Nueva York, Campus, 1995.
- HANNOVER, Heinrich y HANNOVER-DRÜCK, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv, 1987.
- HEINIG, Hans Michael, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom “sozialen” Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.
- HELLER, Hermann, *La soberanía*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- , *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- , *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.
- , *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, tt. I y II.
- , “Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?”, *Frankfurter Zeitung*, año 77, núms. 591/592, 1932.
- HENKEL, Michael, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HUBER, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1978, t. VII.
- , “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en QUARITSCH, Helmut (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- JACOBSON, Arthur y SCHLINK, Bernhard (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000.
- JASPER, Gotthard, “Justiz und Politik in der Weimarer Republik“, *VfZG*, vol. 2, 1982.
- KENNEDY, Ellen, “Introduction to Hermann Heller”, *Economy and Society*, vol. 16, núm. 1, 1987.

- KERSTING, Wolfgang, “Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Etatismus Hermann Hellers”, en CARSTENS, Uwe y SCHLÜTER-KNAUER, Carsten, (eds.), *Der Wille zur Demokratie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998.
- LEPSIUS, Oliver, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal alemana”, *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 9, 2008.
- LÓPEZ PINA, Antonio, “Hermann Heller y España”, en HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.
- MARTÍN, Sebastián, “Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del ‘soziale Rechtsstaat’. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)”, *Res publica: revista de filosofía política*, núm. 25, 2011.
- MAUS, Ingeborg, “Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik”, en MCELLIGOTT, Anthony, *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- , “Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik”, en MÜLLER, Christoph (ed.), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*. Baden-Baden, Nomos, 1985.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Múnich, Beck, 2009.
- MÖLLERS, Christoph, *Staat als Argument*, Múnich, C. H. Beck, 2000.
- MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse (eds.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1985.
- , *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- MÜLLER, Christoph, “Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen”, en MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse (eds.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- NEUMANN, Franz, *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.

- ORMOND, Thomas, *Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1994.
- PAULY, Walter, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004.
- PÉREZ GALLEGO, Roberto, “Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar (Alemania, 1919-1933). (A propósito del 80° aniversario de la Constitución de Weimar)”, *Jueces para la democracia*, núm. 37, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RADBRUCH, Gustav, *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, vol. 13, Heidelberg, C.F. Müller, 1993.
- ROBBERS, Gerhard, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden, Nomos, 1983.
- , “Die Staatslehre der Weimarer Republik. Eine Einführung”, *Jura*, 1993.
- ROSSI, Pietro, “Introducción”, en Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999.
- RÖWEKAMP, Marion, “First Female Judges in the Weimar Republic in Germany: Reflections on Difference”, en SCHULTZ, Ulrike y SHAW, Gisela (eds.), *Gender and Judging*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- SCHLUCHTER, Wolfgang, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatscheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Colonia, Kiepenhever & Witsch, 1968.
- SEIBERTH, Gabriel, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess “Preußen contra Reich” vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- SMEND, Rudolf, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit”, en EHMKE, Horst y KAISER, Josef (eds.) *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

- STAFF, Ilse, “Zur Rezeption Hermann Hellers in der Bundesrepublik Deutschland”, *ZRP*, Alemania.
- STOLLEIS, Michael, *History of Social Law in Germany*, Heidelberg, Springer, 2014.
- , *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Múnich, Beck, 2002.
- , Michael, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart, Steiner, 2001.
- , “Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, José Julián, “El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista”, *Civilizar*, vol. 12, núm. 22, 2012.
- TORRE, Massimo la, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y derecho en la obra de Hermann Heller”, en Heller, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996.
- TRIEPEL, Heinrich *et al.*, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 5, Berlín-Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1929.
- VARDARO, Gaetano, “Il diritto del lavoro nel “laboratorio Weimar””, en FRAENKEL, Ernst *et al.*, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, Roma, Lavoro, 1982.
- VÖLTZER, Friedrich, *Der Sozialstaatsgedanke in der Weimarer Reichsverfassung*, Fráncort del Meno, Peter Lang, 1992.
- WROBEL, Hans, “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en RINGSHAUSEN, Gerhard y VOSS, Rüdiger von (coords.), *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

PARTE II
LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS
Y LA PROPORCIONALIDAD; RELEVANCIA
PARA LA TEORÍA Y PRÁCTICA
CONSTITUCIONAL Y DE DERECHOS HUMANOS

La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*

Carlos Bernal Pulido**

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Un concepto de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la protección de los derechos fundamentales. Si bien nació en Alemania, hoy en día ha migrado a otros sistemas jurídicos y a diversas áreas del derecho. Aunque el concepto de proporcionalidad no es unívoco,¹ la mayoría de jueces y juristas coinciden en que se trata de un principio confor-

* Este artículo fue originalmente publicado en inglés con el título “The Migration of proportionality across Europe” en la revista *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 483-515. En castellano fue publicado por primera vez en Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor; González Pérez, Luis y Valadés, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2015. Trad. de Rodrigo Camarena González. A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones fueron realizadas por el traductor.

** Universidad Externado de Colombia.

¹ Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad véase Schlink, Bernhard “Proportionality (1)”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 721. Véase también Bomhoff, Jacco, “Genealogies of Balancing as Discourse”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010, pp. 108-139.

mado por tres subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad, y el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Cada subprincipio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe satisfacer: el primero exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo;² el segundo que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y el último que la limitación alcance el fin que se propone en un nivel que justifique el grado en que se limita el derecho.

1.2. El debate sobre el principio de proporcionalidad

La aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una amplia discusión. Por un lado, reconocidos autores han adoptado este principio sin reparos, por ejemplo, Beatty considera que el principio de proporcionalidad es “neutral”, “potencialmente racional”,³ y contiene la posibilidad de hacer que “el concepto jurídico de derechos sea el mejor posible”.⁴ Con base en estas premisas, Betty defiende a la proporcionalidad como “un criterio universal de la constitucionalidad”,⁵ la máxima expresión del Es-

² Algunos autores consideran que el subprincipio de idoneidad en realidad contiene dos elementos (la legitimidad del fin y la adecuación fáctica de la intervención para alcanzar el fin) como diferentes subprincipios. Por ello, dichos autores consideran que el principio de proporcionalidad está constituido por cuatro subprincipios. Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia J Transl Law*, vol. 47, 2008, p. 75. Asimismo, véase Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 3 y “Proportionality (2)”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *op. cit.*, p. 743. Barak distingue entre “fin adecuado” y “nexo causal racional” (*rational connection*).

³ Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 171.

⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁵ *Ibidem*, p. 162.

tado de derecho,⁶ y la regla de oro del derecho.⁷ Barak comparte una postura similar. El expresidente de la Corte Suprema de Israel cree que la constitucionalidad de cualquier limitación a los derechos fundamentales solo puede justificarse mediante un análisis de proporcionalidad⁸ y no existe ningún concepto alternativo que pudiera servir mejor que este para tal fin.⁹ De igual manera, Alexy sostiene que los jueces constitucionales no pueden evitar utilizar el principio de proporcionalidad. Para este último, dicho principio es la única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones.¹⁰ Finalmente, Gardbaum estima que el mandato de ponderación “refuerza adecuadamente el papel que las decisiones mayoritarias deben de tener en una democracia constitucional”.¹¹

Por otro lado, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,¹² el principio de proporcionalidad ha sido objeto de feroces críticas. Tsakyrakis ha sostenido que este principio es “un atropello a los derechos humanos” y un “camino equivocado en busca de precisión y objetividad”.¹³ Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado “culto académico a los derechos fundamentales”, que ha desencadenado en una concepción extremadamente individualista de los derechos y un simultáneo desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protec-

⁶ *Ibidem*, p. 185.

⁷ Beatty, David, “Law’s Golden Rule”, en Palombella, Gianluigi y Walker, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009, p. 103.

⁸ Véase Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 3.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 74.

¹¹ Gardbaum, Stephen, “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 78.

¹² Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense véase Aleinikoff, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, pp. 943-1005.

¹³ Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *I·CON*, vol. 3, núm. 7, 2009, p. 468.

ción de intereses sociales.¹⁴ Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional, otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según ellos, desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones sobre el ejercicio del poder público. Por ejemplo, Habermas sostiene que este principio vulnera la “firmeza” de los derechos fundamentales comoquiera que, en ocasiones, estos tienen que ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos.¹⁵ Finalmente, una objeción común es que este principio permite al poder judicial inmiscuirse ilegítimamente en competencias del legislativo y de la Administración pública. En ese sentido, lord Ackner consideró, en el caso *Brind*, que el uso judicial de la proporcionalidad implicaba un “análisis de fondo de las decisiones políticas”. En una democracia, este tipo de decisiones deben ser adoptadas solo por autoridades políticas.¹⁶

1.3. En búsqueda de una justificación para la migración del principio de proporcionalidad

Según estima Kumm, el principio de proporcionalidad, junto con el control de constitucionalidad de las leyes, es el “trasplante jurídico más exitoso del siglo xx”;¹⁷ sin embargo, el profundo debate acerca de la conveniencia del uso de la proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamen-

¹⁴ Webber, Grégoire, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Can. J. L. Juris.*, vol. 23, 2010, pp. 180 y 190-191; Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 88 y ss.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. de William Rehg, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 254. Para un análisis de este aspecto véase Kumm, Mattias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 131 y ss.

¹⁶ *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, 1991, 1 AC 696.

¹⁷ Kumm, Mattias, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *I-CON*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 595.

tales suscita varios interrogantes: ¿existe alguna razón que justifique el hecho de que el principio de proporcionalidad haya sido difundido a lo largo de diferentes contextos y sistemas jurídicos? Esta inquietud adquiere una relevancia aún mayor si se tienen en cuenta los problemas que, de por sí, el trasplante de ideas y conceptos constitucionales de un sistema a otro puede generar. La migración de la proporcionalidad sin duda alguna también se enfrenta a estos problemas generales¹⁸ a los que el préstamo de conceptos constitucionales da lugar.¹⁹

La posibilidad de justificar la migración del principio de proporcionalidad depende de dos factores. El primero es una justificación en abstracto para el uso de este principio; el segundo es una justificación concreta para tomar prestado este principio desde un sistema de derecho extranjero y trasplantarlo a otro sistema jurídico, en un tiempo determinado y en un área del derecho en particular (p. ej., los derechos fundamentales, el control de la Administración pública o el cumplimiento de tratados internacionales).

Hasta el momento, la mayoría de los estudios —tanto nacionales como de derecho constitucional comparado— han analizado el primer factor. La justificación abstracta del uso del principio de proporcionalidad suele implicar el propósito de solucionar tres problemas: la racionalidad, la legitimidad y la prioridad. El primero de ellos consiste en determinar si puede o no haber un uso racional de la proporcionalidad; el segundo se refiere a si los tribunales tienen legitimidad constitucional para usar este criterio y, por último, la pregunta acerca de la prioridad radica en establecer si la aplicación de principio de

¹⁸ Sobre este punto, véase Choudri, Sujit, “Migration in Comparative Constitutional Law”, en Choudri, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 7 y ss.

¹⁹ Sin obviar las críticas que ha recibido, en el presente ensayo se utilizará el concepto ampliamente aceptado de préstamo constitucional (“*constitutional borrowing*”) para aludir a la importación de instituciones o conceptos jurídicos extranjeros, tales como el principio de proporcionalidad, a un sistema jurídico. Sobre las críticas al concepto de préstamo constitucional véase Scheppele, Kim Lane, “Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models”, *I·CON*, vol. 2, núm. 1, 2003, pp. 296 y ss.

proporcionalidad permite a los tribunales reconocer a los derechos fundamentales una prioridad dentro del sistema jurídico. En pocas palabras, habrá justificación abstracta para el uso judicial del principio de proporcionalidad siempre que exista una manera racional y legítima para aplicarlo, que además permita que los derechos fundamentales conserven su prioridad dentro del sistema jurídico.

Robert Alexy y Aharon Barak han desarrollado modelos exhaustivos del principio de proporcionalidad, que pretenden resolver los problemas de la justificación en abstracto.²⁰ Otros autores han propuesto variaciones a estos modelos²¹ y han justificado el uso del principio de proporcionalidad, tanto en abstracto como en contextos específicos. Además, han hecho hincapié en las ventajas que este concepto representa para determinados sis-

²⁰ Robert Alexy introdujo los elementos básicos de su modelo en la publicación original, en alemán, de *La Teoría de los derechos fundamentales (Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985). Alexy complementó este modelo en el epílogo de la traducción al inglés de la misma obra (véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., pp. 388-425). La aportación más relevante que encontramos en dicho epílogo es el análisis lógico de la ponderación a la luz de la, así llamada, “formula del peso” (*infra*, n. 64, p. 408) y sus teorías sobre los márgenes de discrecionalidad judicial (pp. 394-397 y 414-425). Alexy continuó desarrollando su fórmula del peso en “The Weight Formula”, en Stelmach, Jerzy; Brożek, Bartosz y Załuski, Wojciech (eds.), *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, trad. de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, Cracovia, Jagiellonian University, 2007, pp. 9-27. El modelo de Barak toma los elementos básicos de la proporcionalidad de Alexy, pero difiere en aspectos sustanciales que no se pueden analizar en este ensayo. Su propuesta sobre la estructura del principio de proporcionalidad refleja este desacuerdo. Véase Barak, Aharon “Proportionality and Principled Balancing”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 8; “Proportionality (2)...”, cit. y, particularmente, *Proportionality...*, cit., pp. 243-455.

²¹ Algunas posturas que pretenden mejorar el modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy pueden encontrarse en Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 7-14 y 45-85; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cap. 6; Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, vol. 92, núm. 2, 2006, pp. 195-208; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

temas jurídicos y han respondido a importantes objeciones contra su utilización judicial.²²

A diferencia de dichas obras, este ensayo centra su atención en el segundo factor. Los conceptos jurídicos —como el principio de proporcionalidad— pueden tomarse prestados y trasplantarse de un sistema constitucional a otros. Bien puede decirse que existe una correlación entre la justificación en abstracto para el uso de un concepto jurídico y la justificación concreta para su migración. Una razón válida para trasplantar conceptos jurídicos deviene de su racionalidad y legitimidad intrínsecas; no obstante, esta justificación en abstracto, o el uso concreto del concepto jurídico en el contexto original, no explican, *per se*, su migración.

El derecho constitucional es, en parte, una expresión de la identidad nacional.²³ Esta singularidad aplica no solo cuando analizamos disposiciones de las constituciones, sino también en relación con los métodos de interpretación constitucional. Ambos elementos se encuentran arraigados en las actitudes y en el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada cultura constitucional. Más aún, estos elementos determinan, al menos en parte, el significado de las reglas constitucionales, por tanto, impactan profundamente en la manera en que se trata de definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Esta singularidad explica el intenso debate que los trasplantes en materia constitucional han generado. Los críticos más radicales consideran que este tipo de trasplantes es antidemocrático, pues opinan que favorecen intereses e ideologías extrañas, y permiten que los jueces manipulen el contenido y alcance de las normas constitucionales. Esta posibilidad pondría en riesgo la integridad del proceso judicial y la esencia del principio democrático, según el cual, las normas constitucionales deben

²² Para un análisis sobre las ventajas del principio de proporcionalidad y las respuestas a sus críticos véase *infra* Parte II, 2.2, (iii).

²³ Véase, Jackson, Vicki C., “Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law”, *Const. Commentary*, vol. 21, 2004, p. 857.

representar la voluntad popular.²⁴ Otros críticos defienden una postura menos radical y escéptica, y consideran que los métodos y conceptos de otros sistemas constitucionales pueden tomarse prestados y adaptarse a ciertos contextos políticos, sociales, culturales y jurídicos en particular.²⁵

De esta línea argumentativa se sigue que las razones que justifican el uso del principio de proporcionalidad en abstracto no justifican por sí mismas su migración alrededor del mundo y a través de diversas áreas del derecho. Por otra parte, si bien existen algunas explicaciones desde el punto de vista de la ciencia política sobre la difusión mundial del principio de proporcionalidad²⁶ —que atienden sobre todo a las razones estratégicas que los jueces tienen para utilizar este principio—, hay un déficit en el estudio del problema de si esta migración está o no justificada. Este análisis deberá responder dos preguntas básicas: primero, qué razones pueden darse para justificar el trasplante del principio de proporcionalidad,²⁷ y no el trasplante de algún otro concepto jurídico que pudiera fungir de manera similar y,²⁸ segundo, si ponderamos entre las razones para trasplantar el principio de proporcionalidad y los peligros de los préstamos constitucionales, ¿en qué dirección se inclina la balanza? ¿A favor de llevar a cabo el trasplante?

²⁴ Para conocer este punto resulta ilustrativa la discusión que los jueces de la Corte Suprema estadounidense tuvieron en los años 2003 y 2004 sobre la posibilidad de fundar sus decisiones en fuentes extranjeras. Véase Choudri, Sujit, *op. cit.*, pp. 7 y ss. Asimismo, Saunders, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 37 y ss.

²⁵ Véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *op. cit.*, pp. 1321 y ss.

²⁶ Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *op. cit.*, pp. 97-158; Barak, Aharon, *Proportionality... cit.*, pp. 175-210.

²⁷ Como ha señalado Vlad Perju, cualquier préstamo constitucional exige una justificación normativa. Véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants...”, *cit.*, pp. 1321 y ss.

²⁸ Sobre la relevancia del análisis de las razones para tomar prestadas ciertas instituciones constitucionales y, al mismo tiempo, rechazar otras, con el objeto de comprender y evaluar el diseño constitucional, véase. Epstein, Lee y Knight, Jack, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, *I-CON*, vol. 2, núm. 1, 2003, pp. 196 y ss.

1.4. Objeto y finalidad de la investigación

El objetivo principal del presente ensayo es responder estas preguntas para así poder comprender la migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. La mayoría de los autores parecen justificar la migración del principio de proporcionalidad con una tesis que aquí llamaremos “de la necesidad conceptual”. Esta sostiene que existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, de tal manera que este principio debe ser utilizado siempre y en todos los contextos en que se interpreten y se apliquen los derechos fundamentales. En contraste con dicha tesis, este ensayo defiende una justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad. La hipótesis central se divide en dos partes. Una gran variedad de razones puede justificar la migración del principio de proporcionalidad a una nueva jurisdicción o un nuevo contexto jurídico; no obstante, existe un común denominador entre las migraciones de este principio, a saber, que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Esta investigación tiene gran relevancia, tanto desde el punto de vista práctico como desde el teórico. Por un lado, si no existiera una justificación normativa para la migración del principio de proporcionalidad, entonces sería normativamente plausible que los países que aún no han utilizado este concepto rechazaran su importación;²⁹ por el otro, este artículo representa el estudio de un caso específico que puede iluminar el análisis y la evaluación de las migraciones de instituciones del derecho constitucional. En este sentido, busca aportar fundamentos para la construcción

²⁹ Por ejemplo, en Australia, el análisis que ha efectuado su Tribunal Supremo en los casos recientes *Momcilovic vs. Queen* y *Wotton vs. Queensland* ha revivido el debate sobre si el uso del principio de proporcionalidad por parte de los jueces representa o no un ejercicio legítimo del poder judicial. Véase *Momcilovic vs. The Queen*, 2011, HCA 34 y *Wotton vs. Queensland*, 2012, HCA 2. De no haber justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad, la Corte tendría razones para rechazar la importación de este principio.

de una teoría de los trasplantes constitucionales.³⁰ Asimismo, pretende contribuir a la reflexión sobre el objeto del derecho constitucional comparado en lo concerniente a la búsqueda de las “prácticas normativas más adecuadas”.³¹ Persigue indagar si el uso del principio de proporcionalidad pertenece o no a este grupo de prácticas normativas más adecuadas, en particular, en el campo de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Este capítulo está dividido en dos secciones con diferentes agendas y metodologías que, a pesar de ello, guardan una clara relación entre sí. La primera estudia, de manera analítica, la propagación del principio de proporcionalidad a través de Europa en seis migraciones.³² Debo advertir que un análisis de esta naturaleza implica llevar a cabo ciertas simplificaciones. Además, cabe decir, las seis migraciones que analizan cómo el principio de proporcionalidad se ha expandido a través de diferentes sistemas jurídicos y áreas del derecho no son ni unidireccionales ni exclusivas; sin embargo, esta simplificación es útil para entender ciertas tendencias relacionadas con la justificación del trasplante del principio de proporcionalidad y para identificar varios puntos en común que las tendencias guardan entre sí. La segunda sección, que tiene un enfoque normativo, examina las diferentes justificaciones del trasplante concreto del principio de proporcionalidad en las seis migraciones mencionadas. Aquí también se evalúa la tesis de la necesidad conceptual y se muestran sus debilidades. Luego se defiende la hipótesis central de este ensayo, esta es, que el común denominador para las diferentes migraciones es la necesidad normativa del principio de proporcionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

³⁰ Sobre la falta de dicha teoría y la necesidad de ella véase Hirlsh, Ran, “On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law”, en Choudri, Sujit (ed.), *op. cit.*, p. 43.

³¹ Sobre este objetivo del derecho constitucional comparado, véase Jackson, Vicki, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *op. cit.*, p. 70.

³² Sobre la relevancia del análisis de la historia de la migración de instituciones y conceptos constitucionales como un método de análisis del derecho constitucional comparado véase Id., 59.

II. SEIS MIGRACIONES DE LA
PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA

**2.1. La primera migración:
de la filosofía política al derecho**

La justificación subyacente del principio de proporcionalidad es que las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden ser excesivas, no pueden ir más allá de lo que es estrictamente necesario. Esta idea emergió originalmente en el campo de la filosofía política en tiempos de la Ilustración, en momentos en que se discutía el origen del Estado y la justificación de la coerción. Los filósofos que defendían la teoría contractualista del derecho natural afirmaban que los seres humanos han sido dotados con libertad, y que esta libertad antecede a toda asociación política. De acuerdo con la obra pionera de Locke, en el estado de naturaleza cada ser humano es “amo y señor de sí mismo y de sus posesiones”.³³ Todo individuo puede ejercer su libertad sin restricción alguna; sin embargo, en este “estado de barbarie” —como lo llamaba Kant—, la libertad de los seres humanos es susceptible de una constante usurpación por la ley de la supervivencia del más fuerte,³⁴ por tanto, los individuos se ven en la necesidad de adherirse a un pacto civil por medio del cual someten el ejercicio de su libertad al imperio de la ley. A cambio, el Estado se obliga a proteger sus vidas, su libertad y sus propiedades.

Tres elementos político-filosóficos que fundamentan el principio de proporcionalidad se desprenden de esta conocida justificación del Estado: primero, la libertad personal debe ser protegida en la sociedad civil como algo inherente a cada individuo; segundo, el Estado tiene la facultad de restringir la libertad para satisfacer los derechos de otros y el interés común. Estos dos elementos dan lugar a una paradoja, que aquí será denominada la paradoja de la libertad. Según esta, el Estado está facultado para limitar la libertad y, simultáneamente, la libertad debe ser prote-

³³ Locke, John, *Two Treatises of Government*, ed. de Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, lib. II, cap. 5, párrs. 44 y 298.

³⁴ Kant, Immanuel, “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, en Reiss, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. de H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 47.

gida de las limitaciones estatales. La paradoja se puede resolver por medio de un tercer elemento. El Estado tiene el poder de restringir la libertad solo cuando sea necesario y en la medida en que ello vaya encaminado a satisfacer exigencias que emanen de los derechos de otros individuos,³⁵ o del bien común.³⁶ Como corolario de estas tres premisas es posible afirmar que el mayor disfrute posible de la libertad debe ser la regla general, y las limitaciones estatales a la libertad deben ser la excepción y circunscribirse solo a alcanzar el fin perseguido por ellas.

Estos elementos son base de la exigencia de que las restricciones estatales a las libertades individuales deben ser proporcionadas. Una de las primeras ejemplificaciones de esta exigencia ética fue la observación de Beccaria, según la cual, las penas deben ser proporcionales a los delitos.³⁷ Posteriormente, la Asamblea Nacional de Francia reconoció esta exigencia como un derecho en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fuera aprobada el 26 de agosto de 1789.³⁸

Sin embargo, no fue sino hasta el derecho prusiano del siglo XVIII que regulaba el uso de la fuerza policiaca (*Polizeirecht*)

³⁵ Según Kant: “El derecho no es más que la limitación de la libertad de unos, de tal manera que su libertad pueda coexistir con la mía de acuerdo con una ley universal”. Véase Kant, Immanuel, “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’”, en Reiss, Hans (ed.), *op. cit.*, pp. 75-76.

³⁶ Locke afirma que el poder del legislador esta “limitado por el bien común de la sociedad”. Véase Locke, John, *op. cit.*, p. 357, párr. 135.

³⁷ Cesare Beccaria escribió: “Mientras más se opongan los delitos al bien común, y mayor sean los incentivos para cometerlos, mayor deben ser los obstáculos que lo impidan. Este principio establece la necesidad de una proporcionalidad entre los delitos y las penas”. Véase Beccaria, Cesare, *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria’s “Dei Delitti E Delle Pene”*, 2a. ed., trad. de James Anson Farrer, Londres, Chatto & Windus, 1880, p. 196. La exigencia de sanciones proporcionadas ya había sido aceptada por la filosofía antigua y el derecho romano. Sobre este punto véase Wieacker, Franz, “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung”, en Lutter, Marcus; Stimpel, Walter y Wiedemann, Herbert (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín-Nueva York, W. de Gruyter, 1979, pp. 867 y ss.

³⁸ Este artículo dispone: “La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias [...]”.

cuando el principio de proporcionalidad se configuró como un criterio jurídico —y ya no solo como un principio político-filosófico para resolver la paradoja de la libertad—. ³⁹ El artículo 10 del apartado II del título 17 del Código Civil prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), de 1794, estableció que “la policía adoptará las medidas necesarias para mantener la paz pública, la seguridad y el orden”.

La obra de Carl Gottlieb von Svarez, quien sentara las bases generales del principio de proporcionalidad, fue sumamente relevante para la aprobación e interpretación de esta disposición, que después sería considerada como la piedra angular del derecho administrativo prusiano. ⁴⁰ Svarez sostuvo que “un principio esencial del derecho público” es que “el Estado se encuentra autorizado para limitar la libertad personal solo cuando es necesario para hacer compatibles la libertad y la seguridad.” También consideraba que la legitimidad de cualquier restricción estatal a las libertades individuales depende de su intensidad e idoneidad para alcanzar el fin perseguido por la autoridad pública. ⁴¹ Además, señaló que es necesario considerar que no cualquier fin justifica la limitación de las libertades individuales por parte de la autoridad. El Estado cuenta con una justificación mayor cuando su intención es evitar daños o disminuir un riesgo inminente — en otras palabras, cuando actúa en defensa de la sociedad— que cuando este se mueve con el propósito de “promover el bienestar de la comunidad o conseguir un fin estético, o fomentar metas secundarias de naturaleza similar”. Finalmente, Svarez también escribió que “el daño evitado por la limitación de la libertad debe ser considerado más importante que la restricción que dicha li-

³⁹ Para un análisis del contexto político y jurídico del derecho de policía prusiano durante el siglo XVIII véase Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich, C. H. Beck, vol. 1, 1988, pp. 386 y ss.

⁴⁰ Sobre el concepto de proporcionalidad como un principio del derecho de policía prusiano y su difusión en todo el derecho administrativo alemán véase Merkl, Adolf Julius, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Berlín, Springer, 1927, pp. 249 y ss.

⁴¹ Sobre este concepto, que sería la base para el subprincipio de idoneidad y su desarrollo en el derecho de policía prusiano, véase también Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 200.

mitación causa en la comunidad y en los individuos”.⁴² Este último postulado traza la base para el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

2.2. La segunda migración: la expansión en el derecho administrativo europeo

Desde que el principio de proporcionalidad fue concebido en el derecho de policía prusiano, su uso se ha ampliado y expandido a lo largo del derecho público europeo. Este criterio jurídico adquirió relevancia en las más variadas áreas del derecho administrativo prusiano en el siglo XIX. Un factor determinante para esta expansión, relacionado con la paradoja de la libertad, fue el consenso general sobre la idea según la cual los actos de autoridad deben respetar las libertades inherentes de los individuos, y que la intensidad de todas y cada una de las limitaciones a dichas libertades debe perseguir un fin legítimo. De esta manera, por ejemplo, Mayer escribía a finales del siglo XVIII que “los derechos naturales exigen que el uso de la fuerza policial ejecutada por el Gobierno sea proporcionada”.⁴³

Con el objeto de controlar este tipo de proporcionalidad, los tribunales empezaron a proteger la libertad, como una forma de derecho natural. La creación de una jurisdicción administrativa independiente, el Tribunal Superior Administrativo prusiano (*Oberverwaltungsgericht*), fue otro elemento que contribuyó a la expansión del principio de proporcionalidad. Este tribunal empezó a funcionar en 1875, y constantemente invocaba la violación al principio de proporcionalidad como razón para anular medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales de manera excesiva.⁴⁴ Asimismo, comprendió el principio de pro-

⁴² Véase, Svarez, Carl Gottlieb, “Vorträge über Recht und Staat”, en Conrad, Hermann y Kleinheyder, Gerd (eds.), *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Colonia-Opladen, Westdeutscher, 1960, vol. 10, pp. 486 y ss.

⁴³ Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht (1895)*, Berlín, Dunker & Humblot, 2004, vol. I, pp. 267 y ss.

⁴⁴ Para un detallado recuento histórico de la evolución del principio de proporcionalidad durante los siglos XVIII y XIX véase Remmert, Barbara, *op.*

porcionalidad en los términos del subprincipio de necesidad, es decir, como un criterio para asegurarse de que las libertades se limiten en realidad con el medio menos gravoso.⁴⁵ Gracias a estos elementos, para finales del siglo XIX y principios del XX, el principio de proporcionalidad era ya un principio general del derecho administrativo alemán.⁴⁶

Después de la aprobación de la Ley Fundamental alemana, Rupperecht von Krauss analizó por primera vez el principio de proporcionalidad como un concepto formado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁷ Con posterioridad, Peter Lerche desarrolló esta concepción acerca de la estructura de este principio;⁴⁸ sin embargo, denominó a la proporcionalidad como “prohibición del exceso” y dividió su estructura en solo dos subprincipios: necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lerche consideraba que las exigencias del subprincipio de idoneidad se encontraban implícitas en los otros dos. Estas bases conceptuales de la proporcionalidad serían de suma relevancia para la jurisprudencia de diversos países. Desde la Segunda Guerra Mundial, los jueces administrativos de Alemania y Suiza han utilizado el principio de proporcionalidad para llevar a cabo el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos.⁴⁹

cit., pp. 200 y ss.; Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia et al., Carl Heymanns, 1961, pp. 234 y ss.

⁴⁵ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que ha hecho el Tribunal Superior Administrativo prusiano véase Stern, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots”, en Badura, Peter y Scholz, Rupert (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1993, p. 168.

⁴⁶ Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, Otto Schwartz & Co., 1981, pp. 4 y ss.

⁴⁷ Véase Krauss, Rupperecht von, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburgo, Appel, 1955, pp. 14 y ss.

⁴⁸ Véase Lerche, Peter, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁴⁹ Sobre el papel que el principio de proporcionalidad ha desempeñado en el derecho administrativo alemán a partir de 1949 véase Lohmann, Hans Henning, “Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im

En los últimos 60 años, la aplicación de la doctrina alemana de proporcionalidad ha proliferado en varios países europeos a lo largo de diversos campos del derecho administrativo que protegen derechos individuales, ya sean de índole constitucional o legal. Por ejemplo, las jurisdicciones francesa, italiana y española utilizan este principio como un criterio para controlar la legalidad de los actos de la Administración pública, en especial la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.⁵⁰ A pesar de que el principio de proporcionalidad no está tipificado en ninguna disposición positiva del derecho administrativo francés, la jurisdicción contencioso-administrativa lo aplica implícitamente con bastante frecuencia.⁵¹ Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte me-

Verhältnismäßigkeit”, *AöR*, núm. 110, 1975, pp. 415 y ss.; Jakobs, Michael Ch., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *DVBl*, 1985, pp. 97 y ss.; Dahlinger, Erich, “Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?”, *DöV*, 1966, pp. 818 y ss. Sobre la utilización de este principio en el derecho administrativo suizo véase Huber, Hans, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, en Lutter, Marcus; Stimpel, Walter y Wiedemann, Herbert (eds.), *op. cit.*, pp. 1 y ss.

⁵⁰ Sobre la utilización del principio de proporcionalidad como un criterio para el ejercicio de poderes discrecionales en el derecho francés véase Philippe, Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990, p. 261. Philippe subraya que, gracias a su “versatilidad”, el principio de proporcionalidad simplifica el control de la constitucionalidad sobre el ejercicio de poderes discrecionales, dado que permite que los jueces establezcan un equilibrio entre el ejercicio de esa facultad y el sometimiento de las autoridades al derecho.

⁵¹ En relación con la utilización implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, Xavier Philippe advierte que “el juez francés —ya sea de la jurisdicción administrativa u ordinaria— siempre ha decidido evitar usar el término [proporcionalidad]. Sin embargo, ha aplicado este concepto mediante el recurso a conceptos similares, paráfrasis o sinónimos”. No obstante, el mismo autor reconoce que esta tendencia empezó a cambiar en la última década del siglo xx, como consecuencia de la influencia que las decisiones del TEDH y del TJUE han tenido en los jueces franceses. Esto llevó a tales jueces a reconocer de manera explícita y directa el uso del principio de proporcionalidad. Véase Philippe, Xavier, “El principio de proporcionalidad en el derecho público francés”, *Cdp*, vol. 5, 1998, p. 256.

dian­te las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado.⁵² En cambio, en el derecho administrativo italiano, este principio ha comenzado a aplicarse como criterio autónomo, aunque en algunas ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos.⁵³ Finalmente, el principio de proporcionalidad es ahora un principio general del derecho administrativo español, un campo en el que la tradición jurídica alemana siempre ha sido relevante.⁵⁴

2.3. La tercera migración: del derecho administrativo al derecho constitucional

La utilización del principio de proporcionalidad ha evolucionado en Europa especialmente en el campo del derecho constitucional. El primer capítulo de la Ley Fundamental alemana (1949) institucionalizó la protección de la libertad por medio de un catálogo de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la Consti-

⁵² Véase Xynopoulos, George, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, L.G.D.J., 1995, p. 64; Braibant, Guy, “Le principe de proportionnalité”, en *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, París, L.G.D.J., 1974; Teitgen, Francis, “Le principe de proportionnalité en droit français”, en *Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission* (ed.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnungen*, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, pp. 61 y ss.

⁵³ Véase Villamena, Stefano, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milán, Giuffrè, 2008; Galetta, Diana Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1998; Sandulli, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padua, Cedam, 1998; Sandulli, Aldo, “Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati”, *RTDP*, vol. 2, 1995, pp. 360 y ss.

⁵⁴ Véase, entre otros, Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; López González, José Ignacio, “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cdp*, vol. 5, 1998, pp. 143-158.

tución facultó a las autoridades políticas para limitar estos derechos y estableció un Tribunal Constitucional con la atribución de analizar la constitucionalidad de las limitaciones que a ellos se impongan. De esta manera, la paradoja de la libertad se incorporó al campo de los derechos fundamentales.

No muchos años después de que fuera aprobada la Ley Fundamental alemana, el Tribunal Constitucional empezó a utilizar el principio de proporcionalidad como un criterio para resolver esta paradoja. Como han sostenido Alec Stone Sweet y Jud Mathews, desde el punto de vista de la ciencia política, ciertos factores explican por qué el Tribunal empezó a utilizar este principio.⁵⁵ Primero, los componentes básicos del principio de proporcionalidad ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana; segundo, la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional alemán eran académicos familiarizados con este principio y, por último, gracias a que la mayoría del pueblo alemán quería dejar atrás la era nazi, el Tribunal contaba con una enorme legitimación en su compromiso para fungir como guardián de los derechos fundamentales.

Asimismo, vale la pena enfatizar que la Ley Fundamental alemana también salvaguardaba este compromiso, pues no solo reconoció un catálogo de derechos fundamentales (arts. 1 a 19, 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104) y creó el Tribunal Constitucional Federal (arts. 93 y 94), sino que también estableció dos medios de control de la constitucionalidad mediante los cuales pueden revisarse las limitaciones a los derechos fundamentales. Existe un procedimiento en abstracto para el control constitucional de leyes (art. 93 (1) n. 2) y otro para el análisis concreto de la constitucionalidad mediante la cuestión de inconstitucionalidad (art. 100.1), y la llamada queja o amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, art. 93 (1) n. 4a).⁵⁶

⁵⁵ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁶ La queja o amparo constitucional es un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales y cualquier individuo está legitimado para denunciar la violación a estos. Este proceso faculta al BVerfG y a los otros tribunales constitucionales estatales para analizar la proporcionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales en casos particulares.

En la sentencia dictada en el caso de las farmacias (*Apothekenurteil*), de 11 de junio de 1958, el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) inauguró el empleo de la doctrina de la proporcionalidad.⁵⁷ En este caso, un farmacéutico, impugnó mediante el recurso de queja o amparo constitucional una decisión del gobierno de Alta Baviera, expedida con fundamento en el artículo 3.1 de una ley de 1952 sobre la regulación de las farmacias en Baviera. El recurrente consideró que la negación por parte del gobierno de un permiso para la apertura de una farmacia en Traunreut vulneraba su libertad de elección profesional, garantizada por el artículo 12.1 de la Constitución. La citada ley establecía las exigencias para la apertura de toda nueva farmacia, referidas a la calificación del solicitante, a razones de interés sanitario y a condiciones económicas y de competencia comercial con otros establecimientos de la misma índole. La resolución administrativa recurrida se basó estrictamente en los términos de esta regulación legal.

El gobierno de Alta Baviera consideró que el interés público no exigía la apertura de una farmacia y que, por el contrario, dicha apertura restringiría en un 40% los potenciales beneficios económicos de las farmacias ya existentes, a causa de una insuficiente demanda de productos farmacéuticos, por tanto, la nueva farmacia no solo carecía de viabilidad suficiente, sino que además pondría en peligro a las farmacias existentes en la zona. Para resolver este caso, el BVerfG estudió la constitucionalidad del artículo 3.1 de la Ley de farmacias en Baviera y lo declaró inconstitucional. Después de llevar a cabo un repaso histórico sobre las razones que sustentan la necesidad de regular públicamente la apertura y el funcionamiento de las farmacias (este análisis no era de otra cosa sino la evaluación de la legitimidad del fin de la limitación del derecho fundamental) y de considerar la naturaleza y alcance del derecho a elegir y ejercer una profesión, el Tribunal sostuvo que el principio de proporcionalidad era un

⁵⁷ El BVerfG había hecho una breve mención a este principio seis años antes. Véase la sentencia de dicho Tribunal (BVerfGE, por sus siglas en alemán) 1, 167 en 178 1952. El caso trataba de una ley del estado de Renania del Norte-Westfalia que regulaba asuntos electorales. Véase Grimm, Dieter, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *U. Tor L. J.*, vol. 57, 2007, p. 385.

criterio adecuado para resolver el caso, estableciendo que cuanto mayor sea la afectación en la órbita del individuo, mayor debe ser el interés público que la justifique.⁵⁸ Asimismo, señaló que la órbita de la libertad individual solo puede ser limitada con el medio más benigno⁵⁹ y enunció la teoría de los niveles de intervención legislativa en los derechos fundamentales, que prescribe, “El legislador debe efectuar regulaciones al artículo 12.1.2 en un nivel que implique la menor intervención en la libertad de elección de profesión, y solo puede pasar al siguiente nivel cuando pueda ser evidenciado, con alta probabilidad, que los peligros temidos no pueden ser conjurados efectivamente con las medidas constitucionales pertenecientes al nivel anterior”.⁶⁰

Esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal inauguró la tendencia según la cual el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular sobre la que deben descansar las decisiones de control de constitucionalidad en Alemania. En 1963, en un caso en el que se analizó el derecho a la integridad física, el Tribunal declaró que el principio de proporcionalidad debe ser aplicado en todos los casos en que el Estado limita la “esfera de libertad individual”.⁶¹ El Tribunal ha insistido en esta idea y ha desarrollado toda una doctrina en innumerables decisiones posteriores.⁶² De acuerdo con esta línea jurisprudencial, cualquier intervención en un derecho constitucional que no cumpla con las exigencias del principio de proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional.⁶³

⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (408).

⁵⁹ *Ibidem*, 405.

⁶⁰ *Ibidem*, 409 (trad. de Carlos Bernal Pulido).

⁶¹ BVerfGE 16, (194 en 201).

⁶² Para un análisis de las sentencias más relevantes del BVerfG en materia del principio de proporcionalidad véase Michael, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, vol. 9, 2001, pp. 866 y ss.

⁶³ Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho alemán actual, en el campo del control de la constitucionalidad, véase, entre muchos otros, Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, *cit.*, pp. 66-69 y 394-414; Alexy, Robert, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-CON*, vol. 3, 2005, pp. 572-581; Clérico, Laura, *op. cit.*; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie - Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.

2.4. La cuarta migración: del derecho constitucional alemán al derecho comunitario europeo, y al derecho europeo de los derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁴ y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁶⁵ han seguido los pasos de la jurisprudencia alemana. El primero utiliza el principio de proporcionalidad como un criterio para determinar si las limitaciones hechas por los Estados miembros del Consejo de Europa violan o no los derechos individuales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Es en este contexto que el principio de proporcionalidad es particularmente

⁶⁴ Sobre el uso del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH véase Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2001; McBride, Jeremy, "Proportionality and the European Convention on Human Rights", en Ellis, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999, pp. 23 y ss.; Letsas, George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford J. Legal. Stud.*, vol. 26, 2006, pp. 711 y ss.; Greer, Steven, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford J. Legal. Stud.*, vol. 23, 2003, pp. 409 y ss.; Drooghenbroeck, Sébastien van, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2001; Fernández Nieto, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dykinson, 2009; Fassbender, Bardo, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos", *Cdp*, vol. 5, 1998, pp. 52 y ss.

⁶⁵ Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TJUE véase Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, caps. 3-5; Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres-La Haya-Boston, Kluwer, 1996, caps. 4-7; Jacobs, Francis Geoffrey, "Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law", en Ellis, Evelin (ed.), *op. cit.*, pp. 1 y ss.; Harbo, Tor-Inge, "The Function of the Principle of Proportionality in EU Law", *ELJ*, vol. 2, núm. 16, 2010, pp. 171 y ss.; Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín, Dunker & Humblot, 2003; Emmerich-Fritsche, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtsetzung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, p. 96, *in fine*; Georgiadou, Anna N., "Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", *ARSP*, vol. 4, 1995, pp. 532 y ss.

relevante para determinar si los Estados han rebasado el llamado “margen de apreciación”, es decir, el espacio discrecional que tienen para implementar los derechos previstos por el Convenio, en consideración a las particularidades de cada nación. El segundo aplica el principio de proporcionalidad como criterio para analizar dos tipos de medidas, aquellas adoptadas por las instituciones de la Unión Europea y las tomadas por los Estados miembros. En este campo, el principio de proporcionalidad es utilizado, sobre todo, como un criterio para resolver casos asociados con la legalidad de las intervenciones de los Estados miembros en las “cuatro libertades fundamentales” de la Unión Europea (libre circulación de mercancías, de trabajadores, de servicios y de capitales),⁶⁶ y para analizar si las limitaciones impuestas a dichas libertades por las instituciones comunitarias están justificadas.⁶⁷ También existe una mención especial al principio de proporcionalidad en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza, Francia, el 7 de diciembre de 2000, que establece: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deber ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.⁶⁸

⁶⁶ Sobre el principio de proporcionalidad en este ámbito véase Snell, Jukka, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 194 y ss.; Jans, Jan H., “Proportionality Revisited”, *LIEI*, vol. 3, núm. 27, 2000, pp. 239 y ss.; Enchelmaier, Stefan, “Four Freedoms, How Many Principles?”, *Oxford J. Legal Stud.*, núm. 24, 2004, pp. 169 y ss.

⁶⁷ Asimismo, el Protocolo para la implementación del Tratado de Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece lo siguiente: “Al ejercer las competencias que le han sido conferidas cada institución [...] garantizará el respeto del principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado” (texto original de la versión en español).

⁶⁸ Texto original de la versión en español. Sobre la relevancia de este artículo para la protección de los derechos fundamentales en el marco del derecho

2.5. La quinta migración: del derecho comunitario y el derecho europeo de los derechos humanos al derecho constitucional nacional de los países europeos

La utilización del principio de proporcionalidad por parte del TEDH y del TJUE ocasionó la migración del principio al derecho constitucional virtualmente de todos los países europeos. La causa principal es la obligatoriedad que las sentencias del TEDH y del Tribunal Comunitario tienen en las jurisdicciones nacionales. Por un lado, los tribunales constitucionales han trasplantando el principio de proporcionalidad utilizado por el TEDH al campo de la protección de los derechos nacionales, y por el otro, los tribunales y jueces han tomado la doctrina de proporcionalidad, tal y como la ha diseñado el TJUE, como una manera de garantizar el principio de supremacía del derecho comunitario. Este principio consiste en que, en caso de conflicto entre normas de derecho comunitario y normas de los Estados miembros, deben prevalecer las primeras.⁶⁹ Esto ha provocado que el principio de proporcionalidad se haya convertido en un criterio para el control de la constitucionalidad en España,⁷⁰ Francia,⁷¹

comunitario véase Borowski, Martin, “Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Legisprudence*, vol. 1, 2007, pp. 199-240.

⁶⁹ Sobre el principio de supremacía como una causa de la expansión del principio de proporcionalidad véase Favret, Jean-Marc, “La primauté du principe communautaire de proportionnalité sur la loi nationale”, *RFDA*, vol. 2, 1997, pp. 389 y ss.

⁷⁰ Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit.; González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003. El Tribunal Constitucional español empezó a aplicar el principio de proporcionalidad como lo había desarrollado el BVerfG, el TEDH y el TJUE a partir de la sentencia STC 66/1995. Otros fallos relevantes son las sentencias 55/1996, 161/1997, 136/1999, 261/2005, 300/2005, 327/2005, 11/2006, y 90/2006.

⁷¹ Véase Goesel-le-Bihan, Valérie, “Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel”, *RFDC*, vol. 30, 1997, pp. 227 y ss. Esta autora distingue entre el principio de proporcionalidad como lo había aplicado el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) hasta finales de 1990, y la manera en que se empezó a aplicar a partir del 6 de diciembre de 1990, 10 de enero y 6 de julio de 1994. Goesel-le-Bihan sostiene que es solo en la versión más reciente del principio de proporcionalidad

Italia,⁷² Portugal,⁷³ Bélgica,⁷⁴ Austria,⁷⁵ Grecia,⁷⁶ Suiza⁷⁷ y, más recientemente, en los países de Europa oriental como Bulgaria, Croacia, Li-

lidad cuando este se entiende como un concepto formado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁷² Un sector importante de los constitucionalistas italianos considera que el principio de proporcionalidad es una expresión del principio de *ragionevolezza* (razonabilidad). Véase Morrone, Andrea, “Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness”, en Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni y Valentini, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 215 y ss.; Scaccia, Giuseppe, *Gli ‘strumenti’ della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 348 y ss.; Zagrebelsky, Gustavo, *Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 147 y ss.

⁷³ Véase Ferreira Prova Canas, Vitalino José, “O Princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações”, en Miranda, Jorge (coord.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 1996, vol. II, pp. 323 y ss.; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 259 y ss.; Costa Leão, Anabela, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*, Coimbra, Almedina, 2001.

⁷⁴ Véase Brammer, Gernot, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht*, Aquisgrán, Shaker, 2000.

⁷⁵ Véase, Pollak, Christiana, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden, Nomos, 1991; Stelzer, Manfred, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Viena, Springer, 1991.

⁷⁶ El principio de proporcionalidad fue incorporado de manera expresa en el art. 25, párr. 1, de la Constitución de Grecia (en la reforma constitucional de 2011): “Cualquier restricción que, con base en la Constitución, pueda imponerse sobre estos derechos (los derechos del ser humano) debe de establecerse en la Constitución o en una ley, cuando se establezca en la ley, esta debe de respetar el principio de proporcionalidad”. Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho griego como criterio para el control de la constitucionalidad véase Orfanoudakis, Sarantis K. y Kokota, Vasiliki, “The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences”, *HREL*, vol. 4, 2007, pp. 691-720.

⁷⁷ Véase Zimmerli, Ulrich, “Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht’”, *ZSR*, vol. II, núm. 97, 1978, pp. 559 y ss.; Kurt, Furgler, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht”, *ZSR*, vol. II, núm. 97, 1978, pp. 555 y ss.

tuania, Eslovaquia, Eslovenia, la República Checa,⁷⁸ Polonia, Estonia, Hungría y Rumania.⁷⁹

2.6. La sexta migración: del derecho comunitario europeo y derecho europeo humanitario al derecho británico

Incluso el sistema jurídico británico, a pesar de sus marcadas diferencias con el derecho continental europeo, ha participado en este proceso de convergencia en el uso del principio de proporcionalidad. Es bien cierto que la idea de razonabilidad (*reasonableness*) ha formado parte de la cultura jurídica británica al menos desde del siglo XIX, y también lo es que,⁸⁰ a raíz del caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* (1948),⁸¹ el principio de irrazonabilidad manifiesta (*manifest unreasonableness*) se ha convertido en un criterio utilizado en el derecho administrativo. De acuerdo con este principio, los jueces solo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos cuando superen cierto umbral de irracionalidad que haga incomprensible sus finalidades y sentido. Sin embargo, solo algunos aspectos del principio de razonabilidad, en su sentido original, tienen zonas de intersección con el de proporcionalidad. Craig está en lo correcto cuando afirma que

⁷⁸ Véase Holländer, Pavel, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 179-195.

⁷⁹ Véase Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 266 y ss.; Sadurski, Wojciech, “Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?”, *Israel L. Rev.*, vol. 3, núm. 42, 2009, p. 519.

⁸⁰ Sobre los orígenes de la idea de razonabilidad en el derecho británico, particularmente en los campos del derecho de daños, derecho administrativo y derechos humanos, véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, *Cam. L. J.*, vol. 1, núm. 63, 2004, pp. 167 y ss.

⁸¹ *Associated Provincial Picture Houses vs. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223.

llegar al nivel de irracionalidad que el principio de razonabilidad presupone es, en realidad, bastante difícil.⁸² El principio de irrazonabilidad manifiesta es menos estricto que el de proporcionalidad. Como lord Ackner señaló en el caso *Brind* (1991), el principio de proporcionalidad es un “parámetro diferente y más estricto” que el principio de irrazonabilidad.⁸³

La importación del principio de proporcionalidad en el derecho británico es una consecuencia directa de la influencia de derecho comunitario europeo.⁸⁴ En 1985, un *dictum* de lord Diplock propuso “la posible adopción del principio de proporcionalidad, concepto reconocido en el derecho administrativo de otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”.⁸⁵ No obstante, en 1991, en la sentencia del caso *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, la Cámara de los Lores se pronunció en contra de la importación de la doctrina de proporcionalidad en el derecho británico.⁸⁶

Después del caso *Brind*, no hubo consenso ni entre juristas ni entre jueces sobre la viabilidad de la importación del principio de proporcionalidad en el derecho del Reino Unido. A pesar de ello, algunos jueces ingleses han seguido utilizando este principio e incluso lo han preferido al principio de razonabilidad. Tal y como lo ha notado Hickman, esto sucedió, por ejemplo, cuando la Corte de Apelaciones propuso “abandonar” el principio *Wednesbury* de razonabilidad y, en su lugar, prefirió utilizar “un principio

⁸² Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, en Ellis, Evelin (ed.), *op. cit.*, p. 94.

⁸³ *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, 1991, 1 AC 696.

⁸⁴ Véase, entre muchos otros, Levitsky, Jonathan E., “The Europeanization of the British Legal Style”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, p. 376.

⁸⁵ *Council of Civil Service Unions vs. Minister for the Civil Service*, 1985, 1 AC 410.

⁸⁶ En este caso se analizaron ciertas directrices emitidas por el secretario del interior que limitaban la difusión de mensajes terroristas en televisión. En particular, se ordenaba que las voces de terroristas fueran dobladas por un actor. Siete periodistas y un representante del gremio impugnaron estas medidas. Los demandantes argumentaron que restringir la difusión directa de los mensajes era desproporcionada de acuerdo con el fin perseguido, o sea, la lucha contra el terrorismo.

general de proporcionalidad”.⁸⁷ Craig y De Búrca coinciden en que este último principio fue aplicado de manera consistente, en especial en casos —como *IFT*⁸⁸ e *International Stock Exchange*⁸⁹— en los que el derecho comunitario debía ser aplicado.⁹⁰

Sin embargo, a finales de los años noventa, el principio de razonabilidad sufrió una transformación y experimentó un cierto grado de revitalización.⁹¹ En esta nueva forma, llamada “super-Wednesbury”, el principio de irrazonabilidad exigía a los tribunales llevar a cabo un análisis más estricto de los actos administrativos. Les imponía desplegar un “escrutinio escrupuloso”, un “nivel reforzado de escrutinio” o un “control riguroso” de los mismos.⁹² De esta manera, el principio “super-Wednesbury” ya no exigía que el acto administrativo fuera absurdo o despótico para que el juez pudiera declarar injustificada la limitación de los derechos fundamentales en juego.⁹³ No obstante, este principio no podía garantizar el mismo nivel de protección que el de proporcionalidad sí ofrece. En el caso *Smith*,⁹⁴ el TEDH consideró que aun aplicando el criterio super-Wedmesbury, “los jueces nacionales se encontraban efectivamente impedidos para analizar si la limitación de los derechos respondía a una demanda colectiva apremiante o si era proporcionada [...] a los fines perseguidos”. Este fallo evidenció que el CEDH exigía el uso del principio de proporcionalidad y no del criterio de razonabilidad.

⁸⁷ Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle..., *cit.*, p. 182.

⁸⁸ *R. vs. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry LTD*, 1999, 1 All ER 129, 157.

⁸⁹ *International Stock Exchange case: R. vs. International Stock Exchange, ex parte Else*, 1992, BCC 11.

⁹⁰ Craig, Paul, *op. cit.*, p. 89. Véase también Búrca, Grainne de, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law”, *EPL*, vol. 3, núm. 4, 1997, pp. 577 y ss.

⁹¹ Craig, Paul, *op. cit.*, p. 95.

⁹² Sobre la aplicación del criterio de “super-Wednesbury” en materia de derechos humanos véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle..., *cit.*, p. 185 y ss.

⁹³ Sobre este y otros criterios de razonabilidad en materia judicial véase Sueur, Andrew le, “The Rise and Ruin of Unreasonableness”, *JR*, vol. 10, 2005, pp. 39 y ss.

⁹⁴ *Smith & Grady vs. United Kingdom* (App 33985/96 and 33986/96), 1999, 29 E.H.R.R., 493, en 138.

La promulgación de la Ley de Derechos Humanos de 1998 robusteció la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta ley preparó el camino para que la doctrina de proporcionalidad, constantemente utilizada por el TEDH, fuera relevante para las decisiones de las autoridades y jueces del Reino Unido. El artículo 6 de esta ley establece que “se considerará ilegal el actuar de cualquier autoridad pública [a excepción del Parlamento] que sea incompatible con los derechos previstos por la Convención”.⁹⁵ El artículo 2 le otorga valor vinculante a las decisiones del TEDH en el Reino Unido, en la medida en que los tribunales británicos “deben considerar cualquier sentencia, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre que sea necesario interpretar un derecho de la Convención”, por tanto, las resoluciones del TEDH —incluyendo aquellas que exponen la doctrina del principio de proporcionalidad— son una fuente de derecho.⁹⁶

Como consecuencia de estos cambios, en el caso *Daly*, la Cámara de los Lores aceptó expresamente el criterio de proporcionalidad como un principio de derecho público británico, en especial en lo concerniente a la aplicación de los derechos de la Convención.⁹⁷ Después de distinguir entre el principio de proporcionalidad y el de irrazonabilidad, lord Steyn aseguró que era “importante que los casos que involucran los derechos de la Convención se analicen de la manera adecuada”, o sea, mediante el principio de proporcionalidad. Los demás jueces concordaron con su opinión. Desde entonces, muchos otros casos han aplicado la doctrina enunciada en esta sentencia.⁹⁸

⁹⁵ Como lo prevé el art. 1 de la Ley de Derechos Humanos, “Los Derechos de la Convención son: los derechos y libertades fundamentales enunciados en (a) Artículos 2 a 12 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos], (b) Artículos 1 a 3 del Primer Protocolo, y (c) Artículos 1 y 2 del Sexto Protocolo, en relación con los Artículos 16 y 18 de la Convención”.

⁹⁶ Véase Feldman, David, “Proportionality and the Human Rights Act”, en Ellis, Evelin (ed)., *op. cit.*, p. 121. Véase también Hickman, Tom R., “The Substance and Structure of Proportionality”, *PL*, vol. 4, 2008, p. 694.

⁹⁷ *Regina vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, 2001, UKHL 26

⁹⁸ Véase, entre muchos otros, *R. vs. Shayler*, 2002, UKHL 11; *A. vs. Secretary of State for the Home Department*, 2004, UKHL 56; *R. (on the application of*

III. UNA JUSTIFICACIÓN DE LA MIGRACIÓN
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
A TRAVÉS DE EUROPA

**3.1. La necesidad conceptual
del principio de proporcionalidad**

La segunda parte de este ensayo analiza las posibles razones que pueden justificar las diferentes migraciones del principio de proporcionalidad a lo largo de Europa. Es factible justificar las migraciones y los préstamos constitucionales con base en razones fuertes o débiles.⁹⁹ Alusiones al derecho natural¹⁰⁰ y al *ius gentium*¹⁰¹ representan razones fuertes para justificar el préstamo de instituciones constitucionales o de conceptos ligados a los derechos fundamentales, por ejemplo, que un derecho sea un derecho natural fundamental, o que exista un reciente consenso mundial acerca de su validez moral y legal, sería una razón, en sentido estricto, que podría justificar que un tribunal lo importara a un sistema jurídico.¹⁰² Razones débiles podrían ser que los tribunales nacionales quisieran unirse a un diálogo jurisprudencial cosmopolita con tribunales de otras naciones. El propósito de este préstamo constitucional sería motivar una reflexión normativa acerca de la idoneidad de instituciones locales a la luz de un estudio comparativo con alternativas extranjeras.¹⁰³

Begum) vs. *Governors of Denbigh High School*, 2006, UKHL 15; *Huang vs. Secretary of State for Home Department*, 2007, UKHL 11.

⁹⁹ Véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants..., *cit.*”, p. 1324.

¹⁰⁰ Sobre la posible justificación con base en el derecho natural véase Alford, Roger P., “In Search of a Theory for Constitutional Comparativism”, *UCLA L. Rev.*, vol. 52, 2004-2005, pp. 659 y ss.

¹⁰¹ Sobre la posible justificación gracias al *ius gentium* véase Waldron, Jeremy, “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 139.

¹⁰² Cabe destacar, claro está, que la plausibilidad de estos razonamientos depende de la presunción de que efectivamente exista el derecho natural o el *ius gentium*.

¹⁰³ Véase Perju, Vlad, “Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order”, *Constellations*, vol. 12, 2005, pp. 464 y ss.

Una razón fuerte que puede justificar la migración del principio de proporcionalidad se puede inferir de la idea de que este principio es conceptualmente necesario para el control de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Es posible aludir a esta razón como la tesis de la necesidad conceptual, la cual sostiene que una proposición necesariamente verdadera acerca de la naturaleza misma de los derechos fundamentales es que estos tienen que ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. Si esta tesis fuese correcta, ello significaría que, en todo momento y lugar en que existan derechos fundamentales, los jueces tendrían que aplicarlos por medio de dicho principio.¹⁰⁴

Si la tesis de la necesidad conceptual fuese verdadera, entonces, una vez que los derechos fundamentales son reconocidos en un sistema jurídico, trasplantar el principio de proporcionalidad no solo sería una acción justificable, sino inevitable. Si los derechos fundamentales necesariamente implicaran el uso del principio de proporcionalidad, sería imposible protegerlos sin utilizar este criterio. Utilizar el principio de proporcionalidad no sería obligatorio, sino imprescindible. La proporcionalidad sería un criterio de aplicación forzosa. Esto tendría, a su vez, un impacto en la justificación en abstracto del uso del principio de proporcionalidad, particularmente en lo que se refiere al problema de la legitimidad. La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad significaría que el uso de este principio no podría ser considerado ilegítimo. Bastaría que un Estado promulgara una declaración de derechos fundamentales y facultara a los jueces para aplicarlos, para que estos no solo pudieran, sino que necesitaran utilizar el principio de proporcionalidad. Como conclusión, el préstamo del principio de proporcionalidad sería una consecuencia necesaria de la institucionalización de los derechos fundamentales en una jurisdicción.

¹⁰⁴ Para un uso similar de la noción de necesidad conceptual utilizada en el debate sobre la naturaleza del derecho, véase Raz, Joseph, "Can There Be a Theory of Law?", en Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 324 y 325; Alexy, Robert, "On the Concept and the Nature of Law", *RJ*, vol. 21, núm. 3, 2008, p. 284.

3.1.1. El principio de proporcionalidad como un conjunto de condiciones suficientes y necesarias para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales

Puede haber al menos dos versiones de la tesis de la necesidad conceptual. Una versión estricta puede inferirse de lo sostenido por Aharon Barak cuando afirma que “[cualquier] restricción de un derecho fundamental [...] será constitucionalmente permisible si, y solo si, es proporcionada”.¹⁰⁵ Esta proposición equivale a sostener que el principio de proporcionalidad establece condiciones necesarias y suficientes para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si esta proposición fuese cierta, entonces existiría una doble implicación de suficiencia y necesidad entre las exigencias de la proporcionalidad y las exigencias para la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales. Una limitación sería constitucional si y solo si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. Su satisfacción implicaría necesariamente la constitucionalidad de la limitación y bastaría que una de ellas no se cumpliera para considerar la limitación como inconstitucional. De ello se sigue que no podría controlarse la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales sin aplicar el principio de proporcionalidad. A la vez, todos los supuestos y elementos del control de constitucionalidad de dichas limitaciones se podrían reducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

La versión estricta de la tesis de la necesidad conceptual no parece plausible. Cada uno de los subprincipios de proporcionalidad establece, en efecto, una condición necesaria para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si una limitación incumple con cualquiera de las exigencias expresadas en los subprincipios, debe ser considerada como una violación del derecho fundamental que limita y, por tanto, ser declarada inconstitucional. No obstante, los subprincipios de la proporcionalidad no expresan ni conjunta ni separadamente con-

¹⁰⁵ Barak, Aharon, *Proportionality..., cit.*, p. 3. Barak afirma que “La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad”.

diciones suficientes de constitucionalidad. Las limitaciones a los derechos fundamentales pueden ser inconstitucionales por otras razones, por ejemplo, por contradecir de forma expresa el texto constitucional o porque haya existido una irregularidad de cierta entidad en el proceso legislativo o administrativo que condujo a la promulgación del acto que limita los derechos fundamentales. Asimismo, existen supuestos de control constitucional que no exigen ni implican el uso de la proporcionalidad. Ejemplos de ello se encuentran en la solución de casos fáciles con fundamento en reglas constitucionales concretas, *verbi gratia*, la imposición de una limitación a un derecho fundamental sin contar con las mayorías parlamentarias que algunas constituciones exigen para la aprobación de limitaciones de esta naturaleza, la atribución a los órganos de seguridad del Estado para torturar detenidos en contra de una disposición constitucional que literalmente lo prohíba, o la ampliación legislativa del plazo en el que las personas detenidas deben de ser llevadas ante la presencia de un juez.

*3.1.2. Las implicaciones necesarias
entre el principio de proporcionalidad,
los principios y los derechos fundamentales*

Una versión menos estricta de la tesis de la necesidad conceptual ha sido desarrollada en la obra de Alexy, particularmente, en su artículo “Constitutional Rights and Proportionality”. Este autor sugiere que no todo el control de constitucionalidad pueda reducirse a un análisis de proporcionalidad, y reconoce que existen normas de derechos fundamentales que pueden aplicarse mediante un ejercicio de subsunción. Alexy denomina a este tipo de disposiciones “reglas” y las contrapone a los “principios”;¹⁰⁶ no obstante, sostiene que “existe una implicación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.”¹⁰⁷ A

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre reglas y principios, y su aplicación, respectivamente, mediante la subsunción y la ponderación, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., pp. 44 y ss.; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *RJ*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449.

¹⁰⁷ Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, *China Year-*

pesar de que él no cataloga esta implicación como una conexión conceptual, algunos de sus argumentos llevan a concluir que dicha implicación tiene este talante.

Su tesis contiene dos elementos. La primera parte consiste en el postulado que afirma que existe una clase de normas constitucionales —los principios— que tienen una conexión necesaria con el principio de proporcionalidad. Los principios son “mandatos de optimización” que exigen que la protección del derecho fundamental que institucionalizan se lleve a cabo en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁰⁸ Según Alexy, cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad expresa la idea de optimización: “Los principios, como mandatos de optimización, exigen un grado de optimización respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas”.¹⁰⁹ Este razonamiento supondría que existe una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad y los principios.

La segunda parte de su tesis pretende demostrar que, además, existe una conexión necesaria entre principios y derechos fundamentales. Si este segundo elemento de la tesis fuese correcto, entonces, como consecuencia, quedaría demostrado que los derechos fundamentales comportan conceptualmente la utilización del principio de proporcionalidad o, en otras palabras, que es imposible controlar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin utilizar la proporcionalidad.

La existencia de una necesaria conexión conceptual entre principios y derechos fundamentales entrañaría que en cualquier momento y lugar en el que existan derechos fundamentales, ne-

book of Constitutional Law, 2010, p. 221. La traducción al castellano, de Jorge Portocarrero, se publicó con el título “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *REDC*, vol. 91, 2011, pp. 11 y ss.

¹⁰⁸ Sobre el concepto de los principios véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, *cit.*, pp. 47-49.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality...”, *cit.*, p. 222.

cesariamente algunos de ellos tendrían la estructura normativa de principios y deberían, entonces, ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. La existencia de esta conexión implicaría algo que recientemente Matthias Jestaedt ha rechazado, esto es, que la teoría de los principios de Alexy es una “teoría metodológica universal y un elemento esencial de los derechos fundamentales”.¹¹⁰ Jestaedt reconoce que, en algunas prácticas concernientes a los derechos fundamentales, existe una necesidad de ponderar;¹¹¹ no obstante, a su parecer, de ello no se sigue que los derechos fundamentales sean, en su propia esencia, principios.

En su réplica, Alexy considera que Jestaedt propone una versión que puede denominarse como la tesis de la contingencia, que establece que la conexión entre principios y proporcionalidad, por un lado, y entre principios y derechos fundamentales, por el otro, depende en exclusiva de la decisión específica de las autoridades políticas —sobre todo, los autores de la Constitución—. ¹¹² Entonces, los derechos fundamentales tendrían la estructura de principios solo si los autores de la Constitución los diseñan como tales en el derecho positivo o establecen como obligatorio el uso del criterio de proporcionalidad para la protección de los derechos.

Alexy cuestiona la tesis de la contingencia con un argumento que apoya la versión débil de la tesis de la necesidad conceptual. El razonamiento establece que los derechos fundamentales tienen una naturaleza dual, pues, por una parte, forman parte del derecho positivo y, por otra, también tienen una naturaleza ideal que “se mantiene, más allá de su positivización”. En su naturaleza ideal, son derechos humanos morales y abstractos, “principios sustantivos” que el poder constituyente convirtió en derecho positivo.¹¹³ Como derechos abstractos que “se refieren simple y llanamente a objetos como libertad e igualdad, vida y propie-

¹¹⁰ Jestaedt, Matthias, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 159 y 172.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 159.

¹¹² Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en Klatt, Matthias (ed.), *op. cit.*, pp. 332 y 333.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

dad, libertad de expresión y la protección de la personalidad”, estos objetos inevitablemente colisionan entre sí, lo que explica por qué la práctica de aplicación de los derechos fundamentales debe necesariamente solucionar las colisiones entre estos derechos humanos abstractos con el estatus ontológico de principios sustantivos. Finalmente, el principio de proporcionalidad es necesario para resolver dichas colisiones. Estas razones tocantes a la naturaleza de los derechos humanos, como principios abstractos sustantivos transformados en derecho positivo, hacen que el uso de proporcionalidad sea necesario para cualquier práctica de aplicación de los derechos fundamentales.

La postura defendida por Alexy da lugar a dos críticas, ambas dirigidas a la segunda parte de su tesis. Si se me permite, las llamaré, respectivamente, la crítica ontológica y la crítica metodológica. La primera consiste en que la postura de Alexy se basa fundamentalmente en la existencia de “principios sustantivos” detrás de los derechos fundamentales, la cual, sin lugar a dudas, probaría que hay una conexión conceptual necesaria entre principios y derechos fundamentales. Además, existen razones lingüísticas que hablarían en favor de la existencia de dichos “principios sustantivos”. El hecho de que las disposiciones constitucionales se refieran a conceptos como los de igualdad, libertad o debido proceso podría justificar la afirmación de que efectivamente existe algo llamado principio sustantivo de igualdad, libertad o debido proceso. Estos principios serían el objeto de las proposiciones expresadas por las disposiciones constitucionales. Ellos existirían en algo similar al Tercer Reino de Frege.¹¹⁴

Sin embargo, la tesis de Alexy no puede persuadir ni a escépticos que no descreen en esta idea ni a escépticos de la existencia de los derechos humanos como entidades morales abstractas pre-

¹¹⁴ Según Gottlob Frege, los pensamientos expresados por proposiciones tienen una existencia objetiva. Su existencia es independiente de la concepción que de ellos tengamos en nuestra mente. Frege defiende la idea de que los pensamientos existen en un “tercer reino”, el cual es independiente de los reinos mentales y físicos. Véase Frege, Gottlob, “Über Sinn und Bedeutung”, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100, 1892, pp. 25-50.

positivas y sustantivas.¹¹⁵ La mayoría de los teóricos actuales de los derechos humanos sostienen que estos derechos no existen objetivamente, sino que son el objeto de proposiciones éticas que promueven perspectivas acerca de qué derechos deben ser protegidos jurídicamente.¹¹⁶ Tampoco tiene capacidad de convencer a estos teóricos, por tanto, sería deseable encontrar una justificación para el uso de la proporcionalidad que pudiera aglutinar un consenso más extendido. Esta tesis constituiría una base más robusta para la tesis de la necesidad del principio de proporcionalidad y, de esta manera, justificar la migración de este principio.

La crítica metodológica consiste en afirmar que, aun si existiera un consenso acerca de la existencia de los principios sustantivos subyacentes a las disposiciones constitucionales, de ello no deriva necesariamente que las colisiones entre estos deban ser resueltas mediante la proporcionalidad. Puede haber —y de hecho las hay— prácticas constitucionales que utilizan herramientas metodológicas alternativas para resolver estas colisiones. El principio de proporcionalidad no es el único instrumento jurisprudencial disponible para la aplicación de los derechos fundamentales. La lista de criterios alternativos incluye: el análisis categórico utilizado en casos relativos a la primera enmienda de la Constitución estadounidense; el análisis concerniente a la existencia de un contenido esencial de derechos fundamentales (*Wesensgehalt*); las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales desarrollada por parte de la doctrina constitucional alemana y utilizada por un sector de la jurisprudencia; la doctrina británica atinente a la irrazonabilidad, y otros criterios del derecho de igualdad que se utilizan en el derecho constitucional estadounidense.¹¹⁷

¹¹⁵ La crítica de Bentham en contra de los derechos naturales es un conocido ejemplo de este escepticismo. Véase Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Londres-Edimburgo, Simpkin, Marshall & Co., pp. 1838-1843 (reimp. en Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. 2, vers. 230 y 730).

¹¹⁶ Sobre estas teorías vease Steiner, Hill, “Moral Rights”, en Copp, David (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 460.

¹¹⁷ Sobre los criterios jurisprudenciales alternativos al principio de proporcionalidad véase Barak, Aharon, “Proportionality and Principled Balan-

La existencia de estas prácticas probaría el hecho de que no hay una conexión conceptual necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.¹¹⁸ Puede haber —y efectivamente hay— protección de los derechos fundamentales sin el uso del principio de proporcionalidad. Esto significaría que la tesis de la necesidad conceptual no justifica la migración de la doctrina de proporcionalidad. Como consecuencia, no sería plausible sostener que es necesario importar el principio de proporcionalidad siempre que se quiera desarrollar una práctica de aplicación de derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad.

3.2. La necesidad normativa del principio de proporcionalidad

Con base en el análisis de las seis migraciones estudiadas en la primera parte, a continuación propongo una justificación, si se quiere más débil, para el trasplante del principio de proporcionalidad. El análisis demuestra que varias razones pueden justificar cada migración (3.2.1); no obstante, existe un común denominador a todas ellas, a saber, el uso del principio de proporcionalidad para resolver diferentes expresiones de la paradoja de la libertad. Basándome en este punto en común, defenderé la idea de que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales (3.2.2). Esta necesidad supera las críticas que pudieran asociarse con el trasplante del principio de proporcionalidad.

cing”..., *cit.*; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*, caps. 3 y 4.

¹¹⁸ Una refutación a este argumento puede ser que las prácticas constitucionales basadas en estos criterios alternativos esconden o enmascaran las exigencias del principio de proporcionalidad. No puedo discutir aquí esta línea argumentativa. Alec Stone Sweet y Jud Mathews sugieren algo similar respecto a diversos criterios del derecho constitucional estadounidense. Véase, de estos autores, “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 799-875.

3.2.1. *Algunas justificaciones particulares para la migración de la proporcionalidad a través de Europa*

Diversas razones justifican el hecho de que los tribunales europeos, las constituciones de los países de la región y los tratados de la Unión hayan hecho suyo el principio de proporcionalidad. Lo que, en la primera migración, justificó la institucionalización de la idea filosófico-política del principio de proporcionalidad en el derecho de policía prusiano —tal como Svarez la había pergeñado— fue la idoneidad de las exigencias asociadas a la proporcionalidad para resolver la paradoja de la libertad. Estas exigencias representaron una solución para la tensión creada cuando, por un lado, se autorizaba a la policía para limitar la libertad y, al mismo tiempo, se ordenaba que la libertad estuviese protegida frente a las limitaciones que se le impusieran. La solución consistía en que el poder de la policía para limitar la libertad solo podía extenderse a lo necesario.

En la segunda migración, la omnipresencia de la paradoja de la libertad en el derecho administrativo justificó la difusión de la proporcionalidad a lo largo de esta área del derecho. No solo las fuerzas policíacas, sino todas las autoridades administrativas tenían competencias para limitar las libertades individuales, si bien la intensidad de cada limitación debía perseguir un fin legítimo y solo podía extenderse en cuanto fuera necesario.

La constitucionalización de la paradoja de la libertad justificó la tercera migración de la proporcionalidad. La transformación de la libertad en un catálogo de derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana (1949), y en las posteriores constituciones de Europa continental de la posguerra, justificaron que los tribunales constitucionales hicieran suyo el principio de proporcionalidad, con el objeto de otorgar la más amplia protección a los derechos fundamentales después del Holocausto. El prestigio y la legitimidad asociados a la proporcionalidad fueron factores determinantes en esta migración, así como en la cuarta y quinta.¹¹⁹ El BVerfG, el TEDH, el TJUE y otros tribunales

¹¹⁹ Sobre este factor como justificación de los trasplantes judiciales véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants...”, *cit.*, pp. 1321 y ss.

constitucionales europeos (tales como el español y el portugués) buscaban usar el principio de proporcionalidad, a fin de romper con el reciente pasado autoritario, en un compromiso rotundo con la mayor protección posible de los derechos fundamentales y humanos.¹²⁰

Razones análogas justificaron la cuarta migración, que fue una consecuencia de la institucionalización de la libertad en la forma de derechos en el CEDH y en la forma de las cuatro libertades fundamentales de la Unión Europea. Además, la flexibilidad del principio de proporcionalidad, que permite a los jueces analizar las razones que juegan a favor de limitar los derechos, justificó su uso por parte del TEDH, con el objeto de evaluar si los Estados miembros habían sobrepasado el margen de apreciación.

Finalmente, las migraciones quinta y sexta encuentran su justificación en la supremacía del derecho europeo comunitario y el efecto vinculante de la jurisprudencia del TEDH. A fin de garantizar el cumplimiento por parte de los Estados con las obligaciones derivadas del CEDH y de normas legales y reglamentarias del derecho comunitario, los tribunales constitucionales y supremos nacionales hicieron suyo el principio de proporcionalidad para analizar las limitaciones sobre derechos convencionales y europeos.¹²¹

3.2.2. *Un común denominador*

Estas diversas justificaciones para la migración del principio de proporcionalidad a través de diferentes contextos tienen un punto en común. Se trata del empleo de la proporcionalidad con el

¹²⁰ Como lo subraya Vicki C. Jackson, la idea del principio de proporcionalidad capta la intención de alcanzar la justicia en relación con el ejercicio de poderes políticos y la libertad de los individuos. Véase Jackson, Vicki C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 63.

¹²¹ Consúltese, por ejemplo, el caso *Lustig-Prean and Beckett vs. United Kingdom*, 1999, ECHR. Para un análisis del mismo véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right?..., *cit.*”, pp. 137 y ss.

objeto de resolver varias expresiones de la paradoja de la libertad. Esta paradoja filosófico-política tiene lugar en el derecho administrativo, en el derecho constitucional, en el derecho europeo de derechos humanos y en el derecho europeo comunitario. En todas estas áreas, las autoridades están facultadas para limitar los derechos y, al mismo tiempo, proteger estos derechos de limitaciones. Los jueces utilizan el principio de proporcionalidad para garantizar que dichas restricciones sean legítimas, idóneas, necesarias y moderadas.

Indudablemente, también es posible emplear criterios alternativos para resolver la paradoja de la libertad. Los análisis categóricos y las teorías internas de los derechos fundamentales restringen el ámbito normativo de los derechos a un contenido limitado, de tal manera que las autoridades políticas están facultadas para llevar a cabo cualquier acción, siempre y cuando no tenga que ver con las posiciones jurídicas protegidas en dicho ámbito.¹²² El contenido esencial de los derechos (*Wesensgehalt*) establece un contenido mínimo de cada uno de ellos, que no puede ser objeto de limitación alguna.¹²³ Finalmente, el principio de razonabilidad permite toda clase de limitaciones a los derechos, a menos que estas traspasen cierto umbral de irracionalidad que las haga inadecuadas e incomprensibles.

En este punto surge una interesante pregunta: ¿existe alguna justificación para que los tribunales europeos hayan trasplantando el principio de proporcionalidad y no algún otro de estos criterios alternativos?

A continuación, defenderé la tesis según la cual, la justificación de este hecho estriba en que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales. Para fundamentar esta tesis, quisiera

¹²² Sobre el control de los derechos fundamentales por medio de análisis categóricos (con especial referencia al derecho estadounidense) véase Barak, Aharon, "Proportionality (2)... *cit.*", pp. 752 y ss. Sobre las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales véase Müller, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, p. 23.

¹²³ Para una explicación y crítica de esta teoría véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, *cit.*, pp. 192 y ss.

ofrecer el siguiente argumento en tres pasos y la conclusión que de ellos deriva:

- i) Es necesario normativamente adoptar un medio si se cumplen dos condiciones: 1) que sea el mejor medio para alcanzar un fin, o que sea el mejor medio disponible para alcanzar un fin (y el medio no esté prohibido), y 2) que el fin deba ser perseguido.¹²⁴
- ii) La protección de los derechos fundamentales tiene lugar en ciertas circunstancias particulares en las que los jueces deben velar por ciertos valores (fines) derivados del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de derecho.
- iii) Existen diversos criterios (medios) disponibles que los jueces pueden emplear para velar por estos valores. En comparación con las alternativas, el principio de proporcionalidad alcanza el fin perseguido en el mayor grado posible (es el mejor medio para dicho fin).

Conclusión: si se tiene en cuenta que iii) cumple la condición i-1) y ii) la condición i-2), el uso del principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales.

Una explicación de ii) y iii) es la siguiente:

ii) Las circunstancias de aplicación de los derechos fundamentales

La protección de los derechos humanos tiene lugar bajo ciertas circunstancias,¹²⁵ que incluyen los siguientes hechos:

¹²⁴ El principio kantiano según el cual “Quien quiere el fin quiere los medios” puede dar ciertas bases teóricas para este concepto de la necesidad normativa sobre el que no puedo abundar en este artículo. Sobre este principio véase Kant, Immanuel, “Foundations of the Metaphysics of Morals”, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, trad. de L. W. Beck, Chicago, University of Chicago Press, 1949, p. 417.

¹²⁵ Estas circunstancias son análogas a las circunstancias de justicia de John Rawls. Véase, de este autor, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press ed. revisada, 1999, p. 109. En una sociedad constitucional existe una continuidad entre las circunstancias de justicia y las del control de la constitucionalidad. No puedo explorar esta continuidad en el presente trabajo.

1. Los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los ideales políticos de libertad e igualdad en la forma de disposiciones constitucionales.
2. Las disposiciones de los derechos fundamentales son vagas, ambiguas, evaluativamente abiertas y tienen textura abierta, por cuanto son el resultado de fórmulas dilatorias. Su alcance y contenido se refiere a la manera en que la comunidad política protegerá la libertad y la igualdad. No obstante, los redactores de la Constitución no han definido de manera precisa dicho alcance y contenido —como señalara Carl Schmitt— mediante una “determinación objetiva”. En lugar de eso, los constituyentes utilizaron fórmulas dilatorias capaces de incluir “todas las pretensiones contrapuestas”.¹²⁶
3. Estas fórmulas dilatorias dan lugar a colisiones entre pretensiones contrapuestas que los tribunales deben resolver para proteger los derechos fundamentales.
4. De 1), 2) y 3) se sigue que puede haber incertidumbre y desacuerdos en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales, y en la manera en que se resuelve su colisión.¹²⁷
5. En una democracia, el legislador tiene en principio la competencia para determinar el y contenido y el alcance de los derechos y resolver las colisiones. La manera en que lo hace es mediante la introducción de limitaciones a los derechos fundamentales.
6. Si existe control de constitucionalidad, los jueces están facultados para analizar las limitaciones a los derechos fundamentales en el contexto de desacuerdos descritos en 5); esto implica que los jueces deban tomar decisiones respecto de las distintas pretensiones en colisión
7. Los jueces necesitan utilizar criterios jurídicos, como el principio de proporcionalidad u otros criterios alternativos, para fundamentar sus decisiones respecto del conte-

¹²⁶ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 85.

¹²⁷ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale L. J.*, vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.

nido de los derechos fundamentales, las colisiones entre ellos y la validez de las limitaciones que el legislador ha impuesto a los derechos.

Dadas estas circunstancias, es imposible imaginar la existencia de algún criterio objetivo para la protección de los derechos fundamentales, es decir, un criterio que otorgue respuestas que no den lugar a incertidumbre o a desacuerdos. Esto no solo es cierto respecto del principio de proporcionalidad sino de los criterios alternativos; no obstante, ello no implica que todo lo que queda es arbitrariedad o decisionismo. En los sistemas jurídicos europeos (y en otras naciones), la protección de los derechos fundamentales en la Constitución va de la mano de ciertos valores que emanan del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de derecho. Esos valores son racionalidad, imparcialidad, no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones futuras, respeto por la separación de poderes, legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad y la prioridad de los derechos fundamentales.

La democracia deliberativa implica la existencia de los valores de racionalidad e imparcialidad. Las decisiones políticas que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. En dicho proceso, es necesario justificar todas las decisiones políticas y adoptarlas por medio de un intercambio público de argumentos “defendidos por todos los participantes que defienden los valores de racionalidad e imparcialidad”, y en el que todos los afectados por la decisión puedan participar de manera directa o indirecta a través de sus representantes.¹²⁸ En este contexto, el principio de imparcialidad exige otorgar “una adecuada consideración a los intereses de todos los posibles afectados”;¹²⁹ y el de racionalidad se refiere

¹²⁸ Elster, Jon, “Introduction”, en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 8. Véase también Gutman, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

¹²⁹ Sobre el concepto de imparcialidad y su crítica: Jollimore, Troy, “Impartiality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>

a ciertas exigencias que deben cumplir las decisiones judiciales. Aunque no existe un consenso acerca de estas exigencias, es generalmente aceptado que, para ser racional, una decisión judicial debe ser justificada conforme a derecho. Esto sucede cuando la justificación se expresa de manera conceptualmente clara y en términos consistentes, y cuando se cumplen las exigencias de respaldo por premisas completas y exhaustivas, respeto de la lógica y de las cargas de la argumentación que sean relevantes.¹³⁰

El Estado de derecho implica el principio de no arbitrariedad, la previsibilidad de las decisiones de los jueces y de las autoridades políticas, el respeto a la separación de poderes y la imparcialidad. De acuerdo con el principio del Estado de derecho,¹³¹ las decisiones judiciales de protección de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias y deben poder fundamentarse en razones plausibles. Además, deben ser previsibles, de tal manera que individuos y autoridades puedan conocer el derecho aplicable. Aunado a ello, deben respetar la integridad de las competencias de las autoridades políticas¹³² y, en particular, ser el resultado de un ejercicio legítimo del poder judicial que respete los márgenes de discrecionalidad de los representantes del pueblo en la toma de decisiones políticas.

En una democracia representativa, la legitimidad asociada con la representación política mitiga la falta de certeza acerca de la idoneidad de las decisiones políticas y de las valoraciones normativas y empíricas relevantes que la adopción de tales decisiones implica. Por último, en el constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales tiene prioridad sobre otros bienes e intereses políticos colectivos e individuales.

¹³⁰ Véase Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing...”, *cit.*

¹³¹ Sobre la afirmación según la cual el Estado de derecho excluye la arbitrariedad véase Krygier, Martin, “Rule of Law”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *op. cit.*, pp. 235 y 241. Véase también Allan, Trevor Robert Seaward, “Constitutional Rights and the Rule of Law”, en Klatt, Matthias (ed.), *op. cit.*, p. 137.

¹³² Trevor Robert Seaward Allan sostiene que cuando el Estado de derecho se interpreta como un principio del constitucionalismo, implica el principio de separación de poderes. Véase del autor *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, cap. 2.

iii) La proporcionalidad como el mejor criterio

Esto nos conduce al último paso del argumento. El uso de este criterio faculta a los jueces para velar por los valores antes mencionados en mayor grado, en comparación con otros instrumentos.

En este punto, el argumento que defiende la necesidad normativa del principio de proporcional se basa en la justificación en abstracto de su utilización y en la crítica a los instrumentos alternativos.¹³³ Existe una importante literatura acerca de estos dos aspectos. El principio de proporcionalidad protege la prioridad de los derechos fundamentales en mayor grado que el principio británico de razonabilidad.¹³⁴ Más aún, a diferencia del criterio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y transparente.¹³⁵ Este principio también es más imparcial y transparente que los análisis categóricos y que las teorías internas de los derechos fundamentales. Es un criterio con una estructura que de forma abierta tiene en cuenta todas las razones jurídicas, metodológicas y morales a favor y en contra de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, así como los intereses de todas las partes que pueden verse afectadas por dicha limitación.¹³⁶ De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales, al mismo tiempo que impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los de-

¹³³ Sobre esta defensa véase Barak, Aharon, *Proportionality...*, cit., pp. 482-516.

¹³⁴ Como sostuvo lord Diplock, en el caso *GCHQ*, el criterio de razonabilidad exige una clase de irracionalidad que solo puede tener lugar en una “decisión que sea tan atroz en su oposición con la sana lógica y la moral, que ninguna persona sensata pudiera haber llegado a esa conclusión”. La exigencia de este grado extremo de irracionalidad socava la prioridad de los derechos fundamentales. Véase *Council of Civil Service Unions vs. Minister for the Civil Service*, 1985, 1 AC 410.

¹³⁵ Véase Barak, Aharon, *Proportionality...*, cit., pp. 375 y ss., 460 y ss.

¹³⁶ Véase Möller, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *I-CON*, vol. 3, núm. 10, 2012, pp. 717, 726; Panaccio, Carles-Maxime, “In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication”, *Can. J. L. Juris.*, vol. 24, 2011, pp. 109-128; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *op. cit.*, p. 77.

rechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.¹³⁷ Por el contrario, las teorías categóricas e internas y la idea de los derechos como triunfos se preocupan únicamente por uno de los factores relevantes en el análisis de constitucionalidad, esto es, determinar si la esfera de la libertad que ha sido limitada por el Estado se encuentra o no protegida por algún derecho fundamental.¹³⁸ Asimismo, las teorías absolutas del contenido esencial de los derechos reducen el análisis de constitucionalidad a la pregunta de si existe una limitación de dicho contenido. El análisis conceptual del lenguaje de la Constitución no puede dar cuenta de cuál es el contenido de los derechos fundamentales ni puede abarcar una deliberación acerca de todas las razones concernientes a la constitucionalidad de sus limitaciones.¹³⁹ Paradójicamente, el uso de análisis conceptual para estos fines lleva a una menor protección de los derechos fundamentales.¹⁴⁰ Además, el principio de proporcionalidad es más respetuoso de la separación de poderes y la democracia representativa, y hace posible que las autoridades judiciales lleven a cabo el control de constitucionalidad en una manera más legítima que los criterios alternativos. Su estructura permite la inclusión de un análisis de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades políticas.¹⁴¹ Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo.¹⁴²

¹³⁷ Véase Kumm, Matthias, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010, pp. 142-175.

¹³⁸ Tushnet, Mark, “Comparative Constitutional Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1251.

¹³⁹ Véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., pp. 192 y ss.

¹⁴⁰ Barak, Aharon, *Proportionality...*, cit., pp. 515 y ss.

¹⁴¹ Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., pp. 394 y ss.; Rivers, Julian, “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, Nicholas (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 108; Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *I-CON*, vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 69-105.

¹⁴² Barak, Aharon, *Proportionality...*, cit., pp. 465 y ss.

Por último, su empleo continuo da lugar a resultados previsibles. Con el tiempo, las decisiones judiciales que utilizan este criterio construyen una red de precedentes que dan cuenta de las razones por las que cierto tipo de medidas son inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas en sentido estricto. Esto permite que los derechos fundamentales sean aplicados de manera consistente y coherente.

Por otra parte, la necesidad normativa del principio de proporcionalidad tiene un mayor peso que las objeciones que el trasplante de este principio puede suscitar. Su necesaria conexión normativa con valores basados en el constitucionalismo, la democracia y el Estado de derecho hace poco plausible considerar que la migración de este principio sea contraria a la democracia, o que solo sea una estrategia judicial para manipular el contenido de la Constitución. Finalmente, su naturaleza estructural permite que surjan diferentes concepciones del mismo que se ajusten a distintos contextos.¹⁴³ Esto hace posible reconocer márgenes nacionales de discrecionalidad específicos a cada jurisdicción,¹⁴⁴ así como también que este criterio pueda usarse de consuno con otros criterios y conceptos jurídicos locales que no le sean incompatibles.¹⁴⁵

BIBLIOGRAFÍA

ALEINIKOFF, Thomas Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale L. J.*, vol. 96, 1987.

ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002.

—, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

¹⁴³ Por ejemplo, véase una comparación entre el principio de proporcionalidad canadiense y alemán en Grimm, Dieter, *op. cit.*

¹⁴⁴ Sobre proporcionalidad y específicos márgenes discrecionales véase Rivers, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, p. 175.

¹⁴⁵ Para una defensa de este tipo véase Kumm, Mattias, "What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right?...", *cit.*, pp. 137 y ss.

- , “Comments and Responses”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- , “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *REDC*, vol. 91, 2011.
- , “Constitutional Rights and Proportionality”, *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010.
- , “On the Concept and the Nature of Law”, *RJ*, vol. 21, núm. 3, 2008.
- , “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I·CON*, vol. 3, 2005.
- , “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *RJ*, vol. 16, núm. 4, 2003.
- ALFORD, Roger P., “In Search of a Theory for Constitutional Comparativism”, *UCLA L. Rev.*, vol. 52, 2004-2005.
- ALLAN, Trevor Robert Seaward, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- , “Constitutional Rights and the Rule of Law”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2001.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- , “Proportionality (2)”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- , “Proportionality and Principled Balancing”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010.
- BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- , “Law’s Golden Rule”, en PALOMBELLA, Gianluigi y WALKER, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009.

- BECCARIA, Cesare, *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria's "Dei Delitti E Delle Pene"*, 2a. ed., trad. de James Anson Farrer, Londres, Chatto & Windus, 1880.
- BENTHAM, Jeremy, "Anarchical Fallacies", en BOWRING, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Londres-Edimburgo, Simpkin, Marshall & Co. (reimp. en Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. 2).
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, vol. 92, núm. 2, 2006.
- BOMHOFF, Jacco, "Genealogies of Balancing as Discourse", *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010.
- BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie - Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.
- , "Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, vol. 1, 2007.
- BRAIBANT, Guy, "Le principe de proportionnalité", en *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, París, L.G.D.J., 1974.
- BRAMMER, Gernot, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht*, Aquisgrán, Shaker, 2000.
- BÚRCA, Grainne de, "Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law", *EPL*, vol. 3, núm. 4, 1997.
- CHODRI, Sujit, "Migration in Comparative Constitutional Law", en CHODRI, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

- COSTA LEÃO, Anabela, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*, Coimbra, Almedina, 2001.
- CRAIG, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, en Ellis, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.
- DAHLINGER, Erich, “Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?”, *DöV*, 1966.
- DROUGHENBROECK, Sébastien van, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- ELSTER, Jon, “Introduction”, en ELSTER, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres-La Haya-Boston, Kluwer, 1996.
- EMMERICH-FRITSCHKE, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtsetzung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000.
- ENCHELMAIER, Stefan, “Four Freedoms, How Many Principles?”, *Oxford J. Legal. Stud.*, núm. 24, 2004.
- FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, *Cdp*, vol. 5, 1998.
- FAVRET, Jean-Marc, “La primauté du principe communautaire de proportionnalité sur la loi nationale”, *RFDA*, vol. 2, 1997.
- FELDMAN, David, “Proportionality and the Human Rights Act”, en ELLIS, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dykinson, 2009.
- FERREIRA PROVA CANAS, Vitalino José, “O Princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações”, en MIRANDA, Jorge (coord.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 1996, vol. II.

- FREGÉ, Gottlob, “Über Sinn und Bedeutung”, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100, 1892.
- GALETTA, Diana Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1998.
- GARDBAUM, Stephen, “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010.
- GEORGIADOU, Anna N., “Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne”, *ARSP*, vol. 4, 1995.
- GOESEL-LE-BIHAN, Valérie, “Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel”, *RFDC*, vol. 30, 1997.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003.
- GREER, Steven, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford J. Legal. Stud.*, vol. 23, 2003.
- GRIMM, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *U. Tor L. J.*, vol. 57, 2007.
- GUTMA, Amy y THOMPSON, Dennis, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. de William Rehg, Cambridge, MIT Press, 1996.
- HARBO, Tor-Inge, “The Function of the Principle of Proportionality in EU Law”, *ELJ*, vol. 2, núm. 16, 2010, pp. 171 y ss.; Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín, Dunker & Humblot, 2003.
- HICKMAN, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, *Cam. L. J.*, vol. 1, núm. 63, 2004.

- HICKMAN, Tom R., “The Substance and Structure of Proportionality”, *PL*, vol. 4, 2008.
- HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttinga, Otto Schwartz & Co., 1981.
- HOLLÄNDER, Pavel, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- HUBER, Hans, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, en LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter y WIEDEMANN, Herbert (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín-Nueva York, W. de Gruyter, 1979.
- JACKSON, Vicki C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- , “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- , “Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law”, *Const. Commentary*, vol. 21, 2004.
- JACOBS, Francis Geoffrey, “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, en ELLIS, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.
- JAKOBS, Michael Ch., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *DVBl*, 1985.
- JANS, Jan H., “Proportionality Revisited”, *LIEI*, vol. 3, núm. 27, 2000.
- JESTAEDT, Matthias, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- JOLLI MORE, Troy, “Impartiality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>

- KANT, Immanuel, “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, en REISS, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. de H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- , “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’”, en REISS, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. de H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- , “Foundations of the Metaphysics of Morals”, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, trad. de L. W. Beck, Chicago, University of Chicago Press, 1949.
- KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KLATT, Matthias y SCHMIDT, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *I-CON*, vol. 1, núm. 10, 2012.
- KRAUSS, Rupprecht von, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburgo, Appel, 1955.
- KRYGIER, Martin, “Rule of Law”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KUMM, Mattias, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *L&EHR*, vol. 1, núm. 4, 2010.
- , “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, en PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- , “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *I-CON*, vol. 2, núm. 3, 2004.
- KURT, Furgler, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht”, *ZSR*, vol. II, núm. 97, 1978.
- LERCHE, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia et al., Carl Heymanns, 1961.

- LETSAS, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford J. Legal. Stud.*, vol. 26, 2006.
- LEVITSKY, Jonathan E., “The Europeanization of the British Legal Style”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, ed. de Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- LOHMANN, Hans Henning, “Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im Verhältnismäßigkeit”, *AöR*, núm. 110, 1975.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cdp*, vol. 5, 1998.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht (1895)*, Berlín, Dunker & Humblot, 2004, vol. I.
- MCBRIDE, Jeremy, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, en ELLIS, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.
- MERKL, Adolf Julius, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Berlín, Springer, 1927.
- MICHAEL, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, vol. 9, 2001.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *I-CON*, vol. 3, núm. 10, 2012, pp. 717, 726; PANACCIO, Carles-Maxime, “In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication”, *Can. J. L. Juris.*, vol. 24, 2011.
- MORRONE, Andrea, “Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness”, en BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009.
- MÜLLER, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.
- ORFANOUDAKIS, Sarantis K. y KOKOTA, Vasiliki, “The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences”, *HREL*, vol. 4, 2007.

- PERJU, Vlad, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- , “Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order”, *Constellations*, vol. 12, 2005.
- PHILIPPE, Xavier, “El principio de proporcionalidad en el derecho público francés”, *Cdp*, vol. 5, 1998.
- , *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990.
- POLLAK, Christiana, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden, Nomos, 1991.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press ed. revisada, 1999.
- RAZ, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, en GOLDING, Martin P. y EDMUNDSON, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005.
- REMMERT, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995.
- RIVERS, Julian, “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en TSAGOURIAS, Nicholas (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- SADURSKI, Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2005.
- , “Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?”, *Israel L. Rev.*, vol. 3, núm. 42, 2009.
- SANDULLI, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padua, Cedam, 1998.

- , “Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati”, *RTDP*, vol. 2, 1995.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SAUNDERS, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006.
- SCACCIA, Giuseppe, *Gli ‘strumenti’ della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000.
- SCHEPPELE, Kim Lane, “Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models”, *I·CON*, vol. 2, núm. 1, 2003.
- SCHLINK, Bernhard “Proportionality (1)”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008.
- SNELL, Jukka, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- STEINER, Hill, “Moral Rights”, en COPP, David (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- STELMACH, Jerzy; BROŻEK, Bartosz y ZAŁUSKI, Wojciech (eds.), *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, trad. de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, Cracovia, Jagiellonian University, 2007.
- STELZER, Manfred, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Viena, Springer, 1991.
- STERN, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots”, en BADURA, Peter y SCHOLZ, Rupert (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1993.

- STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich, C. H. Beck, vol. 1, 1988.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011.
- , “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia J Transl Law*, vol. 47, 2008.
- SUEUR, Andrew le, “The Rise and Ruin of Unreasonableness”, *JR*, vol. 10, 2005.
- SVAREZ, Carl Gottlieb, “Vorträge über Recht und Staat”, en CONRAD, Hermann y KLEINHEYER, Gerd (eds.), *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Colonia-Opladen, Westdeutscher, 1960, vol. 10.
- TEITGEN, Francis, “Le principe de proportionnalité en droit français”, en Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (ed.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnungen*, Heidelberg, C. F. Müller, 1985.
- TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *I·CON*, vol. 3, núm. 7, 2009.
- TUSHNET, Mark, “Comparative Constitutional Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- VILLAMENA, Stefano, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milán, Giuffrè, 2008.
- WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale L. J.*, vol. 115, 2006.
- , “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005.

- WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- , “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Can. J. L. Juris.*, vol. 23, 2010.
- WIEACKER, Franz, “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung”, en LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter y WIEDEMANN, Herbert (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín-Nueva York, W. de Gruyter, 1979.
- XYNOPOULOS, George, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, L.G.D.J., 1995.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988.
- ZIMMERLI, Ulrich, “Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht’”, *ZSR*, vol. II, núm. 97, 1978.

La teoría de los principios y el control de constitucionalidad y convencionalidad

*Pablo G. López Ruf**

I. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo nos proponemos exponer la significación de la teoría de los principios del profesor Robert Alexy en el proceso de hacer efectivos el control de constitucionalidad y de convencionalidad, con especial referencia a la Constitución Nacional argentina (CN) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ello toda vez que la CN, en su artículo 75, inciso 22, incorporó en su texto a la CADH, la que tiene jerarquía constitucional, no deroga artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución Argentina y debe entenderse como complementaria de los derechos y garantías en ella reconocidos.

En el sistema jurídico argentino, dado lo prescrito en el citado artículo 75, inciso 22, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y el poder judicial en su conjunto) debe hacer, simultáneamente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de las leyes, sentencias o actos de los poderes públicos.

Para que proceda el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, sentencias o actos de los poderes públicos, el sistema jurídico argentino requiere que: *i*) se plantee en

* Profesor consulto de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

un caso concreto; *ii*) se configure un agravio o perjuicio cierto y, si procede, *iii*) se concluya con la declaración de inconstitucionalidad o incompatibilidad de la ley, sentencia o acto cuestionadas en el caso con las normas y principios de la CN y de la CADH.

Los controles de constitucionalidad y convencionalidad reconocen variados fundamentos. Sin ser exhaustivos, mencionamos los más relevantes:

- a) tanto la CN como la CADH otorgan derechos fundamentales o convencionales, que pueden ser distinguidos en individuales (de defensa), prestaciones (de protección) o derechos de incidencia colectiva (de defensa y protección, simultáneamente);
- b) para garantizar el efectivo cumplimiento de estos derechos, la teoría de la supremacía de la Constitución o Convención (o de la estructura gradual del sistema jurídico) atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en el ámbito nacional, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el ámbito de su vigencia;
- c) la competencia atribuida a la Corte o tribunales no implica interferencia en la división de poderes, ya que el ejercicio de las atribuciones del poder legislativo —o Parlamento—, del poder judicial o del poder administrativo puede afectar los derechos que la CN o la CADH otorgan a las personas;
- d) el ejercicio de la competencia atribuida a la CSJN o a la Corte IDH no configura una afectación de las competencias de un poder elegido con base en el principio de la mayoría, como ha sido sostenido por la doctrina;¹
- e) su elección no se basa en el principio mayoritario, la competencia asignada del control de constitucionalidad o convencionalidad se orienta a tutelar los derechos de los individuos, de los grupos, o de los titulares de derechos de incidencia colectiva, frente a su afectación, y

¹ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Traducción con el título *Ley y desacuerdos* por José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- f) la sentencia de la CSJN o de la Corte IDH —norma o principio individual (para el caso)— que declara la compatibilidad o la incompatibilidad de una ley, sentencia o acto, debe hacerlo justificando o fundamentando (los términos se utilizan con idéntico sentido) la “concordancia” o “no concordancia” de la solución dada al caso con las disposiciones de la Constitución o de la Convención, o sea, sobre lo que ambas permiten, obligan o prohíben.

Este ensayo expone la significación de la teoría de los principios como una de las posiciones relevantes del razonamiento práctico-jurídico para justificar o fundamentar los enunciados de “concordancia” o “no concordancia” implicados en la decisión judicial que la declara. En la tesis del profesor Alexy, esta tarea se realiza por la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual se estructura en tres subprincipios: el de adecuación o de idoneidad; el de benignidad o necesidad, y el de proporcionalidad propiamente dicho.

Media una extensa discusión filosófica y teórica sobre la teoría de los principios en los últimos años. Nuestra pretensión es exponer la teoría y mostrar su aplicación a un caso de la CSJN argentina, dejando las discusiones suscitadas para próximos trabajos.

II. LA NOCIÓN DE PRINCIPIO EN LA TEORÍA DE ALEXY

2.1. La noción de principio en la teoría del derecho

La noción de principio en la teoría del derecho ha sido ambigua, porque en un mismo contexto se le han asignado diversos significados. Así, Kelsen los consideraba principios del derecho natural y negaba que los mismos tuvieran significación jurídica. El derecho —sostenía— es un sistema de normas que se caracterizan por su coactividad.²

Esser, por su parte, consideraba que los principios eran principios morales absolutos, es decir, aquellos que son comunes a todo sistema jurídico. En este sentido, este autor era un expo-

² Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz, 1979.

nente de una versión del iusnaturalismo que se identificó con la teoría de la naturaleza de las cosas.³

En Hart encontramos una doble caracterización de los principios. Primero, en su famosa polémica con Füller respecto a si hay una relación necesaria entre derecho y moral⁴ (en la que apoyó la tesis negatoria), sostuvo que el juez, cuando se encuentra en la zona de la penumbra (por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje normativo), no solo puede acudir a principios de la moral social (relativos y cambiantes) para dilucidar el sentido de las normas, sino que también puede decidir, de acuerdo con metas o propósitos de la sociedad, objetivos sociales o criterios de conveniencia. De este modo, concluye que la relación entre derecho y moral es contingente y depende de la discrecionalidad del juez. Como puede verse, en esta primera versión, Hart diferencia entre reglas y principios. Hay, sin embargo, una segunda versión del mismo autor en torno a los principios que tiende a identificarlos con las reglas. Afirma que no hay una diferencia lógica o estructural entre el concepto de regla y el de principio, sino que se trata de dos clases de reglas: las concluyentes y las no concluyentes.⁵ No obstante, Hart reconoce que en su obra temprana no profundizó en la indagación de los principios, en miras de justificar alguna de estas dos posturas.

Dworkin⁶ revisa la tesis hartiana y propone dos conceptos de principio. El primero es negativo (es decir, lo define por lo que no es) y lo caracteriza como “estándares que no son normas”. En este sentido, no precisa sus propiedades relevantes, sino que

³ Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts)*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.

⁴ Hart, Herber L. A., “Positivism and the separation of Law and Moral”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 598. Traducción con el título *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, por Genaro Carrió, Buenos Aires, De Palma, 1964, cap. I, pp. 1-64.

⁵ Hart, Herbert L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, en Bulloch, Penélope A. y Raz, Joseph (eds.), México, UNAM, 2000, p. 29.

⁶ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co Ltd. Traducción con el título *Los derechos en serio*, por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, cap. II (“El Modelo de las Normas”), pp. 72 y ss.

solo se limita a decir que no son normas. Como puede notarse, se aparta de la tesis de Kelsen y del último Hart (que hasta ese entonces no había sido formulada). Entre los estándares que no son normas distingue dos clases: *i)* las directrices o políticas, y *ii)* los principios. En las primeras incluye estados de cosas u objetivos a ser alcanzados por la sociedad, como también la protección o preservación de un estado de cosas actual a ser protegido. Los principios son definidos de modo positivo como una “exigencia de justicia o de otra dimensión de la moralidad”.

En esta caracterización coincide con Esser y el primer Hart, pero se diferencia de ellos por el concepto de moral, pues la distingue en dos tipos: la moral social o convencional y la moralidad concurrente. La moralidad es concurrente cuando la razón de su aceptación no se basa en la coincidencia de prácticas, sino en la aceptación de las razones presupuestas en esas prácticas, que pueden *i)* justificarlas y *ii)* evaluarlas positiva o negativamente. En síntesis, Dworkin entiende a la moral como aquellos principios que justifican o permiten criticar las prácticas sociales.

Señala una diferencia estructural entre los principios y las reglas, que sintetiza en dos características: las reglas tienen un esquema binario, se aplican o no al caso. En cambio, los principios orientan una decisión en una situación de incertidumbre; no son obligatorios, su aplicación resulta de su aptitud para justificar mejor a una decisión. La segunda característica que los distingue es el modo en que se solucionan sus conflictos. Los que se dan entre reglas se resuelven de acuerdo con criterios de jerarquía o grado de las normas o, en caso de que el conflicto se presente entre reglas del mismo grado, según los cánones jurídicos que indican que la ley posterior deroga a la anterior y la ley especial deroga a la general, etc. El conflicto de principios se resuelve, según Dworkin, sobre la base del peso que tenga el principio seleccionado, entendiendo por peso la mejor justificación que puede ofrecerse para la solución del caso. Para determinar el peso de los principios, acude al recurso de idea del juez Hércules; pero, justamente, en esta apelación a un recurso ideal se encuentra una de las debilidades de la teoría de los principios de Dworkin, porque si bien exige al juez un esfuerzo para la búsqueda de la justificación racional de los principios, no ha desarrollado ningún

criterio para seleccionar entre los principios en competencia. En este sentido, su teoría no ha podido desprenderse de la tesis de la discrecionalidad.⁷

2.2. La noción de principio en Alexy

a) *En su obra temprana*

Una primera aproximación sobre el desarrollo de la teoría de los principios de Alexy permite afirmar que no aparece tratada en su primera obra *Teoría de la argumentación jurídica*.⁸ Así ha sido reconocido por el autor en la entrevista que le realiza Manuel Atienza al final de su segunda pregunta, a la que respondió: “[...] Esta debilidad expresa con claridad que en mi tesis los principios aparecían definidos exclusivamente con un nivel de gran generalidad [...]. Por ello quedaba todavía oculto su verdadero carácter”.⁹

b) *Con posterioridad*

Si bien Alexy conoce con precisión los desarrollos en torno a los principios en la teoría alemana, europea y anglosajona, el desarrollo de su teoría parte de un diálogo crítico con la teoría de Dworkin. Si bien hay coincidencias en la teoría de los principios de ambos, relacionadas con la función relevante que cumplen los principios en los sistemas jurídicos abiertos, en los que se pre-

⁷ Pertenece a Martín Farrel esta reflexión que me hiciera en la ponencia expuesta en el Congreso Mundial organizado por la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho IVR, en la sesión plenaria paralela, compartida con el profesor Werner Krawietz, titulada “El derecho y la moralidad pública”, Nueva York, junio de 1999.

⁸ Alexy, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1978. Traducción con el título *Teoría de la argumentación jurídica*, por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁹ Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001, p. 672.

sentan casos duros o dudosos, median entre ellos diferencias relevantes que tratamos de sintetizar.

En primer lugar, difieren en la conceptualización de los principios. Para Alexy, estos últimos son normas, una clase de normas y no principios morales críticos. Por eso no extraña que la teoría de los principios sea formulada al inicio de la obra *Teoría de los derechos fundamentales*,¹⁰ cuando se ocupa del problema de la estructura de las normas que prescriben a estos derechos. A estos distintos tipos de normas atribuye significativas funciones para la resolución de algunos de los problemas centrales de la dogmática constitucional y de la teoría y filosofía del derecho, entre ellos: *i)* el problema de los límites de los derechos fundamentales; *ii)* del efecto en terceros; *iii)* de la asignación de competencias al Parlamento y al Tribunal Constitucional o Corte Suprema de Justicia; *iv)* del marco para una teoría formal y sustancial de los derechos fundamentales; *v)* de la estructura del sistema jurídico, y *vi)* de la relación entre moral y derecho.

Las normas de derecho fundamental se clasifican en reglas y principios o, como años después precisara, existen “dos construcciones diferentes sobre los derechos fundamentales, la construcción como reglas y la construcción como principios”,¹¹ lo cual exige su distinción conceptual.

Las ideas que a continuación desarrollamos han sido tomadas de las distintas obras y ensayos de Alexy que se mencionan en la nota al pie y de otros autores que han trabajado sobre los mismos.¹² En ellas se especifican las distinciones entre ambos

¹⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986. Traducción con el título *Teoría de los derechos fundamentales* por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹¹ Alexy, Robert, “Die Konstruktion von Grundrechten”, en Clérico, Laura y Siekmann, Jan-R. (comps.), *Grundrechte Prinzipien un Argumentation Studien sur Rechtstheorie Robert Alexy*, Baden-Baden, Nomos, 2009. Traducción con el título “La construcción de los derechos fundamentales”, por Laura Clérico y Jan-R. Siekmann, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.

¹² Véanse las siguientes obras de Robert Alexy: “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. Anuario 2014”, *Parlamento y Constitución*, núm. 16, 2014; “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos*

conceptos. Las reglas son definidas como normas (mandatos [*commands*]) definitivas que se caracterizan por su determinación. Esta propiedad implica que las reglas prescriben sus condiciones de aplicación (C) y consecuencias jurídicas (R). Su forma de aplicación es la subsunción. Si concurren sus condiciones de aplicación, permiten, obligan o prohíben una conducta o estados de cosas de modo definitivo, o autorizan o confieren facultades a su titular definitivamente para hacer algo, o abstenerse de hacerlo. Por ello, se les denomina *mandatos definitivos*. Se expresan de la siguiente manera: $C \rightarrow R$. Como consecuencia, las reglas *a*) solo pueden ser o no ser cumplidas; *b*) prescriben determinaciones fácticas, y *c*) también prescriben determinaciones jurídicas.

Los principios son definidos como normas (mandatos [*comands*]) de optimización que prescriben que algo (una acción o un estado de cosas) sea realizado en la mayor medida posible conforme a las condiciones fácticas y jurídicas en que se aplican, lo que implica que su cumplimiento es gradual, dependiendo su aplicación de las posibilidades de hecho existentes y jurídicas, estas últimas determinadas por otras reglas y por otros principios que se oponen. En anteriores ensayos hemos afirmado que la propiedad más relevante de los principios es su indeterminación.¹³ Justamente por eso se afirma que los principios son nor-

fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119-135; “Die konstruktion von Grundrechten”, en Clérico, Laura y Siekmann, Jan-R. (comps.), *op. cit.*; *Der Begriff und Geltung des Recht*, Friburgo-Múnich, Karl Albert GmbH, 1992 (traducción con el título *El concepto y la validez del derecho*, por Jorge Malen Seña, Barcelona, Gedisa, 2008); *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008; *Theorie der Grundrechte (Teoría de los derechos fundamentales)*, 2da. ed., trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, reimp. 2014; *Theorie der Juristischen Argumentation...*, *cit.* (2a. ed. actualizada, con una adenda sobre la “Fórmula de Peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014).

¹³ López Ruf, Pablo G., “El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y los juicios de empate”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato y Alonso, Juan Pablo (coords.), *Argumentación derechos humanos y justicia*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Astrea-Asociación Argentina de Filosofía del Derecho-DPI Cuántico, 2017, p. 256 (en dicha obra participaron Robert

mas o mandatos de optimización y que la ponderación es un procedimiento diferente a la subsunción. Esta última hace operativas a normas muy abstractas que establecen derechos fundamentales en casos particulares. En este sentido, la ponderación es la posibilidad de su aplicación.

A modo de síntesis sobre el concepto de los principios: mientras que para Dworkin estos orientan al decisor en la solución a adoptar, para Alexy son una clase de normas que prescriben derechos fundamentales de la Constitución o de las convenciones y, por tanto, obligan al decisor a su aplicación.

La segunda e importante diferencia radica en la crítica que hace Alexy a la teoría de Dworkin con respecto a que esta última no suministra criterios teóricos para justificar racionalmente la precedencia o preferencia de un principio sobre otro. Alexy pone el énfasis en tres cuestiones que Dworkin no ha desarrollado: *i)* un sistema de condiciones de prioridad; *ii)* un sistema de estructura de ponderación, y *iii)* un sistema de prioridades *prima facie*.¹⁴

Una tercera diferencia se relaciona con la tesis de Dworkin según la cual los principios solamente prescriben derechos individuales que constituyen cartas del triunfo frente a los requerimientos de las mayorías. Para Alexy, en cambio, pueden fundar tanto derechos individuales o derechos de defensa como derechos a prestaciones, y también derechos de incidencia colectiva.¹⁵

Hay otras diferencias en la teoría de ambos autores, pero no las desarrollaremos en este trabajo. Esta visión crítica con la teoría de los principios de Dworkin incide en la formulación de la teoría de los principios de Robert Alexy.

Alexy y otros autores). Asimismo, "Los principios jurídicos y la interpretación judicial en la función judicial", en Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 273-297.

¹⁴ Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 139-149.

¹⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 235.

III. LA TESIS RELEVANTE DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE ALEXY

La teoría de los principios de Alexy exhibe en su centro al principio de proporcionalidad como criterio de solución; toda decisión debe ser proporcional a los derechos de la Constitución y de la Convención. El principio de proporcionalidad tiende a la preservación de los derechos fundamentales.

Según la Constitución argentina, todos los principios o derechos fundamentales se gozan conforme a las condiciones que para su ejercicio establezca el Parlamento por ley, a excepción de lo dispuesto para la libertad de expresión (arts. 14 y 32). Por su parte, y para evitar que la competencia que se concede al Parlamento no implique una restricción a los derechos, prescribe que los principios, garantías y derechos que reconoce no podrán ser “alterados por las leyes que reglamente su ejercicio” (art. 28).

Esta competencia que se le asigna a la CSJN constituye el fundamento del control constitucional, y mediante el principio de proporcionalidad se puede verificar si no se altera la estructura de los derechos fundamentales. En la Constitución alemana o Ley Fundamental, su artículo 19 confiere similar competencia al Tribunal Constitucional Federal para garantizar el “contenido esencial” de todos los derechos que reconoce.¹⁶

En síntesis, el principio de proporcionalidad requiere que las leyes o actos de los otros poderes no restrinjan el alcance de los derechos fundamentales o constitucionales, y que estos puedan ser ejercidos conforme a los fines de su establecimiento por los textos constitucionales.

Hay tres tesis formuladas por Alexy que dan cuenta de cómo se aplica el principio de proporcionalidad a las leyes y actos de los poderes, a fin de determinar si los mismos son proporcionados o no, en relación con los derechos de la Constitución o la Convención. Las desarrollamos a continuación.

¹⁶ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. En dicha obra realiza una sugerente y documentada indagación del principio de proporcionalidad en la teoría y práctica constitucional alemana.

3.1. La tesis de la colisión de derechos, o de dos interpretaciones de un mismo derecho y su solución

La aplicación de la teoría supone una colisión de principios que puede verificarse en dos supuestos. En algunos casos puede suceder que la colisión se plantee entre dos derechos fundamentales o convencionales y, en otros, entre dos interpretaciones de un solo derecho de la Constitución, o de la Convención, en la que se controviertan sus alcances, es decir, que una de las partes sostenga una interpretación débil (amplia o de una mayor extensión) sobre el principio o el derecho en cuestión, mientras que la otra, una interpretación fuerte (restringida o menos extensa).

Una propiedad característica de la colisión de principios es que, según se apliquen uno u otro, llevan a consecuencias o resultados incompatibles, es decir que mientras uno permite una conducta, acción o estado de cosas, el opuesto lo prohíbe.

Esta propiedad no lo distingue de un conflicto de reglas, ya que se manifiesta o expresa del mismo modo; sin embargo, la diferencia radica —para Alexy— en el distinto modo en que deben solucionarse los conflictos de principios y los de reglas. De esta manera, encuentra el criterio diferenciador entre las dos clases de normas.

Un conflicto de reglas válidas, o sea, que han cumplido con las condiciones autoritativas para su establecimiento y vigencia, se soluciona de diversos modos. Uno de estos sería por medio de una regla de excepción en virtud de la cual esta excluye de los alcances de la otra regla una conducta, acción o estado de cosas. Pero si no media una regla de excepción, entonces el caso se solucionará con base en el criterio de jerarquía de normas, o cánones jurídicos. El criterio jerárquico implica que hay una diferencia de jerarquía de las normas, según la cual, las normas superiores prevalecen sobre las normas inferiores. En el caso de que las normas sean del mismo nivel o grado jurídico, la solución resulta de criterios como: la ley posterior prevalece sobre la anterior, la ley especial prevalece sobre la general, o la ley más benigna prevalece en la aplicación de las penas. En síntesis, se les resuelve sobre la base de cánones jurídicos. Pero, cualquiera que sea el criterio que se aplique para resolver conflictos entre reglas,

concluye afirmando que una regla se aplica al caso, y la otra no resulta aplicable.

En cambio, el conflicto de principios se resuelve mediante el criterio de optimización, y este no es entendido como se hace en nuestras prácticas lingüísticas, es decir, como la mejor solución en su clase, sino utilizando un criterio del óptimo paretiano. La conocida máxima de Pareto proponía que se podía adoptar una medida económica de cambio en la distribución de ingreso si y solo si no desmejorara la situación de nadie (tanto de los que más tienen como de los que menos tienen). De esta forma, la salida era necesariamente el aumento de la producción y no la disminución de las desigualdades.

De esta idea Alexy toma la noción de la optimización de principios, que consiste en obtener la solución sin prescindir de algunos de los principios en colisión (como el conflicto de reglas), sino como resultado de analizar cuál es la relación que menos restricciones implica para los dos principios en colisión.

La tesis de la colisión ha sido objeto de recepción en numerosos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH, el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Superior Tribunal de Justicia de Israel, y también en casos de Argentina. Esta última la aplicó en el caso *Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional s/ Daño ambiental - Bosques - Desmontes y talas* (fallos: 332:663, S 26/03/2009, entre otros). Veamos cómo reconstruir el caso a partir de la teoría de los principios.

La Provincia de Salta autorizó desmontes parciales en cuatro departamentos de su territorio, pertenecientes a un bosque natural de aproximadamente 1000 hectáreas, tomando como única base los informes de impacto ambiental aislados para cada departamento, sin realizar un informe de impacto ambiental acumulado de las consecuencias que produciría en la totalidad del bosque. La CSJN autorizó una medida cautelar de no innovar que impedía las deforestaciones y talas parciales en cada departamento hasta tanto no se contara con el informe de impacto ambiental acumulado de los cuatro departamentos sobre la totalidad del bosque. La Provincia de Salta, que integra la nación argentina, planteó un recurso ante la CSJN solicitando que se dejara sin efecto la medida cautelar, toda vez que se afectaban potestades y facultades propias de

las provincias que conforman el diseño institucional garantizado por la Constitución. En el caso, la cuestión de derecho de la Provincia de Salta se fundó en los artículos 5 y 7 de la Constitución, principios que garantizan el goce de sus propias instituciones, así como el modo de probar la validez de los actos dictados por las provincias, en otras provincias. La CSJN sustentó su posición en el artículo 41 de la CN, que establece el principio de preservación del medioambiente de modo intergeneracional, así como en el principio de reparar los daños ambientales, contemplado en el artículo 4 de la Ley Nacional de Medioambiente 25.675.

Como puede notarse, se trata de una colisión de principios —derechos de la Constitución— que se expresa en la distinta solución del caso, si se afirma el primero, a la provincia se le permite desmontar en los departamentos de su territorio, si se afirma el segundo, se le prohíbe ese accionar.

Los derechos o principios que colisionan son de incidencia colectiva, el diseño institucional, por una parte, y el medioambiente, por la otra. En ambas concurren las siguientes notas características: son derechos de incidencia colectiva, o sea, su ejercicio corresponde a todos y ninguna persona puede ser excluida de su ejercicio.

La posición de la Provincia de Salta plantea la cuestión como una colisión de reglas entre las que fundamentan el desarrollo, la deforestación de los departamentos para realizar actividades económicas y las regulaciones medioambientales que llevarían a preservar el medioambiente.

En cambio, la posición de la CSJN es otra: “no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad” (cdo. 2 *in fine*). La solución del caso se plantea como una cuestión de principios, la cual debe encontrarse en la “complementariedad” de los principios opuestos, entendida como la cualidad de complementario, que a su vez se refiere a que sirve para completar algo, esto es, que consiste en una integración de los derechos o principios opuestos para formular la solución aplicable al caso. En síntesis, la solución en el caso debe resultar de optimizar los dos derechos especificándose cuáles son las menores restricciones que se les ocasionen a ambos.

3.2. La tesis de la optimización

La tesis de la optimización afirma que se debe aplicar los principios (o derechos) o sus interpretaciones en las mejores condiciones fácticas y jurídicas posibles. Esta es una exigencia de la estructura de prioridad que busca establecerse entre ellos.

Por estructura de prioridad entendemos las razones por las cuales en un caso se da prevalencia a un derecho sobre otro. Ello significa que la solución del caso se vincula con la optimización de los dos principios o derechos, y puede ser formalizado del siguiente modo:

P1 P P2 bajo (C).

Que se traduce en lo siguiente:

P1: el principio 1 (derecho) o interpretación 1 bajo las circunstancias (C),

P: tiene precedencia o prevalencia sobre P2 el principio 2 (derecho) o interpretación 2 en colisión.

Bajo las circunstancias (C): que la prioridad es condicionada, esto es, que vale solo para el caso concreto.

De allí que la teoría considere a los derechos fundamentales como *prima facie*, en el sentido de que pueden ceder ante el derecho o interpretación opuestos, si las condiciones del caso varían. En el lenguaje de la CSJN, derechos fundamentales *prima facie* equivalen a derechos relativos.

Como se afirmó, la prioridad o precedencia de un principio sobre otro se establece por el principio de proporcionalidad, que se subdivide en tres subprincipios, según se expresa:

Σ S de adecuación o idoneidad + S de benignidad o necesidad + S de proporcionalidad en sentido estricto.

Donde: Σ : sumatoria

S: subprincipio

El subprincipio de adecuación o idoneidad y el de benignidad posibilitan que el principio se aplique en sus mayores condiciones fácticas. La idea subyacente en la solución es la elección racional en términos instrumentales, o sea, que entiende a la racionalidad como una actividad de selección de los medios para la realización de los fines de los principios (derechos) o interpretaciones en colisión.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto posibilita que el principio (derecho) se aplique en sus condiciones jurídicas, ante normas y principios o interpretaciones que se le oponen.

*3.2.1. La optimización de los principios
o de dos interpretaciones de un principio en sus mejores
condiciones fácticas. El subprincipio de adecuación o idoneidad*

El subprincipio de adecuación o idoneidad indaga si el medio prescrito en el caso es el más adecuado para el logro de los fines prescritos por los derechos fundamentales o constitucionales que colisionan, o si hay medios alternativos más adecuados.

El subprincipio de adecuación requiere, al menos, tres operaciones:

- i) analizar los fines de los derechos en colisión;
- ii) analizar los medios que el legislador ha dispuesto para el cumplimiento de esos fines, indagando si son insuficientes por defecto o por exceso,¹⁷ y
- iii) establecer cuál de los medios resulta el más adecuado o idóneo para los dos derechos en colisión.

Veamos cómo se aplican en el caso en análisis. ¿Cuáles son los fines de los derechos en colisión? El fin del derecho al desarrollo

¹⁷ Esta cuestión ha sido desarrollada por Robert Alexy en su ensayo “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en García Manrique, Ricardo (comp.), *Derechos sociales y ponderación*, trad. de Rebeca Jowers y Ricardo García Manrique, Madrid, 2007, pp. 45-84; y por Clérico, Laura, “Proporcionalidad Prohibición de Insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

no solo es promover el incremento de la actividad económica de los departamentos de la Provincia de Salta, sino también, en una consideración integral, posibilitar la realización de los planes de vida de la población.

A su vez, el fin del derecho al medioambiente es preservar, por una parte, e incrementar, por la otra, las condiciones del ámbito de vida natural (flora, fauna, recursos hídricos, clima, aire) y social (eliminar la polución, inmisiones sonoras, garantizar condiciones de vida) de la población, y su sustentabilidad para las generaciones futuras.

¿El medio propuesto por la Provincia de Salta al autorizar el desmonte y la tala del bosque natural, exigiendo solo un informe de impacto ambiental puntual, localizado a cada departamento, sin exigir un informe acumulativo de su impacto sobre la superficie total del bosque es el más adecuado?

Informes de expertos convocados por el Tribunal, tanto nacionales como de la provincia, fundaron serias dudas respecto a que los informes localizados de impacto ambiental no daban acabada cuenta de sus consecuencias inmediatas y futuras para el medioambiente: “El principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos.” (cdo. 3).

La idea de la CSJN es elocuente; no disponer de la información adecuada implica “una situación clara de peligro, de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior.” (cdo. 2, párr. 5).

En conclusión, los estudios de impacto ambiental localizados no constituyen el medio más idóneo, porque impiden conocer cuáles serán las consecuencias presentes y futuras para la totalidad del bosque natural al que pertenecen, siendo un medio inadecuado por insuficiencia o defecto, que se traduce en no tener un diagnóstico, certero y preciso, de sus consecuencias sobre el bosque y el hábitat de la población.

¿Cuál es el medio más idóneo para que la CSJN resuelva si debe continuar o no el desmonte y la tala autorizadas por la provincia? El texto del fallo es palmario y no deja lugar a dudas sobre ello: “Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes [...]” (cdo. 3).

*3.2.2. La optimización de los principios
o de las interpretaciones de un principio en sus mayores
condiciones fácticas. El subprincipio de benignidad o necesidad*

El subprincipio de benignidad postula que, entre dos medios alternativos, el que logra optimizar es siempre el más benigno, minimizando las restricciones para los dos derechos en tensión. Su elección posibilita optimizar los principios o derechos en tensión.

El medio elegido por la Provincia de Salta, con fundamento en las facultades propias y autónomas que le garantiza la Constitución, es continuar con la tala y desmonte que autorizó en particular. El medio elegido por la CSJN indica que deben suspenderse todas las actividades hasta que se culminen los estudios.

El Tribunal cita en sus razones que “El administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios” (cdo. 2). Así también, que “El principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos” (cdo. 3).

¿Y por qué es el medio más benigno la solución que propone la Corte? Porque solo pospone por un tiempo el ejercicio de las facultades de la provincia, sin afectarla, e impidiendo, mientras tanto, restricciones importantes al medioambiente.

El fallo no niega a la provincia el ejercicio de sus competencias o facultades, y establece un período de espera hasta que se

culminen los estudios de impacto ambiental y cartográfico que dispuso, vencido el cual pueden resultar tres posibilidades:

- i) que confirmen que los desmontes parciales y localizados no afectan al medioambiente, en cuyo caso la provincia podrá ejercer sus competencias plenas, con certeza de que las mismas no afectan al medioambiente;
- ii) que confirmen que los desmontes parciales considerados acumulativamente afecten el medioambiente, en cuyo caso deberán suspenderse definitivamente,
- iii) pero esa confirmación no impide o prohíbe que la provincia propicie otras políticas de desarrollo que sean compatibles con el derecho al medioambiente en la región.

De lo expuesto resulta que el medio más benigno y que impone menos restricciones a ambos derechos es la solución emanada de la CSJN: diferir la solución del caso hasta la culminación de los estudios medioambientales y cartográficos. El derecho al medioambiente resulta tutelado, protegido y preservado, y también las competencias propias de la Provincia de Salta, cuyos alcances y posibilidades de ejercicio se postergan en el tiempo sin negarlas, pudiendo en el futuro ser limitadas.

*3.2.3. La optimización de los principios
o sus interpretaciones a las posibilidades jurídicas.
El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto postula que si una restricción o afectación a un derecho es proporcionada, entonces es constitucional, y si es desproporcionada, entonces es inconstitucional. Lo que caracteriza a la proporcionalidad es un juego recíproco de razones y contrarrazones.¹⁸ La función del subprincipio es resolver la prevalencia en la colisión de principios.

En síntesis, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto suministra las razones jurídicas justificativas de la prevalencia o precedencia del derecho, ponderando la intensidad de la

¹⁸ Alexy, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad...", *cit.*, p. 10.

afectación de los derechos, su peso abstracto y la certeza de las premisas empíricas y normativas en que se fundamenta.

En el caso, el fallo la patentiza plenamente. La CSJN resolvió que “implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación [...]” (cdo. 2 *in fine*).

La ponderación se realiza mediante la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y tiene dos dimensiones: *i*) la sustantiva en la que se compara la intensidad de la afectación de los derechos en colisión y su peso abstracto, y *ii*) la epidémica expresa el grado de justificación de las premisas empíricas y normativas con que se decide un caso.

En conjunto constituyen la estructura de la fórmula de peso.

La dimensión sustantiva es expresada por Alexy en su primera parte de la ley de la ponderación: “[...] cuanto menor sea la importancia de la afectación de un principio, tanto mayor será la importancia de la satisfacción del principio contrario”, y requiere tres análisis. El primero, determinar cuál es el principio o interpretación, cuya restricción o afectación es leve, ligera o moderada. El segundo, determinar cuál es el principio cuya restricción es grave o seria. El tercero es que el derecho que resulte grave o seriamente afectado debe prevalecer, o ser protegido, porque la intensidad de su afectación no es proporcionada. Justifica, en consecuencia, qué derecho debe ser restringido.

Tal como fue planteado en el caso en análisis, se traduce en tres enunciados:

- i*) diferir el desmonte y tala que fue autorizado por la provincia hasta que se realice el estudio de impacto ambiental acumulado y una cartografía calificando las zonas del territorio es una afectación leve o ligera y, por ende, proporcionada;
- ii*) autorizar los desmontes y talas en los departamentos autorizados sin un informe de impacto ambiental acumulado y cartografía de la provincia afecta intensa o seriamente el derecho al medioambiente de las generaciones presentes y futuras, al impedir conocer en la actualidad y hacia el futuro las consecuencias que origina, por tanto,

iii) hasta que no estén concluidos los estudios indicados se prohíbe el desmonte o la tala del bosque natural.

En el caso se probó que no se efectuaron los estudios de impacto ambiental acumulados de los cuatro departamentos y los estudios cartográficos respectivos (premisa empírica), y la CSJN justificó que no es proporcionado a la Constitución: “El principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos” (cdo. 3) (Premisa normativa). Asimismo, deja claro que las competencias propias de la provincia no resultan afectadas, invocando un argumento de sus precedentes: “lo único que ha hecho, como custodio de las garantías constitucionales, es tender a tutelar derechos de la índole de los invocados, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (arg. Fallos: 328:1146; 330:111)” (premisa normativa).

Para concluir, “No se advierte que el temperamento adoptado en el caso conlleve un supuesto de gravedad institucional con afectación del régimen federal y del reparto de competencias que los constituyentes de 1853 diseñaron para preservarlo” (cdo. 4).

La comparación del peso abstracto que se asigna a los derechos en colisión el sistema jurídico al que pertenecen i) el derecho al desarrollo provincial como expresión del federalismo, y ii) el derecho al medioambiente.

En respuesta a críticas realizadas a la dimensión cualitativa, consistentes en que reconstruir la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o internacionales es justificar intuiciones, lo que lleva al subjetivismo, irracionalismo o decisionismo, Alexy ha desarrollado un instrumento analítico al cual ha denominado la fórmula de peso.

Alexy ha formulado una segunda parte de la ley de la ponderación conforme se transcribe: “Cuanto más pese la afectación de un derecho fundamental mayor debe ser el peso de las premisas subyacentes”.

La nueva formulación de la ley de la ponderación traduce la fórmula de peso que es un instrumento analítico que posibilita

establecer la racionalidad de la justificación jurídica de los derechos fundamentales, en colisión.

Ella equivale a la relación que se plantea entre un lenguaje formal y uno corriente. Así, esta fórmula, que ha ido evolucionando en su planteamiento hasta llegar a la versión que Alexy denomina “la versión refinada”,¹⁹ posibilita establecer el peso concreto de los enunciados sobre principios (derechos o interpretaciones) en colisión o competencia.

Establecer el peso de los enunciados referidos a colisiones de principios equivale a justificar. “Más bien vale que la justificabilidad a pesar del hecho que no se la pueda equiparar a demostrabilidad, implica racionalidad y con esto objetividad, que está ubicada entre la seguridad y la arbitrariedad”.²⁰

La fórmula expresa el peso concreto de los enunciados de dos principios (derechos o interpretaciones de un mismo derecho), como el cociente de cuatro elementos, *i*) la intensidad de afectación; *ii*) el peso abstracto; *iii*) la certeza de las premisas empíricas, y *iv*) la certeza de las premisas normativas.

Los elementos *i*) y *ii*) son sustanciales o reales según el autor de la teoría, mientras que los *iii*) y *iv*) son epistémicos, de conocimiento, configuran “la ecuación de la certeza” de *i*) y *ii*). El peso abstracto de los derechos [*ii*)] es el que se le confiere en un sistema jurídico y es siempre relativo al sistema. No obstante, Alexy sostiene que todo sistema jurídico tiene una dimensión ideal conjuntamente con su eficacia.

La fórmula del peso requiere resolver el problema de la gradación, o sea, el valor que se le va a asignar a cada elemento sustancial de la fórmula. La escala *i*) leve o ligera, *ii*) media o moderada, y *iii*) grave o seria, se representa con una secuencia geométrica 1, 2, 4 que resulta de 2^0 , 2^1 y 2^2 .

El elemento epistémico de la fórmula de peso, las premisas empíricas y normativas, reconocen tres estadios: *i*) certeza; *ii*) plausibilidad, y *iii*) no evidentemente falso. Se representa con una secuencia aritmética 1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, que resulta de 2^{-0} , 2^{-1} y 2^{-2} .

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ Alexy, Robert, “Die konstruktion von Grundrechten”..., *cit.*

La versión refinada de la fórmula del peso Alexy es:

$$G_{ij} \frac{I_i \cdot G_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

En ella, los términos significan:

G_{ij} : peso concreto del principio i (derecho al medioambiente) en relación con el principio con el colisiona j (derecho al desarrollo);

I_i : intensidad de la afectación del principio i (derecho al medioambiente);

I_j : importancia de satisfacer el principio que colisiona j (derecho al desarrollo);

G_i y G_j : peso abstracto de los principios i y j en colisión;

C_i^e y C_j^e : certeza de las premisas empíricas, de los principios i y j en colisión. En palabras de la CSJN, describen las particulares circunstancias comprobadas en el caso, y

C_i^n y C_j^n : certeza de las premisas normativas. En el caso analizado podemos asignar valores a la fórmula, que resultarían de las consideraciones reseñadas.

Así, la intensidad de la afectación del principio i (derecho al medioambiente) es igual que la del principio j (derecho al desarrollo), mientras no estén realizados los estudios de impacto ambiental acumulados, porque ello puede generar daños irreversibles en el medioambiente. Por otra parte, diferir el ejercicio de competencias propias de la Provincia de Salta hasta su realización se traduce en una afectación leve y proporcionada a los derechos de la Constitución. Esto deriva en que asignemos un valor 4 a la intensidad de la afectación del medioambiente y un valor 4 a la importancia de satisfacer el reclamo provincial.

Al peso abstracto de ambos derechos en el caso se le asigna el mismo valor (4 y 4), neutralizándose en la fórmula.

Mientras que las premisas empíricas son certeras para el principio *i* (derecho al medioambiente), repasemos: *i*) no hay estudios de impacto ambiental acumulados y cartográficos; *ii*) existe la probabilidad de que se causen daños ambientales irreversibles que resultarían de los estudios, y *iii*) el desmonte y la tala del bosque natural tiene que suspenderse, hasta que se disponga de los estudios. El principio *j* (las competencias de la provincia para promover el desarrollo) no se funda en afirmaciones que permitan aseverar que los desmontes aseguran la sustentabilidad del bosque natural, de modo que se le asigna al principio *i* un valor de 1 y al principio *j* un valor de $\frac{1}{4}$ o 0.25.

$$G_{ij} \frac{4 \cdot 4 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4} \cdot \frac{1}{4}} = 16$$

La consecuencia es que P_i debe preceder en este caso sobre P_j .

Es la expresión *i*) de la intensidad de la afectación de derechos, *ii*) de la neutralización de los pesos abstractos de los derechos, *iii*) de las premisas empíricas (a) inexistencia de estudios ambientales acumulativos y sus consecuencias para el medioambiente *iv*) Las premisas normativas en el caso del principio *i* (a) El principio precautorio. (b) El argumento de precedentes, que la tutela de otros derechos de la Constitución no traduce conculcación de las facultades provinciales, no hay desproporción, (c) La premisa que no resulta afectado el sistema federal de la Constitución. Todas justifican diferir el desmonte hasta que se dispongan de los estudios medioambientales integrales, y las competencias en la promoción del desarrollo de la provincia, fundan, justifican que la restricción impuesta en el caso traducida en mantener la medida cautelar, es proporcionada a la Constitución.

Finalmente, la tesis de la ponderación constituye un argumento del discurso jurídico práctico, porque contribuye a resolver la pregunta que debe hacerse conforme a la Constitución en una situación concreta y que justifica las restricciones, como también las soluciones, proporcionadas a ella.

La racionalidad de la ponderación se ha evidenciado porque requiere enunciados prácticos que se relacionan entre ellos, sobre la intensidad de la afectación de los derechos en colisión,

sobre el peso abstracto de los derechos, sobre la certeza de las premisas empíricas y sobre la certeza de las premisas normativas y fundan y justifican la solución del caso.

IV. CONCLUSIONES

Los desarrollos precedentes sobre la teoría de los principios muestran que es posible —teniendo como referencia la Constitución— formular enunciados de racionalidad práctica que justifiquen la concordancia o no concordancia de una ley, decreto o acto con lo que la Constitución permite, obliga o prohíbe.

En el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la fórmula de peso puede justificar, o sea objetivar, cuál de los derechos o interpretaciones en colisión, sea concreta o abstracta, es el/la más intensamente, medianamente o levemente afectado/a. O sea, justifica enunciados clasificatorios, evitando arbitrariedades, subjetividades, decisiones, o reconstruir las intuiciones judiciales. A partir de esta se puede argumentar con base en argumentos empíricos o normativos, en el caso resulta racionalmente justificado el enunciado clasificatorio. Como se ha ejemplificado en el presente.

En otras palabras, la teoría de los principios constituye una teoría de la argumentación sustantiva, para dotar de operatividad —en el caso de que se trate de principios (derechos o sus interpretaciones) de la Constitución—, para fundar o justificar el control de constitucionalidad de las leyes o el control de convencionalidad.

La teoría de los principios supone un procedimiento que interrelaciona los aspectos formales con los aspectos sustantivos de la Constitución.

El principio de proporcionalidad y la ponderación no excluyen ni reemplazan al silogismo, ambos procedimientos se complementan, el silogismo opera con las reglas y la ponderación con los principios. Esta es una concepción constante en el pensamiento de Alexy.²¹

²¹ Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

La ponderación, con su fórmula de peso, no intenta matematizar la actividad de los jueces cuando deciden ni la de los juristas cuando resuelven casos concretos desde la perspectiva de la Constitución, sino que conforma un instrumento analítico o estructura formal que posibilita formular enunciados justificados racionalmente.

En otras palabras, consiste en un procedimiento que llama a los jueces y juristas a formular enunciados justificados o fundados, así como la utilización del silogismo no requiere explicitar en los fallos o en la resolución de casos la estructura lógica que subyace a su formulación, pero que no requiere su expresión.

Lo que Alexy ha procurado con la fórmula de peso es suministrar a la ponderación de un procedimiento de operación, similar al que cumplen las estructuras lógicas en los que se desarrolla el pensamiento silogístico.

Los desarrollos presentes que intentan explicitar la teoría de los principios, o el carácter *prima facie* que la teoría atribuye a sus conclusiones, no son atacables de particularismo; la tesis de la ponderación posibilita generalizar sus conclusiones a casos de igualdad relativa, o semejantes. Esta afirmación es una consecuencia de la aplicación del principio de universalidad, que es una de las reglas fundamentales del discurso práctico racional.

Pero para ello, la teoría de los principios debe exponer un argumento que justifique, cuando entre dos o más casos se puedan aplicar los mismos principios de un caso pretérito, que hay igualdades relativas o semejanzas desde la perspectiva de la Constitución, o justificar racionalmente las diferencias.

Esta es una teoría que fue vislumbrada por Alexy en la primera edición de su *Teoría de los derechos fundamentales* cuando se refiere al derecho de a la igualdad, y en su *Teoría de la argumentación* cuando desarrolla la forma de los argumentos, pero que debe ser profundizada, a la que llamaré el problema de los precedentes en la teoría de los principios.

Derechos Humanos”, en Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan-R. y Clérico, Laura (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

El caso elegido se ha resuelto utilizando la denominada por Alexy versión refinada de la fórmula de peso, asignando igual valor numérico a: *i*) la intensidad de afectación de los derechos en colisión y *ii*) a su peso abstracto, apreciándose la importancia que asumen para la justificación, *iii*) las premisas empíricas (a) contar con el informe de impacto ambiental acumulado; (b) cartografía sobre la importancia de las especies forestales; (c) conocimiento de las consecuencias de las talas autorizadas, y (d) realizar el análisis de costo-beneficio referido a los daños irreversibles que pueden derivar para el medioambiente.

También las premisas normativas son relevantes para justificar por qué se debe suspender el desmonte o tala autorizada por la Provincia de Salta y no se conculcan sus potestades, el principio precautorio, la importancia de que las políticas públicas fundadas en facultades propias de las provincias sean congruentes con los derechos de la Constitución, y que en el caso no se afecta al federalismo. Por todo ello, el fallo ofrece un ejemplo para trabajar con una fórmula del peso refinada, y su significación para el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Finalmente, se asume que no todos los problemas de la teoría de los principios han sido tematizados detenidamente y quedan para futuros trabajos: profundizar las clases de fórmulas de peso, *la simplificada, la extendida y la refinada*, y su aplicación a la solución de conflictos de principios, las constelaciones de la fórmula de peso, los juicios de empate, la acumulación aditiva de principios que no fueron mencionados, así como la relación entre justificación y racionalidad, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.
- , *Der Begriff und Geltung des Recht*, Friburgo-Múnich, Karl Albert GmbH, 1992.
- , *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986.

- , *Theorie der Juristischen Argumentation*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1978.
- , “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. Anuario 2014”, *Parlamento y Constitución*, núm. 16, 2014.
- , “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- , “Die Konstruktion von Grundrechten”, en CLÉRICO, Laura y SIECKMANN, Jan-R. (comps.), *Grundrechte Prinzipien un Argumentation Studien sur Rechtstheorie Robert Alexy*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- , “Sobre los derechos constitucionales de protección”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (comp.), *Derechos sociales y ponderación*, trad. de Rebeca Jowers y Ricardo García Manrique, Madrid, 2007.
- , “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1988.
- ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- , “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan-R. y CLÉRICO, Laura (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- , “Proporcionalidad Prohibición de Insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co Ltd.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (Grundsatz und Norm in der richterlichen*

- Fortbildung des Privatrechts*), trad. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.
- HART, Herbert L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, en BULLOCH, Penélope A. y RAZ, Joseph (eds.), México, UNAM, 2000.
- , “Positivism and the separation of Law and Moral”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz, 1979.
- LÓPEZ RUF, Pablo G., “El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y los juicios de empate”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato y ALONSO, Juan Pablo (coords.), *Argumentación derechos humanos y justicia*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Astrea-Asociación Argentina de Filosofía del Derecho-DPI Cuántico, 2017.
- , “Los principios jurídicos y la interpretación judicial en la función judicial”, en ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Los principios implícitos: el caso de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica**

Rocío Villanueva Flores**

Los derechos sexuales y reproductivos han dado lugar a varios debates entre sus defensores y detractores, por ejemplo, a propósito de las discusiones sobre la píldora del día siguiente, la despenalización del aborto o la protección de las parejas del mismo sexo.

¿Por qué estudiar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, en concreto, la decisión en la que se refirió de manera expresa a los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfilosófica? Hay por lo menos dos razones. La primera, porque la teoría del derecho no es una disciplina que se desarrolle en cuatro paredes, y cuya utilidad aprecia solo un grupo de especialistas, sino que es una herramienta fundamental para la discusión racional de los asuntos públicos,¹ de los que forman parte los derechos sexuales y reproductivos. La segunda, porque considero que la agenda de problemas a cuya so-

* Este texto es prácticamente una reproducción del ensayo que con el mismo título fue publicado en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Pa-lestra, 2017, pp. 389-417.

** Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Atienza, Manuel, “Ponderación y sentido común”, Universidad de Ali-cante, 2014, dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache.

lución debe contribuir la filosofía del derecho del mundo latino² ha de prestar especial atención no solo al razonamiento judicial de las altas cortes del ámbito doméstico, sino al que realiza la Corte IDH, dado el carácter vinculante de su jurisprudencia y el rol que desempeña en la construcción de un derecho común.

I. UNA SÍNTESIS DE LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO DE MANUEL ATIENZA

Las siguientes ideas forman parte de la concepción positivista del derecho de Manuel Atienza, y han sido seleccionadas en función de su utilidad para este trabajo:

- a) el derecho tiene una doble dimensión: autoritativa y valorativa,³ pero no es solo un sistema de normas, sino también una práctica social, una actividad, una empresa con la que se trata de lograr ciertos fines y valores utilizando los materiales del sistema.⁴ La dimensión autoritativa se explica porque el derecho es el producto de actos de autoridad.⁵ La idea de que el derecho es una práctica social expresa no solo su carácter artificial o convencional, “sino su dimensión valorativa sin la cual la idea de práctica se desvanecería”.⁶ El derecho es una práctica autoritativa que persigue lograr ciertos fines;⁷

² Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, Alicante, núm. 37, 2014, p. 310.

³ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, p. 82.

⁴ *Ibidem*, p. 85; Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2014, p. 12; Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (eds.), *op. cit.*, pp. 17 y 36.

⁵ Atienza, Manuel, “Comentario al nuevo libro de Ramón Ortega, El modelo constitucional de derechos humanos. Estudios sobre constitucionalización del derecho”, Blog *La mirada de Peitho*, enero de 2015, p. 2, <http://lamiradadepeitho.blogspot.pe/2015/01/comentario-al-nuevo-libro-de-ramon.html>.

⁶ Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino...”, *cit.*, p. 303.

⁷ *Ibidem*, p. 304.

- b) el derecho está compuesto por reglas y principios. Estos últimos pueden ser directrices (pautas que incorporan razones finalistas), principios en sentido estricto (que incorporan razones de corrección) y principios institucionales. Las directrices ordenan la consecución de ciertos estados de cosas en el mayor grado posible, los mismos que constituyen objetivos colectivos que se consideran valiosos (como el pleno empleo);⁸
- c) los derechos están plasmados en principios en sentido estricto,⁹ que configuran el caso de manera abierta, pero exigen un cumplimiento pleno. Son razones para la acción —de corrección— no perentorias, pues no están destinadas a excluir la deliberación. Su fuerza respecto de otros principios ha de ser ponderada por el órgano jurisdiccional;¹⁰
- d) el objetivismo moral (mínimo) es un requisito para dar sentido al derecho y al trabajo que realizan los juristas.¹¹ El discurso moral puede pretender ser objetivo, pues respecto de los enunciados morales cabe una argumentación racional, por tanto, pueden ser fundados o infundados, correctos o incorrectos.¹² Aunque los juicios que se defienden tienen un valor objetivo, quien lo hace está dispuesto a modificarlos si resultan derrotados por argu-

⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “La dimensión institucional del derecho y su justificación jurídica”, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009, p. 18.

⁹ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”..., *cit.*, p. 78

¹⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, pp. 2-14.

¹¹ Atienza, Manuel, “Justicia constitucional y escepticismo moral”, *Justicia y Sufragio*, 2013, p. 15, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf>; *Curso de argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 561 y 562; “Una filosofía del derecho para el mundo latino...”, *cit.*, p. 302; “Objetivismo moral y derecho”, Universidad de Alicante, 2016, p. 4, <http://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>

¹² Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino...”, *cit.*, p. 315.

- mentos más sólidos que los suyos.¹³ Por ello, “los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta”.¹⁴ Los criterios de corrección son los que determinan las reglas del discurso racional, siendo una de tales reglas el carácter abierto de la discusión racional;
- e) el derecho no puede ser aislado de la razón práctica.¹⁵ La argumentación jurídica es un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones,¹⁶ siendo el razonamiento judicial solo uno de los tipos de razonamiento jurídico.¹⁷ Como el pospositivismo pone más énfasis en el derecho como práctica argumentativa, hay un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos;¹⁸
- f) la interpretación jurídica, más que un resultado, es un proceso racional y conformador del derecho.¹⁹ No se limita a pasar de un enunciado (la disposición) a otro (la norma) según un canon interpretativo.²⁰ Dado que el derecho no es solo un conjunto de normas, en la interpretación jurídica juegan un papel muy importante las razones subyacentes a ellas, los valores y propósitos para los que se dictaron,²¹ de esta forma, hay una tendencia a integrar

¹³ Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurid*, Manizales, Colombia, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre de 2009, p. 25, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>; Atienza, Manuel, “Justicia constitucional y escepticismo moral”..., *cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁴ Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino...”, *cit.*, p. 315.

¹⁵ *Ibidem*, p. 313.

¹⁶ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (coords.), *Fundamentos para una teoría de la Constitución*. Madrid, Iustel, 2007, p. 140.

¹⁷ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., *cit.*, p. 1.

¹⁸ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., *cit.*, p.128.

¹⁹ *Ibidem*, p. 131

²⁰ Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino...”, *cit.*, pp. 303 y 304.

²¹ Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, núm. 1, 2010, p. 12, http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_13174.pdf; “Dos versiones del

las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política.²² La mejor interpretación es la que, sin vulnerar el elemento autoritativo del derecho, permita desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras constituciones;²³

- g) hay casos fáciles, difíciles, intermedios y trágicos, y su distinción no tiene un carácter ontológico.²⁴ En los fáciles no hay problemas con las premisas (normativas o fácticas) y su justificación se realiza mediante una deducción. A este tipo de justificación se le llama interna. En los difíciles se presentan problemas con las premisas, el razonamiento deductivo juega un papel limitado, debido a que su solución requiere añadir otros criterios que integran lo que se conoce como razón práctica. Este segundo tipo de justificación se denomina externa.²⁵ Los intermedios son aquellos que, a primera vista, no son fáciles, porque exigen un estudio y una deliberación arduos, pero una vez concluido ese proceso se llega a una solución unánime o aceptada mayoritariamente por los juristas;²⁶
- h) en las decisiones judiciales casi siempre hay una única respuesta correcta, lo que implica que el juez puede encontrar una solución objetivamente justa.²⁷ La excepción son los casos trágicos, en los que “no cabe tomar ninguna decisión que no suponga vulnerar algún elemento esen-

constitucionalismo”..., *cit.*, p. 83; *Curso de argumentación jurídica*..., *cit.*, p. 7; “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., *cit.*, p. 8.

²² Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., *cit.*, p. 132.

²³ Atienza, Manuel, “Justicia constitucional y escepticismo moral”..., *cit.*, p. 22.

²⁴ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., *cit.*, pp. 9 y 10.

²⁵ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., *cit.*, pp. 141 y 142.

²⁶ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., *cit.*, p. 10.

²⁷ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., *cit.*, p. 145; “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., *cit.*, p. 37.

cial de un valor fundamental”.²⁸ No se trata de negar que haya discrepancia en la práctica jurídica respecto a la solución de casos concretos, sino de mostrar que quienes actúan en la misma guían su comportamiento por la idea de que existe (casi siempre) y que se puede encontrar —aunque con no poco esfuerzo en ocasiones— una sola respuesta correcta, porque la búsqueda de la misma no es en abstracto,²⁹ e

- i) la ponderación judicial tiene lugar cuando las reglas del sistema, que permitirían un razonamiento subsuntivo, no proveen una respuesta adecuada a un caso concreto.³⁰ Consiste en dos pasos: en el primero se pasa del nivel de los principios al de las reglas, pues se crea una nueva regla no existente en el sistema jurídico; en el segundo se parte de la regla creada y se subsume el caso (justificación interna). En el primer paso, el razonamiento tiene dos premisas. En la primera se constata que en el caso hay dos principios (o conjunto de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver en sentidos entre sí incompatibles. En la segunda se establecen las condiciones en las que uno de los principios derrota al otro porque tiene un mayor peso. La dificultad del razonamiento radica en la segunda premisa (justificación externa).³¹

II. LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

2.1. Principios implícitos y razonamiento práctico

Tanto Atienza como Alexy sostienen que la apertura del derecho al razonamiento moral se advierte claramente en los llamados casos difíciles, que son aquellos que involucran principios, pues “no es posible justificar la solución correcta de manera diferente

²⁸ Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta...”, *cit.*, p. 23.

²⁹ *Ibidem*, p. 24

³⁰ Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, *cit.*, pp. 10 y 11; “Ponderación y sentido común...”, *cit.*, p. 6.

³¹ Atienza, Manuel, “Ponderación y sentido común...”, *cit.*, p. 5.

que con argumentos morales o de justicia”.³² Las razones morales, afirma Alexy, “pueden y deben participar en las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas”.³³

No es posible dar cuenta de los principios implícitos solo describiendo las normas de un sistema jurídico. Estos, a diferencia de los derechos o principios explícitos (como la libertad o igualdad), no son el producto de ningún acto de promulgación,³⁴ por lo que no son identificables autoritativamente.³⁵ El derecho implícito —afirma Aguiló— es el resultado de la elaboración racional del derecho explícito, un producto de la argumentación jurídica.³⁶ Los principios implícitos son normas que no se identifican por su *pedigree*, sino cuya juridicidad “depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente”.³⁷ Como es obvio, que un principio sea explícito o implícito depende del ordenamiento jurídico, por ejemplo, la objeción de conciencia es un principio explícito en la Constitución española (art. 30.2) e implícito en el sistema jurídico peruano (exp. 0895-2001-AA/TC).

Los principios implícitos plantean varios de los ocho tipos de cuestiones que —a juicio de Atienza— determinan la necesidad de argumentar sobre la justificación externa, como son los problemas de aplicabilidad o relevancia, de validez, de interpretación

³² Alexy, Robert, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. de Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, núm. 18, pp. 60 y 108.

³³ Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 158.

³⁴ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, p. 150.

³⁵ Alonso Vidal, Horacio José, “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012, p. 185.

³⁶ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho...*, cit., pp. 144 y 330.

³⁷ Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras”, en Lifante Vidal, Isabel (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2010, p. 27.

y de ponderación.³⁸ Aunque Atienza niega que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea de naturaleza ontológica, me parece que los principios implícitos suelen constituir casos difíciles o, al menos, intermedios. Y ello es así por cuanto los principios implícitos plantean problemas de justificación de la propia validez del principio, lo que se vincula a su contenido, a la sustentación de por qué son aplicables al caso, pudiendo incluso plantear problemas de conflicto con otros principios. La exigencia de mayor argumentación es innegable. En estos casos, la justificación de una decisión no se efectúa mediante una simple deducción, sino que se deben llevar a cabo otros procesos de razonamiento encaminados a justificar las premisas normativas (la justificación externa).³⁹

Dado que los principios implícitos configuran casos difíciles o intermedios, intentaré establecer algunos criterios y pasos a tomar en cuenta para su justificación:

1. La construcción de principios implícitos debe considerar que el derecho protege un conjunto de valores que conforman una unidad práctica.⁴⁰ Por ello, a pesar de que estos valores y/o bienes jurídicos pueden entrar en colisión, la idea es que, en cada ocasión relevante, el derecho hable con una única voz en cuanto guía y valoración de la conducta.⁴¹ Como los principios implícitos suponen una construcción racional a partir del derecho explícito, importan también las razones subyacentes a los principios expresos,⁴² es decir, las razones que les sirven de fundamento.⁴³

³⁸ Atienza, Manuel, "Ponderación y sentido común...", *cit.*, pp. 432 y ss.; "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial"..., *cit.*, p. 15.

³⁹ Atienza, Manuel, "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial"..., *cit.*, p. 10.

⁴⁰ Según Aguiló, el postulado de la unidad desde la perspectiva valorativa no exige que todas las normas jurídicas sean coherentes entre sí (que sus propósitos protectores o promocionales sean compatibles), sino que mediante ciertas operaciones (componentes del método jurídico) el derecho pueda reconstruirse como unidad práctica (*Teoría general de las fuentes del derecho...*, *cit.*, p. 152).

⁴¹ *Ibidem*, pp. 151 y 153; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 165-167.

⁴² Alonso Vidal, Horacio José, *op. cit.*, p. 168.

⁴³ Ródenas, Ángela, "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.

2. La noción de coherencia juega un rol clave en la justificación de principios implícitos. Según Atienza, la coherencia “es la compatibilidad con los principios y valores del ordenamiento jurídico”.⁴⁴ Es un concepto relativo, en la medida en que una norma o decisión judicial son coherentes respecto a un conjunto de principios explícitos.⁴⁵ Así, aunque haya una base común en los Estados constitucionales, la coherencia es un criterio contextual, en razón de que se determina en función de los principios y valores de los ordenamientos jurídicos.⁴⁶ La coherencia es también una cuestión de grado,⁴⁷ ya que una norma o decisión puede ser más o menos coherente para determinados principios. El argumento de la coherencia no supone una simple deducción.⁴⁸ Para Alexy, esta es un criterio esencial de racionalidad y, con ello, de corrección.⁴⁹
3. Dado que los principios implícitos son coherentes en cuanto a ciertos principios explícitos de los que depende su validez, no basta con citar estos últimos, sino que hay que interpretarlos conforme a una cierta filosofía moral y política.⁵⁰
4. Los principios implícitos también deben ser interpretados. Son razones para la acción que no son ni perentorias ni independientes de su contenido, pues si llegan a formar parte del razonamiento jurídico, no es en virtud de una fuente, sino de cierta cualidad de su contenido,

⁴⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 551.

⁴⁵ Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta...”, cit., p. 220.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 556.

⁴⁷ Alexy, Robert y Peczenik, Aleksander, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, vol 3, núm. 1, marzo de 1990, p. 145; MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. José Ángel Vega Reñón y Luis Vega Reñón, Lima, Palestra, 2016, p. 321.

⁴⁸ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”..., cit., p. 11.

⁴⁹ Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. de José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, p. 47.

⁵⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 556.

de su coherencia con los principios basados en fuentes.⁵¹ La interpretación de los principios también es importante porque no se puede ponderar sin interpretar.⁵²

5. Habida cuenta de que los principios implícitos requieren de argumentación —de deliberación práctica para justificar su validez (y su contenido)—, conviene insistir en la importancia del principio de universalidad como criterio fundamental de racionalidad del discurso moral. Este principio exige adoptar aquella decisión que, por considerarla correcta, estemos dispuestos a suscribir en futuros casos semejantes.⁵³ También es importante atender a las consecuencias, dado que una decisión sobre principios implícitos puede permitir predecir que se satisfará algún objetivo colectivo valioso (p. ej., salud pública).⁵⁴
6. La construcción de un principio implícito puede presentarse como una especificación de un principio explícito,⁵⁵ puede realizarse por inducción (de normas generales a partir de normas más concretas) o tomando en cuenta que el principio implícito sea instrumental a la actuación de un principio explícito.⁵⁶
7. La negación de un principio implícito produciría incoherencias en la tentativa de presentar al derecho como un todo dotado de sentido.⁵⁷

⁵¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho...*, cit., p. 13.

⁵² Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., cit., p. 163; Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, cit., p. 9.

⁵³ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 169; MacCormick, Neil, “Retórica y Estado de derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, p. 13; Gascón, Marina y Lora, Pablo de, *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, p. 54; Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 555.

⁵⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 558.

⁵⁵ Alonso Vidal, Horacio José, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁶ Guastini, Riccardo, 2003, p. 141.

⁵⁷ Ruiz Manero, Juan, “Una tipología de los principios constitucionales”, Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Un debate sobre principios constitucionales*, Lima, Palestra, 2014, p. 65.

2.2. ¿Por qué son importantes las ideas de Atienza?

La defensa de principios implícitos no es monopolio de la concepción pospositivista del derecho. Autores positivistas como Laporta⁵⁸ o Guastini,⁵⁹ de cuyas ideas discrepa abiertamente Atienza, también defienden la posibilidad de construir normas implícitas. Para Guastini, los principios implícitos se construyen “avanzando conjeturas alrededor de los fines o valores de la autoridad normativa (el legislador ha dictado la norma N porque quería perseguir el fin S y/o realizar el valor V)”.⁶⁰ Los principios implícitos son extraídos por los operadores jurídicos de reglas aisladas, de un conjunto de reglas o del ordenamiento jurídico.⁶¹

Según Guastini, toda conjetura sobre las razones del legislador tiene carácter valorativo y discrecional, siendo raro que una norma responda a una finalidad unívoca y bien definida. Por ello, sostiene que “cualquier resultado que una regla sea capaz de producir puede ser abstractamente considerado como razón de ser de dicha regla”.⁶² Para este autor, las disposiciones constitucionales pueden tener finalidades distintas y las distintas finalidades del legislador pueden ser razonables para algunos e irrazonables para otros.⁶³ Incluso afirma que la aprobación de una norma penal puede tener como finalidad aumentar la población carcelaria,⁶⁴ algo que, por cierto, sería indefendible en el Estado constitucional.

Como Guastini no cree en la moral objetiva, sostiene que la interpretación de los conceptos morales utilizados en la formulación de principios constitucionales, al apelar a doctrinas

⁵⁸ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213-218.

⁵⁹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 165 y ss.

⁶⁰ Según este autor, prácticamente no hay diferencias entre reglas y principios, pues ambos son derrotables. *Ibidem*, pp. 166, n. 4; 190 y 192.

⁶¹ *Ibidem*, p. 196.

⁶² *Ibidem*, p. 197.

⁶³ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 198.

morales y/o ideologías políticas de los intérpretes, es altamente discrecional,⁶⁵ subordinada a los sentimientos morales de los jueces, especialmente de los constitucionales.⁶⁶ En su opinión, no es posible establecer estándares para sostener que ciertas decisiones judiciales son razonables o irrazonables, puesto que se trata de categorías subjetivas,⁶⁷ respecto de las que no caben soluciones unívocas.⁶⁸ Más bien, caben diferentes respuestas en el derecho, aunque unas puedan ser mejores que otras.

Hart, quien también negó la tesis de la única respuesta correcta, afirmaba que la discrecionalidad judicial implicaba que, en los casos difíciles, el juez saliera del derecho para llegar a una decisión y eligiera entre alternativas; no arbitrariamente, sino con prudencia y responsabilidad, toda vez que la elección no estaba determinada por principios formulados de antemano.⁶⁹

La invocación de derechos implícitos es una práctica de casi todos los tribunales constitucionales;⁷⁰ sin embargo, planteamientos como los de Guastini no son útiles para dar cuenta de esa práctica. Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional peruano se refiere al derecho implícito a la verdad, no hay nada en la argumentación que desarrolla que permita concluir que se trata de un derecho cuya construcción e interpretación sean discretionales o subjetivas (exp. 2488-2002 HC/TC, párr. 13). Hubiera sido inaceptable que dicho Tribunal afirmara que la finalidad de proteger el derecho a la verdad era calmar los ánimos de las víctimas o el de sus familiares. Por el contrario, apelando a razones

⁶⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 209, n. 5.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 198.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 211.

⁶⁹ Hart, Herbert L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 35, 48, 60 y 64; “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de Liborio Hierro; Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, p. 8; “Discrecionalidad”, trad. de Juan Ramón de Páramo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014, pp. 90 y 94.

⁷⁰ Atienza, Manuel, “La sentencia sobre el aborto de la Corte Suprema mexicana”, 2011, p. 7, <http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/manuel-atienza.pdf>

que pueden ser calificadas de correctas, que parten de derechos explícitos en la Constitución, sostiene que es el derecho que tienen las víctimas o sus familiares a conocer las circunstancias en las que se cometieron las violaciones a los derechos humanos, el destino que corrió la víctima y a una reparación; y que ese derecho se deriva de los derechos a la dignidad, tutela efectiva y del principio de la forma republicana de gobierno, una de cuyas características es la transparencia de la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país y cómo se produjo la acción criminal de los terroristas.

La Corte IDH también ha invocado derechos no explícitamente reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como el derecho a la verdad (*Barrios Altos vs. Perú*),⁷¹ el derecho de acceso a la información pública (*Claude vs. Chile*),⁷² el derecho a la identidad (*Gelman vs. Uruguay*)⁷³ o los derechos a la consulta previa e identidad cultural (*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*)⁷⁴. En el primero de los casos mencionados, la Corte IDH se refiere al derecho a la identidad que “no se encuentra expresamente contemplado en la Convención”. El juez Ferrer Mac-Gregor se refiere a ellos como “derechos innominados no previstos convencionalmente” (*Gonzales Lluy vs. Ecuador*).⁷⁵ En cualquier caso, tampoco podría afirmarse que tales derechos dependen de la discrecionalidad de los jueces o que son el resultado de meros actos de autoridad.

Coincido con Atienza en que la concepción positivista del derecho, que lo concibe como un fenómeno exclusivo de autori-

⁷¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 48.

⁷² Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 77.

⁷³ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 122.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párrs. 159 y 212.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 23.

dad, no puede dar cuenta de la experiencia jurídica de los Estados constitucionales.⁷⁶ Una adecuada jurisdicción constitucional e internacional en derechos humanos está guiada por la idea de corrección; en tal sentido, no puede depender de un sustento tan endeble como la ideología que los jueces en turno puedan tener. No obstante, para evitar que los jueces sean acusados de activistas judiciales, es preciso que la justificación de sus decisiones no se salga de los márgenes del derecho,⁷⁷ y volvemos a la importancia de la concepción del derecho que se defienda.

III. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

3.1. ¿Derechos explícitos o implícitos?

Desde hace varios años, las organizaciones no gubernamentales (ONG) de defensa de los derechos de las mujeres han demandado la protección de los derechos sexuales y reproductivos, que suelen vincular al derecho al propio cuerpo en el ámbito de la sexualidad y de la reproducción. Estos incluirían el derecho a la libertad sexual, a la integridad sexual, al placer, a la expresión sexual emocional o el derecho a la planificación familiar.⁷⁸ En los textos sobre derechos sexuales y reproductivos de las ONG, son presentados como parte del contenido de los derechos (explícitos) a la vida, integridad,⁷⁹ dignidad, libertad, intimidad, salud y no discriminación.⁸⁰ Incluso se afirma que “son los mismos derechos

⁷⁶ Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino..., *cit.*, p. 313.

⁷⁷ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial..., *cit.*, p. 30.

⁷⁸ Flora, “¿Cuáles son los derechos sexuales y derechos reproductivos?”, <http://www.flora.org.pe/aoe/derechos4.htm>

⁷⁹ Colombia Aprende, http://www.colombiaprende.edu.co/html/productos/1685/articles-172254_recurso_1.pdf

⁸⁰ Ahumada, Claudia y Kowalski-Morton, Shannon, *Derechos sexuales y reproductivos. Guía para activistas jóvenes*, Ottawa, Youth Coalition, 2006, p. 12, http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/guia_activista_dsdr_withcover.pdf; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Módulo conceptual derechos sexuales y reproductivos, 2008, p. 24, <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/RecursosMulti>

humanos interpretados desde la sexualidad y la reproducción”;⁸¹ sin embargo, como se ha sostenido, que un derecho sea explícito o implícito depende del ordenamiento jurídico, lo que es especialmente relevante tratándose del sistema interamericano de protección de derechos humanos, siendo que la CADH contiene menos derechos explícitos que las constituciones de la región. Además, como veremos, la Corte IDH no es —hasta el momento— competente para pronunciarse sobre la vulneración de varios derechos sociales (como a la salud).

Si bien es común que quienes defienden los derechos sexuales y reproductivos se refieran a ellos de manera indiferenciada, es posible distinguir dos grupos. Por un lado, los derechos sexuales que garantizan que las personas tengan el control sobre su sexualidad, lo que se traduce, como mínimo, en la protección y/o garantía de:

- a) las decisiones sobre la elección de la pareja y la identidad sexual, sin discriminación;
- b) el ejercicio de la sexualidad sin violencia, coacción, abuso, explotación o acoso;⁸²
- c) el acceso a la información sobre todos los aspectos relacionados con la sexualidad, por ejemplo, las causas de las infecciones de transmisión sexual, y
- d) el acceso a los servicios de salud sexual que permitan atender y prevenir las infecciones de transmisión sexual y el VIH/sida.⁸³

Por su parte, los derechos reproductivos protegen y/o garantizan, como mínimo, lo siguiente:

media/Publicaciones/Editoriales1/Drechossexualesyreproductivos.pdf; Amnistía Internacional, *Hacer realidad los derechos sexuales y reproductivos. Marco de derechos humanos*, 2012, p. 25, <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/56-hacer-realidad-los-derechos-sexuales-y-reproductivos-marco-de-derechos-humanos.html>; Profamilia, *Derechos sexuales y reproductivos. Un enfoque desde adolescentes y jóvenes*, pp. 2-5, http://www.profamilia.org/ni/almacen/programas/derechos_Sexuales_Reproductivos.pdf

⁸¹ Profamilia, *El sexo siempre es noticia*, p. 14, <http://profamilia.org/wp-content/uploads/2015/05/Guia%20tematica%20para%20periodistas.pdf>

⁸² *Ibidem*, p. 16.

⁸³ *Idem*.

- a) la decisión sobre cuándo y cuántos hijos tener;
- b) la disponibilidad de información sobre métodos anticonceptivos y el acceso a los mismos;
- c) el acceso a la tecnología en materia reproductiva;
- d) la decisión de interrumpir el embarazo, en determinadas circunstancias, y a contar con los servicios adecuados para ello;
- e) la prohibición de discriminación, coacción o violencia en materia reproductiva, y
- f) la disponibilidad de servicios adecuados en materia de salud reproductiva, que permitan embarazos y partos sin riesgos.

En el caso peruano, algunos de los derechos reproductivos se encuentran explícitamente reconocidos en la Constitución, como a acceder a métodos anticonceptivos (art. 6); en cambio, este derecho puede ser implícito en otro ordenamiento de la región. En el caso de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, los derechos sexuales y reproductivos son explícitos (art. 66), lo que no los exime de la tarea de interpretación.

Los derechos en análisis son un buen ejemplo de conceptos esencialmente controvertidos;⁸⁴ con el resurgimiento de lo religioso en la esfera pública,⁸⁵ los dardos se han dirigido hacia ellos. Sin duda, su eficacia enfrenta diversos obstáculos, como la falta de Estados laicos y la existencia de una moral social que coloca inequívocamente el valor de la religión por encima de las libertades.⁸⁶ Reflejo de ello son las diversas demandas presentadas en

⁸⁴ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley...*, cit., p. 187; Atienza, Manuel, “Dworkin, la eutanasia y la idea del derecho”, en Sauca, José María (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 79 y 80.

⁸⁵ Blancarte, Roberto, “Género, mujeres y Estado laico”, en Cruz Parceros, Juan Antonio y Vásquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara, 2012, p. 95; Beltrán, Elena, “Lo respetable, lo razonable y lo intolerable: liberalismo político y creencias religiosas”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Entre Estado y cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, p. 214.

⁸⁶ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”..., cit., p. 66.

muchos países de América Latina contra la anticoncepción oral de emergencia. Lo son también las controversias judiciales sobre la despenalización del aborto, el matrimonio homosexual o el cambio de sexo. Por eso fue tan importante que la Corte IDH hiciera mención a los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia del caso *Artavia Murillo*.⁸⁷

Tanto Ronald Dworkin como Francisco Laporta han señalado que muchos de los problemas que los jueces tienen que resolver y que los juristas enfrentan son filosóficos.⁸⁸ Son también dilemas de este tipo la determinación de si la CADH protege los derechos sexuales y reproductivos y si estos son explícitos o implícitos.

3.2. El caso *Artavia Murillo*

Como se sabe, el caso *Artavia Murillo* llegó al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) porque la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo 24029-S de 1995, que regulaba la técnica de fecundación *in vitro*. Tal disposición prohibía la fertilización de más de seis óvulos por tratamiento, disponía que todos los óvulos fertilizados debían ser transferidos al vientre materno y prohibía que se preservaran óvulos fertilizados para subsecuentes transferencias. La mencionada Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de ese decreto por problemas de forma y por atentar contra la vida y dignidad del ser humano, afirmando que el no nacido es persona.

El caso fue finalmente resuelto por la Corte IDH, que condenó a Costa Rica por la vulneración de los derechos a la integridad, la libertad personal, la vida privada y a fundar una familia, regulados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del Tratado (X. Puntos resolutivos). Sin

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

⁸⁸ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 17-20; Laporta, Francisco, “El ensayo ‘Objectivity and Truth: You’d Better Believe it’ de 1996 y la teoría ética de Dworkin”, en Sauca, José María (ed.), *op. cit.*, p. 22.

embargo, en el capítulo VIII de la sentencia, se pronuncia por la violación del “derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, *salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico* y el principio de no discriminación”, afirmando que determinaría, en primer lugar, el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, y su conexión con *otros derechos convencionales*” (párr. 136, cursivas añadidas), porque no es competente para pronunciarse sobre la violación de los derechos a la salud y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, regulados en los artículos 10 y 14, inciso b), del Protocolo de San Salvador.

La Corte IDH sostiene que el caso *Artavia Murillo* trata “de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los *derechos reproductivos* de las personas” (párrs. 144 y 277, cursivas añadidas). Además, señala que en este caso la injerencia estatal se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar las personas afectadas “para ejercer sus *derechos sexuales y reproductivos*” (párr. 161, cursivas añadidas).

¿Es posible sostener que la CADH protege los derechos sexuales y reproductivos? En mi opinión, la respuesta es afirmativa, pero no porque la Corte IDH ofrezca —como diría Atienza— una motivación correcta, lo que tiene que ver con la calidad de las razones.⁸⁹ La sentencia contiene muy buenos y claros argumentos para justificar que el derecho a la vida no es ilimitado,⁹⁰ pero lamentablemente no sucede lo mismo con la argumentación que desarrolla sobre los sexuales y reproductivos.

Para explicar la motivación inadecuada de la Corte IDH en materia de los citados derechos, es preciso, al menos, tener en cuenta dos cosas. La primera es que, a través de su jurisprudencia,

⁸⁹ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial...”, *cit.*, p. 13.

⁹⁰ Ruiz Miguel, Alfonso y Zúñiga, Alejandra, “Derecho a la vida y Constitución. Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014.

dencia, ha establecido que el *corpus iuris* para la protección de los derechos humanos no se limita a los tratados, resoluciones o decisiones del SIDH, sino que incluye los del Sistema Universal.⁹¹ De este modo, son frecuentes —y hasta exasperantes— las largas citas (consistentes en copiar y pegar) que realiza de las observaciones y recomendaciones de los comités de supervisión de los tratados del ámbito universal, con el objeto de “interpretar” los derechos regulados en la CADH.

La segunda es el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que establece límites a la competencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales, salvo en los casos del derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y el derecho a la educación:

Medios de protección. [...] 6. En caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹²

A pesar de ello, la Corte IDH se pronuncia expresamente, por ejemplo, sobre las afectaciones a la salud, a la luz de la Observación General 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Eco-

⁹¹ Véase, por ejemplo, Corte IDH. OC-16/1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 25; OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17, párrs. 26, 92 y 126; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Serie C, núm. 63, párrs. 194 y 196. También Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 43; *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica...*, *cit.*, párr. 191.

⁹² Véase Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, *cit.*, párr. 47.

nómicos, Sociales y Culturales)”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). En esos casos, ha señalado que hay una relación o conexión entre el derecho a la vida (o integridad) y el derecho a la salud.

Una lectura detallada de la observación general 14 permite sostener que algunos de sus párrafos pueden servir para dotar de contenido al derecho a la salud, pero también contiene muchos otros que, más que para interpretarlo, sirven para dotar de contenido a una directriz (p. ej., el párr. 11, que se refiere a que los Estados deben propender a la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitarios, nacional e internacional) o incluso a reglas de fin del ámbito doméstico.⁹³

La cuestión no es baladí si se piensa en la justiciabilidad de los derechos sociales ante el SIDH, pues “normas que establezcan metas u objetivos de política pública son extrañas a un tratado cuyo objetivo es reconocer derechos individuales y obligaciones para los Estados”.⁹⁴

En algunos casos resueltos por la Corte IDH, la relación entre el derecho a la vida (o a la integridad) y el derecho a la salud es muy clara (*Ximenes Lopes vs. Brasil* y *Gonzales Lluy vs. Ecuador*), pero en otros no lo es en la misma medida (*Artavia Murillo vs. Costa Rica*). Por esa razón, es insuficiente hacer una simple referencia a la conexión entre derechos o invocar el artículo 29, inciso b), de la CADH para ampliar el alcance de los derechos explícitos,⁹⁵ como una suerte de varita mágica que se usa para, sin mayor argumentación, interpretarlos.

⁹³ Sobre el tema véase Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 71-99.

⁹⁴ Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, núm. 9 (núm. especial), abril de 2007, p. 40

⁹⁵ CADH, art. 29: “Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]”.

En *Artavia Murillo*, la Corte IDH afirma que el derecho a la vida privada se vincula con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva, citando el artículo 16, inciso e), de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que regula el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, así a acceder a la información, educación y a los medios anticonceptivos. La Corte IDH se limita a decir que “este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad” (párr. 146); sin embargo, no queda claro qué derecho o derechos de la CADH protegen los distintos contenidos del artículo 16, inciso e), de la CEDAW (como el acceso a métodos anticonceptivos)⁹⁶ o por qué el derecho a la vida privada protege el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva (¿por qué no el derecho a la vida o a la libertad?).

Un párrafo más abajo, la Corte IDH añade que existe “una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”, como si la libertad reproductiva fuera algo distinto del derecho explícito a la autonomía (art. 7).

Asimismo, afirma que “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho”⁹⁷ (párr. 150) y que “conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de beneficiarse

⁹⁶ CEDAW, art. 16: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...]”.

⁹⁷ El derecho al goce de los beneficios del progreso científico se encuentra reconocido en los arts. XIII de la Declaración Americana y 14.1, inc. b), del Protocolo de San Salvador.

del progreso científico y de sus aplicaciones, lo que incluye acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de reproducción asistida” (párr. 150).

Merece especial atención la cita textual que hace de la definición de derechos reproductivos contenida en el Programa de Acción de El Cairo (párr. 7.3), según la cual,

los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Tampoco menciona qué derechos explícitos de la CADH protegen los derechos reproductivos definidos en dicho programa de acción, pero cita la definición de salud reproductiva contenida en el mismo,⁹⁸ recordando que en este se insta a los gobiernos a

⁹⁸ Programa de Acción de El Cairo, art. 7.2: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de una mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, con la salud sexual. Incluye también la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con él y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como de otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como un conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la

proporcionar técnicas de fecundación *in vitro* (párrs. 148 y 149); sin embargo, tampoco hay ningún esfuerzo por argumentar en qué medida la salud sexual está protegida por el derecho a la integridad.

Hay párrafos de la sentencia de los que se desprende que los derechos reproductivos están protegidos por derechos explícitos y, en otros, parece que se trata de derechos distintos, implícitos, como es el caso del párrafo 278, en el que la Corte se refiere a los derechos a la intimidad y a la autonomía como si fueran diferentes a los reproductivos.⁹⁹ En todo caso, la construcción de principios implícitos requiere llevar a cabo una argumentación muy distinta a la que se desarrolla en el caso *Artavia Murillo*, ya que ni siquiera el lenguaje que utiliza es uniforme: en un párrafo se refiere a los derechos sexuales y reproductivos y en otros a los reproductivos.

Lo que sí se desprende claramente del caso *Artavia Murillo* es que, para la Corte IDH, no respetar la decisión de tener hijos biológicos a través de técnicas de reproducción asistida viola los derechos explícitos a la integridad personal, la libertad personal, así como a la vida privada y familiar (párr. 271). Si bien puede interpretarse que la Corte hace suyas las definiciones contenidas en el Programa de Acción de El Cairo sobre los derechos reproductivos y la salud reproductiva, no argumenta si los derechos explícitos a la libertad, integridad y vida privada incluyen todas o algunas de sus manifestaciones.

En cuanto a la definición de los derechos sexuales no dice nada, quizás porque esa expresión no es empleada ni en el Programa de Acción de El Cairo ni en la observación general 14. En este último supuesto es más notorio que la Corte IDH carece de una teoría moral que permita dotarlos de contenido.

salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

⁹⁹ En el punto 7 de la parte resolutive de la sentencia, la Corte IDH ordena al Estado implementar programas de capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación para los funcionarios judiciales. Véase también el punto 1. b) de su resolución de supervisión del cumplimiento de la sentencia de *Artavia Murillo* (2016).

En una sentencia posterior, dictada en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sobre una niña de tres años que fue contagiada de VIH/sida por una transfusión de sangre, no hay referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos. En este tema, la Corte IDH no habla con una sola voz; cita el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño (que regula el derecho a la salud) y vuelve a copiar y a pegar extensos párrafos de la referida observación general 14 del Comité DESC, además de hacer lo mismo con la Observación General 3, “El VIH/sida y los derechos del niño”, del Comité de los Derechos del Niño, así como con las Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida. En este caso, la Corte IDH se refiere a la conexidad entre el derecho a la vida y a la salud, y también declara violado el derecho a la educación, regulado en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en virtud de que a la niña se le había impedido estudiar por tener VIH/sida, y este es uno de los derechos sociales respecto del que sí tiene clara competencia.

Entiendo que en *Artavia Murillo*, la Corte IDH intenta desarrollar al máximo el derecho a la integridad para proteger la salud reproductiva; sin embargo, ello exige una mayor argumentación, ya que no debe limitarse a la afirmación de que la salud se relaciona con el primero de los derechos mencionados o a utilizar la expresión “derechos sexuales y reproductivos”. La correcta motivación tampoco pasa por copiar y pegar extensos párrafos de los documentos de las Naciones Unidas. Si hubiera contado con una teoría moral sobre los derechos sexuales y reproductivos le hubiera sido más fácil establecer que algunas de sus manifestaciones están protegidas por derechos explícitos de la CADH.

Por otro lado, el sencillo argumento de la Corte IDH de que el artículo 29, inciso b), de dicho texto sirve para ampliar el alcance de los derechos ahí regulados (para proteger derechos sociales) no tendría por qué limitarse al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico (art. 14 b del Protocolo de San Salvador), sino que podría extenderse a cualquier otro derecho social. Des-

pués de todo, podría afirmarse que el derecho a la vida guarda relación con cualquier derecho social. Esta estrategia y las extensas citas de observaciones generales de las Naciones Unidas más bien traslapan contenidos de derechos diferentes (p. ej., integridad y salud) a tal punto que, por momentos, parece que se tratara de los mismos.

En su lugar, la Corte IDH debería resolver de mejor manera el problema de la tensión entre los artículos 26 y 29, inciso b), de la CADH y el 19.6 del Protocolo de San Salvador, que no es otro que el conflicto entre las dimensiones valorativa y autoritativa del SIDH. Esta tensión es expuesta en los votos concurrentes en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: por un lado, de los jueces Sierra Porto y Pérez Pérez y, por el otro, del juez Ferrer Mac-Gregor.¹⁰⁰ Ambas posiciones difieren en la forma en la que hay que solucionar ese conflicto, entre otras razones, porque invocan diferentes métodos de interpretación que llevan a resultados opuestos (interpretación literal, histórica y sistemática vs. interpretación evolutiva).

De acuerdo con Atienza, las normas dictadas por una autoridad juegan un papel de particular importancia en el derecho.¹⁰¹ Es claro que el artículo 19.6 limita la competencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales y, como he dicho, el artículo 29, inciso b), no es la varita mágica de la interpretación. Creo —como afirman Rossi y Abramovich—,¹⁰² que la protección de derechos sociales debe darse a partir de lo señalado por el artículo 26 de la CADH, en su capítulo III, sobre derechos económicos, sociales y culturales:

¹⁰⁰ Sobre el problema de la competencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales puede verse el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013). También véase Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 100, y *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 146 y 147.

¹⁰¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 59; Atienza, Manuel, “*Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*”..., cit., p. 33.

¹⁰² Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, *op. cit.*, p. 46.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA) contiene derechos y directrices. De manera muy preliminar, puedo señalar que la tarea consiste en interpretar qué normas de la Carta de la OEA contienen derechos y qué otras directrices y, además, a partir de los derechos explícitos, construir derechos implícitos. Nuevamente, debo afirmar la necesidad (utilidad) de contar con una teoría moral sobre los derechos en cuestión. Serán justiciables aquellos derechos sociales, explícitos e implícitos que se desprendan de la Carta de la OEA. Por otro lado, la progresividad a la que se refiere el citado artículo 26 no puede servir de excusa para el incumplimiento de los derechos sociales a los que alude.¹⁰³

IV. ALGO MÁS SOBRE LA JURISDICCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. LA IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONTEXTO DEL DESCUBRIMIENTO Y EL DE JUSTIFICACIÓN

Si bien hoy se relativiza la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación,¹⁰⁴ me parece útil traerla a colación en el caso de las decisiones de las altas cortes de justicia contrarias a los derechos sexuales y reproductivos, dado que los argumentos empleados en ellas son un buen ejemplo de razones explicativas que no tienen fuerza justificativa. Esta distinción sirve para llamar la atención sobre lo deplorable de las razones que guiaron las decisiones de tales cortes.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 40-44.

¹⁰⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 115.

Brevemente citaré cuatro ejemplos, dos centroamericanos y dos peruanos. El primero es el propio caso *Artavia Murillo*, en el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, muy progresista en otros temas, afirmó que el no nacido (concebido) era persona, considerando que en el óvulo fecundado aparecen los 23 cromosomas del espermatozoide y los 23 cromosomas del ovocito, es decir, el código genético. Además, sostuvo que la limitación al derecho a la vida “destruye el contenido mismo del derecho” (1995, cdo. VI), como si la vida fuera un derecho absoluto; lo que es incorrecto incluso a la luz del ordenamiento jurídico costarricense, que despenaliza el aborto terapéutico y regula la legítima defensa.

El segundo es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano (exp. 02005-2009-PA/TC), en virtud de la cual se prohibió la distribución gratuita de la anticoncepción oral de emergencia, supuestamente para proteger la vida del no nacido, pues en el óvulo fecundado se unen los 23 cromosomas femeninos y los 23 masculinos (fund. 23 i). Sin embargo, no prohibió la venta del anticonceptivo en farmacias, lo que resulta no solo discriminatorio, sino injustificable, incluso si se sigue el argumento de la protección del no nacido.

El tercer ejemplo es el del dictamen de la Corte Suprema de Honduras en contra de la anticoncepción oral de emergencia, en el que también se hace referencia a los 23 pares de cromosomas, y se sostiene que la interpretación de los derechos constitucionales depende de los patrones culturales y creencias de una determinada sociedad (2012, análisis jurídico), como si la protección de los derechos humanos dependiera de la moral positiva.

El cuarto caso —y, en mi opinión, el mejor ejemplo de mala argumentación— es un proceso de amparo presentado en Perú por un transexual ante la negativa del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) de modificar el sexo (de masculino a femenino) en el documento de identidad (exp. 00139-2013-PA/TC). El Tribunal Constitucional peruano declaró infundada la demanda apelando, entre otros, a los siguientes argumentos:

- 1) siendo que la diferencia de los sexos responde a una realidad biológica (cromosomas XX y XY), esta debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en la natura-

- leza de las cosas, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución (fund. 5);¹⁰⁵
- 2) hay posiciones científicas que abogan por un tratamiento psicológico-psiquiátrico “buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él (fund. 23), y
 - 3) la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros pues, si el transexual se casa, la otra parte no tendría forma de conocer que se ha dado esa modificación, lo que convertiría al registro civil en cómplice de engaño (fund. 41).

El Tribunal Constitucional no argumenta por qué el dato empírico (científico) sobre los cromosomas es razón para negar el cambio de sexo en el documento de identidad. Tampoco cita un solo estudio científico que demuestre que es posible “curar” el transexualismo. Finalmente, defiende una idea de las relaciones interpersonales que poco tienen que ver con las que se dan en el siglo XXI.¹⁰⁶

Como era de esperarse, los casos peruanos citados han sido materia de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ambos, la prohibición de discriminación jugará un rol clave; sin embargo, la argumentación a favor de los derechos del transexual requerirá del principio implícito a la identidad sexual (en la medida en que la CADH no regula de

¹⁰⁵ Constitución peruana: “Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”. Es injustificable que el Tribunal Constitucional haya interpretado que el término “naturaleza” equivale al dato biológico de los cromosomas.

¹⁰⁶ Tampoco se entiende por qué invoca el art. 103 de la Constitución, y mucho menos por qué interpreta que el término “naturaleza” equivale al dato biológico de los cromosomas.

manera explícita el derecho a la identidad) y de una teoría moral sobre cada uno de los derechos explícitos involucrados: dignidad, libertad, vida privada y no discriminación, que permita fundamentar que el derecho a la identidad sexual guarda coherencia con los derechos explícitos mencionados. Parte del camino ha sido recorrido en el caso *Atala Riffo vs. Chile*.

Algo que conviene recordar en las controversias sobre derechos sexuales y reproductivos es que el hecho de que la gente discrepe de cuál es la respuesta correcta, no quiere decir que no exista una o que sea imposible encontrarla.¹⁰⁷ Si hay una única respuesta correcta en los casos difíciles es porque existe una teoría de carácter moral y político que, adecuándose a los materiales jurídicos existentes, permite una mejor realización de los valores y objetivos de la práctica jurídica,¹⁰⁸ y esa idea vale también para la interpretación de la CADH, por cuanto uno de los objetivos del SIDH es —como diría Aguiló— la construcción o consecución de un derecho común.¹⁰⁹

Atienza sostiene que, en los Estados constitucionales, el derecho, en su conjunto, es aproximadamente justo, pues la mayoría de las normas constitucionales lo son y, por eso, los jueces pueden encontrar en la mayoría de los casos una respuesta justa sin salirse del derecho.¹¹⁰ Los jueces deben esforzarse por hacer justicia por medio del derecho,¹¹¹ aunque eso es exactamente lo contrario a lo que hicieron los jueces nacionales en los cuatro ejemplos mencionados. No obstante, el derecho puede contener disposiciones injustas y en estos casos el juez no puede desentenderse de los mandatos de la autoridad.¹¹²

¹⁰⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 550.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 578.

¹⁰⁹ Aguiló Regla, Josep, “Interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 256

¹¹⁰ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”..., *cit.*, p. 81; “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, Universidad de Alicante, 2013, p. 12 <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>.

¹¹¹ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”..., *cit.*, p. 83.

¹¹² *Idem*.

El artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador es un buen ejemplo de lo afirmado: obviamente sería más justo que la competencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales no fuera limitada, pero, aunque estemos en desacuerdo con el contenido de esa norma, no podemos pasar por alto la dimensión autoritativa del derecho. No puede decirse que las razones sustantivas derrotan siempre a las autoritativas.¹¹³ A Atienza también le debemos la idea de que los jueces tienen un papel activo en la protección de derechos, pero no ilimitado.¹¹⁴

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000.
- , “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012.
- , “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras”, en LIFANTE VIDAL, Isabel (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2010.
- AHUMADA, Claudia y KOWALSKI-MORTON, Shannon, *Derechos sexuales y reproductivos. Guía para activistas jóvenes*, Ottawa, Youth Coalition, 2006, http://www.espolea.org/uploads/8/7/2/7/8727772/guia_activista_dsdr__withcover.pdf
- ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. de José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005.
- , *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. de Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, núm. 18.
- , “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.

¹¹³ Atienza, Manuel, “Comentario al nuevo libro de Ramón Ortega...”, *cit.*, p. 4.

¹¹⁴ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”..., *cit.*, p. 83.

- y PECZENIK, Aleksander, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Iuris*, vol 3, núm. 1, marzo de 1990.
- ALONSO VIDAL, Horacio José, “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2014.
- , *Bioética, derecho y argumentación*, 2a. ed., Lima-Bogotá, Pa-lestra-Temis, 2010.
- , *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , *La guerra de las falacias*, Puebla, Cajica, 2004.
- , “El derecho al propio cuerpo y sus consecuencias”, Universidad de Alicante, 2016, <http://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168>
- , “Objetivismo moral y derecho”, Universidad de Alicante, 2016, <http://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>
- , “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, 2015.
- , “Comentario al nuevo libro de Ramón Ortega, El modelo constitucional de derechos humanos. Estudios sobre constitucionalización del Derecho”, Blog *La mirada de Peitho*, enero de 2015, <http://lamiradadepeitho.blogspot.pe/2015/01/comentario-al-nuevo-libro-de-ramon.html>
- , “Dworkin, la eutanasia y la idea del derecho”, en SAUCA, José María (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- , “Más allá del constitucionalismo y del formalismo”, Blog *La mirada de Peitho*, enero de 2014, <http://lamiradadepeitho.blogspot.pe/search/label/Ecuador>
- , “Ponderación y sentido común”, Universidad de Alicante, 2014, dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache

- , “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014.
- , “Justicia constitucional y escepticismo moral”, *Justicia y Sufragio*, 2013, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf>
- , “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, Universidad de Alicante, 2013, <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>
- , “Una oportunidad perdida”, Blog *La mirada de Peitho*, diciembre de 2013, <http://lamiradapeitho.blogspot.pe/search?updated-min=2013-01-01T00:00:00-08:00&updated-max=2014-01-01T00:00:00-08:00&max-results=3>
- , “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.
- , “La sentencia sobre el aborto de la Corte Suprema mexicana”, 2011, <http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/manuel-atiENZA.pdf>
- , “A vueltas con la ponderación”, *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, núm. 1, 2010, http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_13174.pdf
- , “Sobre ‘Creación judicial del Derecho’ de Eugenio Bulygin”, en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009.
- , “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurid*, Manizales, Colombia, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre de 2009, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>
- , “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, septiembre de 2008, <http://revistesub.edu/index.php/RBD/article/view/7791/9692>
- , “Argumentación y Constitución”, en AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (coords.), *Fundamentos para una teoría de la Constitución*. Madrid, Iustel, 2007.
- , “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista Internacional de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- y RUIZ MANERO, Juan, “La dimensión institucional del derecho y su justificación jurídica”, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009.

- y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996.
- BELTRÁN, Elena, “Lo respetable, lo razonable y lo intolerable: liberalismo político y creencias religiosas”, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (ed.), *Entre Estado y cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014.
- BLANCARTE, Roberto, “Género, mujeres y Estado laico”, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁSQUEZ, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara, 2012.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.
- , “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../2056>
- GASCÓN, Marina y LORA, Pablo de, *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- , *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “Releyendo a Hart”, trad. de José María Sauca, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014.
- HART, Herbert L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , “Discrecionalidad”, trad. de Juan Ramón de Páramo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014.
- , “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de Liborio Hierro; Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980.

- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- , “El ensayo ‘Objectivity and Truth: You’d Better Believe it’ de 1996 y la teoría ética de Dworkin”, en SAUCA, José María (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- LIFANTE, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 25, 2002.
- MACCORMICK, Neil, *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. José Ángel Vega Reñón y Luis Vega Reñón, Lima, Palestra, 2016.
- , “Retórica y Estado de derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- RÓDENAS, Ángela, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.
- ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, núm. 9 (número especial), abril de 2007.
- RUIZ MANERO, Juan, “Una tipología de los principios constitucionales”, FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Un debate sobre principios constitucionales*, Lima, Palestra, 2014.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso y ZÚÑIGA, Alejandra, “Derecho a la vida y Constitución. Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, *Estudios Constitucionales*, año XII, núm. 1, 2014.

PARTE III
EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD
EN CONTEXTO

¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?*

María José Añón**

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES NORMATIVAS Y CONCEPTUALES

Determinadas modificaciones legislativas en ámbitos tan básicos como el trabajo y sus condiciones, las pensiones, la protección de la salud, el acceso a los medicamentos o el régimen jurídico de la dependencia,¹ así como las consecuencias sociales ya constatables derivadas directa o indirectamente de las reformas —entre otras, el aumento del desempleo, el incremento de las tasas de pobreza y de exclusión, la reducción del gasto social, la limitación de prestaciones de bienestar social o las restricciones subjetivas en la titularidad de los derechos—, invitan a reflexionar sobre la reversibilidad de los derechos humanos y sus vías de justificación, y a introducir, como sugiere Calvo, “el lenguaje de los

* Este ensayo fue originalmente publicado en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 34, Época Segunda, enero de 2016, pp. 57-90. DOI: 10.14679/1020. Trabajo realizado en el marco del proyecto DER2013-48284-R del programa estatal de I+D+I y el proyecto GVPrometeoII2014-078, programa de investigación de la Generalitat Valenciana. Agradezco a Pablo Miravet la atenta lectura y revisión del texto.

** Universidad de Valencia

¹ Center for Economic and Social Rights, *Visualizing Rights: a Snapshot of Relevant Statistics on Spain*, Fact Sheet núm. 14, enero de 2015.

derechos en la lucha frente al retroceso de los derechos sociales y a los recortes del gasto social”.²

El principio de no regresividad constituye un parámetro adecuado para el análisis argumentativo de la vulneración de los derechos humanos,³ especialmente si existe algún reconocimiento de instrumentos jurídicos e institucionales orientados a asegurar, a distintos niveles, la protección de los derechos —o la equiparación y la interdependencia de todas las categorías de derechos—. Aquellos dispositivos son heterogéneos: garantías explícitas o implícitas del principio de estabilidad o de conservación de los derechos, prohibiciones constitucionales de actos retroactivos lesivos para aquellos, desarrollos constitucionales y doctrinales sobre su limitación o ciertos principios como el de seguridad o el de confianza legítima. El campo de aplicación de la prohibición de regresividad es distinto al de otros principios con los que, sin embargo, guarda relación, y cuyo reconocimiento se revela necesario para identificar las medidas que provocan la erosión o la directa supresión de los derechos sociales sin que se altere el texto constitucional.⁴ En la valoración de las normas que comportan el deterioro, la degradación o la derogación implícita

² Calvo García, Manuel, “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en Bernuz Beneitez, María José y Calvo García, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 120 y ss.

³ Sobre la apreciación de regresividad en derechos comprendidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos puede verse: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Comité de Derechos Humanos, 20 de julio de 2015. Respecto a los derechos integrados en el PIDESC existe la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Como señala Courtis, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación del goce de los derechos del PIDESC hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda quedar justificada por el Estado. Véase Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 60-63.

⁴ Sarlet, Ingo Wolfgang, “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 14.

de los derechos sociales —y que pueden, por tanto, interpretarse como una violación de los mismos— intervienen argumentos centrados en la dignidad de la persona, la autonomía, el límite del mínimo existencial, la finalidad de derechos individualmente considerados o la seguridad jurídica.

La prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales está ligada al principio de constitucionalidad y, más ampliamente, al valor de la Constitución como límite normativo al poder. La cláusula del Estado social, que se inserta en este complejo de valores, es seriamente puesta en cuestión en el caso de la regresión de derechos sociales, de modo que la supresión de los derechos y/o el retroceso de su tutela no solo podría suponer una arbitrariedad, sino también una auténtica vulneración del contenido del modelo de Estado social y democrático de derecho.⁵

La prohibición de regresividad tiene igualmente anclaje en las normas de derechos humanos y en el principio de convencionalidad entendido en un sentido amplio,⁶ pero ha encontrado su acomodo normativo y doctrinal más sólido en los tratados de derechos humanos y en su interpretación —concretamente, en la exégesis doctrinal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)—. El Comité DESC fija como una de las obligaciones de los poderes públicos respecto a los derechos sociales la obligación negativa de no regresividad,⁷ esto

⁵ Sala Sánchez, Pascual, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Valencia, Universitat de València, 2014, p. 83.

⁶ Jimena Quesada, Luis, “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 24 y 25; Salcedo Beltrán, María del Carmen, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex-Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 41 y 42.

⁷ Sobre la obligación de progresividad véase Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos

es, la prescripción de no adoptar medidas, no aprobar normas jurídicas o no implementar políticas públicas que empeoren sin justificación la situación de los derechos sociales, y también establece pautas y salvaguardas en garantía de su justificación. Como subraya Pisarello, esta tesis no es ajena a la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales —es decir, la prohibición de supresiones definitivas en materia de derechos sociales— desarrollada por la doctrina alemana como corolario de la idea misma de la fuerza normativa de la Constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos.⁸

La aceptación del principio de no regresividad, sin embargo, no es pacífica, y la crítica a su vigencia está estrechamente conectada a la concepción de los derechos sociales como derechos en una permanente minoría de edad,⁹ una doctrina que resulta funcional a los retrocesos derivados de las transformaciones legislativas de orden regresivo, en la medida en que asume como argumento insuperable el carácter progresivo de las obligaciones derivadas de los derechos sociales, la indeterminación de los enunciados de las normas que los reconocen, su consideración como construcción anómala de la dogmática del derecho subje-

Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, pp. 117-152; Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 80; Courtis, Christian, *El mundo prometido...*, cit., pp. 55-99.

⁸ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 62; Ponce Solé, Julio, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Barcelona, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

⁹ Una posición crítica y bien argumentada frente a esta teoría sobre los derechos sociales en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, cap. 1; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, cit., cap. 4; *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 35-42; Cascajo Castro, José Luis, "Derechos sociales", *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; Miravet, Pablo, *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, cap. 4; Añón Roig, María José, "Derechos sociales cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 15-41.

tivo y, en fin, su identificación con principios meramente políticos, posiciones jurídicamente no estructuradas o, en todo caso, normas de efecto indirecto dependientes de un desarrollo legislativo ulterior caracterizado por la libertad ilimitada al legislador para configurarlos, imponerles restricciones injustificadas e incluso anularlos.¹⁰

De todo ello se siguen dos reflexiones. Por un lado, esta consideración de los derechos de contenido socioeconómico descansa en un planteamiento insustancial y pobre sobre la normatividad de la Constitución y la relevancia del bloque de constitucionalidad, así como en el desconocimiento deliberado de que en él se halla incorporado un amplio conjunto de garantías institucionales de los derechos, es verdad que obviadas en numerosas ocasiones¹¹ —entre ellas destacan los tratados de derechos humanos, de los que en muchas ocasiones se hace un uso meramente retórico o programático—.¹²

Por otro lado, y como señala Pisarello, no es casual que, desde el punto de vista jurídico, la tesis de la naturaleza programá-

¹⁰ No está de más recordar aquí que los derechos de cualquier tipo precisan de la acción del legislador. Al respecto, véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 225; Hierro, Liborio, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy”, en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 197.

¹¹ Revenga afirma: “no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento”. Véase Revenga Sánchez, Miguel, “Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional”, en Bernuz Beneitez, María José y Calvo Charro, María (eds.), *op. cit.*, pp. 81 y 82.

¹² Sin duda, en este aspecto, las variaciones son evidentes y muy relevantes respecto de los sistemas constitucionales que acogen, en diversos grados, los tratados de derechos humanos como criterios de validez constitucional. Sobre ello, Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. Sobre la obligación de los tribunales a nivel estatal de tomar como guía la interpretación del PIDESC desarrolladas por el Comité DESC véase, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 70-76.

tica de los derechos sociales y su caracterización como criterios interpretativos que imponen al legislador su desarrollo y concreción fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la articulación normativa del Estado social y sus técnicas de intervención.¹³ De ahí la necesidad de enriquecer la calidad democrática del sistema jurídico y consolidar, para ello, la construcción teórica de la unidad y la interdependencia de todos los derechos —una perspectiva más compleja, pero más plausible, fértil y, en aparente paradoja, más realista que la que acabamos de ver—, y de ahí también la necesidad de atribuir la nota de la fundamentalidad a los derechos sociales y de reconocer, sin ambages, que forman parte de las bases de la asociación política y que son un componente central de la democracia constitucional entendida como ideal complejo.¹⁴

Como he anticipado, la regresividad o reversibilidad consiste conceptualmente en la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en términos de titularidad y contenido, tomando en consideración ya el grado de goce y ejercicio de un derecho desde que es instituido —es decir, el nivel inicial de reconocimiento institucional y protector—, ya cada mejora progresiva del ámbito de su tutela.¹⁵ De algún modo, aquel grado (o

¹³ Miravet, Pablo, *op. cit.*, cap. 4; Susín Betrán, Raúl, “Derechos sociales-trabajo-ciudadanía-democracia. Una relación necesaria (y conveniente)”, en Bernuz Beneitez, María José y Calvo Charro, María (eds.), *op. cit.*, pp. 163-194.

¹⁴ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 17-40. Díaz afirma que el modelo constitucional se asienta sobre un Estado social y democrático que provee su legitimidad y su legitimación. En un sentido coincidente, Ferrajoli habla del constitucionalismo social como una de las tres vías de desarrollo legítimo del Estado constitucional. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, cap. 1. Véase también Morales, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 301; Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en Bernuz Beneitez, María José y Calvo Charro, María (eds.), *op. cit.*, pp. 23-42.

¹⁵ Ponce Solé, Julio, *op. cit.*, pp. 23 y 24; Carro, José Luis; Míguez, Luis y Almeida, Marcos, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social”,

nivel) constituye un estándar que permite verificar la ocurrencia de una dinámica regresiva y, en definitiva, vulneradora del ajuste del desarrollo de un (o los) derecho(s) a un parámetro como el del contenido esencial, sobre el que ahora me detendré.¹⁶

Desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos, la obligación de no regresividad comporta para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho desde la adopción del PIDESC —o, como se dijo, respecto a cada mejora progresiva—.¹⁷ Tal prohibición es una obligación de respeto, de contenido negativo o de no hacer, según la clasificación aceptada con carácter general que distingue las obligaciones de respeto, de protección y de realización.¹⁸ Como obligación negativa, la obligación de no regresividad constituye, por tanto, uno de los deberes típicamente sujeto a revisión, tanto por los tribunales de justicia internos como por los órganos y tribunales internacionales.¹⁹

Abramovich y Courtis señalan que este tipo de obligación no es extraña a la tradición jurídica iberoamericana y que guarda relaciones de semejanza con el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, ya que ambos tienen como objeto el aseguramiento del debido proceso sustantivo.²⁰ La regresividad normativa²¹ se determina a través de un análisis compara-

Estructuras administrativas y racionalización del gasto público, Barcelona, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2012.

¹⁶ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás...*, cit., p. 6; del mismo autor, *El mundo prometido...*, cit. pp. 55 y ss.

¹⁷ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸ Comité DESC, Observación General (OG) 3, párrs. 9 y 10. La obligación de progresividad y prohibición de regresividad, de acuerdo con el Comité DESC, encuentran su sentido en el principio de efectividad de todos los derechos reconocidos en él. *Cfr.* Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 84; Sepúlveda, Magdalena, *op. cit.*, p. 143.

¹⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 96-116.

²⁰ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

²¹ Christian Courtis distingue entre regresividad de resultados que evalúa el retroceso en políticas públicas y regresividad normativa. Véase Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, cit., pp. 3-5.

tivo de la nueva regulación y la norma que esta ha modificado a fin de evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la anterior.

Ahora bien, este análisis no puede circunscribirse a contrastar las dos normas: la comparación ha de llevarse a cabo tomando como parámetro la garantía del contenido esencial, vinculada a los principios de constitucionalidad y convencionalidad. En este contexto adquieren relevancia los criterios orientados a la determinación de los derechos, entre los que destacan sus características o atributos²² y los indicadores de derechos humanos que se han elaborado hasta el momento, así como la teoría sobre los indicadores que los justifica,²³ herramientas que permiten evaluar tanto la progresividad o regresividad normativa y los indicadores de proceso y de resultado/evolución, como la progresividad o regresividad de una política pública.²⁴

La vulneración de la prohibición de regresividad normativa —sea la norma modificadora de rango legal o reglamentario— puede consistir en una reversibilidad de los derechos sociales que los elimine o que simplemente rebaje la calidad o la cantidad de prestaciones asociadas a los mismos.²⁵ Algunas medidas son *prima facie* regresivas y resulta más sencillo determinar que lo

²² Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*, hr/pub/12/5, 2012, pp. 35 y 36.

²³ Sobre indicadores de derechos humanos véase García Cívico, Jesús, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 179-219; “Indicadores y eficacia de los derechos”, en Bernuz Beneitez, María José y Calvo García, Manuel (eds.), *op. cit.*, pp. 133-162; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Indicadores específicos sobre derechos sociales*, “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, oea/ser/L/V/II.129, 5 de octubre de 2007. Informes del Observatorio de política social y derechos humanos.

²⁴ Hunt, Paul, *I Informe del relator especial del derecho a la salud*, 2003, párrs. 5-37.

²⁵ Un buen ejemplo de ello en el Real Decreto-ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público —que ha derogado la renta básica de emancipación de los jóvenes—, o la reforma del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012 (Real Decreto 1713/2010, que suprime diversas medidas de fomento en este ámbito).

son: ello depende, sobre todo, del grado en que un derecho ya se encuentra reconocido y con qué alcance.²⁶

Es abiertamente regresiva, por ejemplo, una norma que deje sin efecto el reconocimiento de una prestación social a personas imposibilitadas de procurarse un sustento de forma autónoma o que reduzca su cuantía sin adoptar simultáneamente medidas alternativas que compensen el recorte. Lo es igualmente una norma que introduzca requisitos y barreras adicionales que obstaculizan el ejercicio de un derecho; tal es, claramente, el caso del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones —apenas atenuado por su reforma parcial—, norma que, entre otras medidas, excluyó del derecho a la atención sanitaria pública a determinados colectivos, incluidos los nacionales de terceros países en situación de irregularidad administrativa (art. 1).

Un examen atento de este Real Decreto a partir del contenido esencial del derecho permite dilucidar si la reforma ha redefinido en profundidad el derecho a la protección de la salud, en la medida en que ha supuesto un cambio en la universalización de la asistencia sanitaria —fundada en el valor de la dignidad de las personas— que subyace al artículo 43 de la Constitución y que subyacía a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y al Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, normas que sentaron las bases de la universalización.

La vinculación del ejercicio efectivo del derecho a la condición de asegurado que introdujo la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2012 en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, ha comportado la “desuniversalización” del derecho, concretada en la exclusión de determinadas clases de sujetos del acceso a las prestaciones que constituyen el objeto del mismo.²⁷

²⁶ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 89.

²⁷ Solanes, Ángeles, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 31, pp. 127-162; Lema, Carlos, “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en

Con excepciones muy puntuales, la reforma exige a los “no asegurados” que cumplan determinadas condiciones, entre ellas un requisito de ingresos que no se exige a otros colectivos y cuya determinación depende de una disposición reglamentaria totalmente abierta.

En este contexto, el contenido esencial se presenta como un punto de referencia clave en nuestro tema, dicho esto en el sentido de que la posibilidad de articularlo y especificarlo en el caso de los derechos sociales puede, sin duda, reforzar la solidez de los mismos. De acuerdo con la doctrina del Comité DESC, una medida regresiva que afecte al contenido esencial de los derechos no comporta una mera presunción de incumplimiento, sino que constituye directamente una violación del Pacto no susceptible de justificación.

Existiría, así, un umbral mínimo conformado por el conjunto de obligaciones que integran cada derecho social que los Estados no pueden transgredir, ni siquiera en el caso de que se vean enfrentados a circunstancias externas que obstaculicen el cumplimiento pleno de obligaciones impuestas por el Pacto.²⁸

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la aplicación del principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales. Se trata de analizar cómo y en qué medida las decisiones normativas limitativas de derechos están constreñidas por las dos garantías o salvaguardas que me propongo examinar. La primera es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales, es decir, un conjunto mínimo de obligaciones y garantías necesarias para tutelarlos desligadas de presupuestos y metáforas ontológicas y esencialistas. La segunda es la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma.

Bernuz Beneitez, María José y Calvo García, Manuel (eds.), *op. cit.*, pp. 234-246. Véase, asimismo, *Informe Defensor del Pueblo, Informe Anual 2012*, p. 210; Dalli, María, “Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud”, *Universitas*, julio de 2015, pp. 3-31

²⁸ Sepúlveda, Magdalena, *op. cit.*, p. 143. Véase también Comité DESC, OG 3, párr. 10.

Entiendo que el análisis conjunto de ambas salvaguardas permite concluir que el principio de proporcionalidad es un razonamiento complementario y subsidiario —pero no alternativo— a la garantía del contenido esencial en el ámbito de la argumentación sobre la prohibición de regresividad. Obligación negativa que da contenido al principio de efectividad de los derechos humanos; principio que, a su vez, fundamenta la existencia de un derecho subjetivo “a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental”.²⁹

Este planteamiento permite distinguir las garantías institucionales y los derechos, distinción adecuada para superar la hermenéutica superficial del principio de efectividad de los derechos sociales, como la que parecen suscribir muchos intérpretes de la literalidad del texto constitucional que no comprenden que la prohibición de regresividad es la expresión más clara del carácter normativo y, por tanto, vinculante del principio de progresividad.³⁰

II. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: POR UNA VINCULACIÓN POSIBLE

En relación con las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en el derecho continental europeo ha arraigado hace décadas la tesis de que existe un contenido que actúa como barrera frente a posibles intervenciones arbitrarias de los poderes públicos. Generalmente, la doctrina ha vinculado la irreversibilidad de las conquistas sociales al núcleo esencial de los derechos, que vetaría la posibilidad de que, en la tarea de configuración del derecho, el legislador pudiera suprimirlo sin más o desconocer prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la Constitución sin un fundamento suficiente —o legislara de manera ar-

²⁹ Hierro, Liborio, *op. cit.*, pp. 211 y 212

³⁰ Arango, Rodolfo, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás... cit.*, p. 155.

bitraria, irrazonable y desproporcionada o violara la prohibición de discriminación—. ³¹

Desde perspectivas constitucionales y convencionales hay referencias al contenido esencial como parámetro adecuado para interpretar las obligaciones de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, deberes que tienen por objeto el aseguramiento del debido proceso sustantivo, es decir, la posibilidad de control sustancial del desarrollo legislativo de un derecho. ³²

La prescripción de no regresividad ha sido objeto de dos interpretaciones básicas. Pisarello señala que la primera concibe la prohibición como un principio débil cuyo fundamento es una comprensión de la Constitución como marco abierto y plural, realizable de acuerdo con distintos modelos sociales, políticas públicas muy diversas y un amplio margen de configuración legislativa. Según esta primera perspectiva, se reputa inconstitucional una reducción global o una supresión absoluta de derechos de contenido social, pero no modificaciones restrictivas de los derechos que el legislador instrumente apelando a criterios tales como la estabilidad económica o la reserva de lo financieramente posible.

Hay —escribe Pisarello— una segunda lectura del principio de no regresividad; se trata de una interpretación más enérgica que, por una parte, trata de conjugar la tesis de la apertura cons-

³¹ Carro, José Luis, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 377 y ss.; Vaquer, Marcos, “Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2012, p. 85; Loperena Rota, Demetrio, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

³² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 96; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, *cit.*, p. 65. También se propone la posibilidad de delimitar el contenido esencial en relación con el papel que podría jugar en la exigibilidad de los derechos sociales. *Cfr.* Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás...*, *cit.*, p. 56. Sobre los avances en la exigibilidad de derechos humanos puede verse Díaz Crego, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex-social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012, pp. 5-30

titucional y la deferencia hacia el legislador y, por otra, aboga por robustecer el principio a través de dos vías indirectas: la determinación de un “contenido mínimo” infranqueable para los derechos sociales y el control de proporcionalidad de las políticas públicas *prima facie* regresivas.³³

Argumentativamente, la tesis de la indisponibilidad negativa de los derechos encuentra su anclaje justificativo en todo un conjunto de principios: el valor normativo de la Constitución y la vinculación de todos los poderes a la misma, incluido el legislador (art. 9.1 de la Constitución española [CE]); la efectividad del texto constitucional en una materia que forma parte del contenido de la cláusula del Estado social y democrático de derecho; el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE),³⁴ y la apertura al derecho internacional de los derechos humanos (10.2 CE).

En la medida en que el contenido esencial es el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, constituye el canon al que debe someterse toda intervención de los poderes públicos sobre el derecho. Como sugiere Parra, el contenido esencial puede derivarse de un acervo normativo amplio integrado por las normas constitucionales, el bloque de constitucionalidad, los precedentes judiciales, los estándares de derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales³⁵. Como han señalado algunos autores —entre otros, Fredman—,³⁶ semejante complejo normativo contribuye a

³³ Pisarello, Gerardo, “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”..., *cit.*, p. 310.

³⁴ La indisponibilidad de un derecho social se ha vinculado a la dignidad de la persona, de la que el Tribunal Constitucional ha deducido, entre otras, la exigencia de suficiencia económica a efectos de limitar las posibilidades de embargo de bienes para no sacrificar el mínimo vital del deudor (stc 113/1989, FJ 3); la existencia de “un mínimo vital de subsistencia” al tratar los derechos derivados del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos (stc 19/2012, FJ 4) o la obligación del Estado de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE).

³⁵ Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ Fredman, Sandra, *op. cit.*, cap. 3.

contrarrestar y aun a superar la posible indeterminación de las normas de derechos sociales.

Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales son bien conocidas, de modo aquí me limitaré a hacer una referencia mínima a la cuestión.³⁷ La doctrina ha construido una doble clasificación: por un lado, la que distingue las teorías absolutas y relativas; por otro, la que diferencia las teorías espaciales y temporales.³⁸ Prieto³⁹ sostiene que, en general, pueden conjugarse dos interpretaciones que dan lugar a la teoría de la doble barrera protectora; de acuerdo con esta aproximación, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y, además, respetar su contenido esencial.

Dicho de otro modo: si una disposición limitadora de un derecho está justificada, pero llega a dañar su contenido mínimo o esencial, se tendrá por ilegítima, es decir, la intervención regresiva sobre el contenido esencial se considerará inadmisibles, pero la dimensión no esencial no queda desprotegida o desconstitucionalizada. No se trata de dejar al legislador libre en lo no esencial y vinculado en el núcleo indisponible porque no cabe hablar de “partes” del contenido de un derecho, como sostienen las teorías absolutas.

Por otro lado, incorpora la exigencia de justificación e incide en la idea de que el contenido esencial es el resultado del proceso de argumentación.⁴⁰ Esta concepción de doble barrera evita tanto la caracterización del contenido esencial como una suerte de espacio geográfico al interior del derecho como la visión escindida del derecho —que, como señala Prieto, “puede ser expresiva, pero es contradictoria y confusa”—.⁴¹ Existiría, así, un

³⁷ Remito al examen de Luis Prieto en su análisis de los límites a los derechos fundamentales: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 217-248.

³⁸ Sobre estas teorías véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 406 y ss.

³⁹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 233

⁴⁰ Tesis característica de las teorías relativas. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 288; Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 170

⁴¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 70.

núcleo inderogable de obligaciones básicas que no pueden ser desconocidas, no tanto en sentido esencialista u ontológico cuanto pragmático.⁴²

En principio, como apunta Courtis, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que pueden acudir los poderes públicos son taxativas y limitadas.⁴³ Los derechos, de este modo, se incardinan en una concepción que les asigna prioridad frente a otros fines y son el contrapunto de los argumentos económicos y/o consecuencialistas que apelan a la estabilidad presupuestaria o a la prohibición de déficit público; argumentos que, como vamos a ver ahora, están presentes en el razonamiento característico de la proporcionalidad.

Todo lo dicho hasta aquí no elimina los contornos difusos del concepto de contenido esencial. Delimitar el contenido esencial de un derecho en abstracto sigue siendo una tarea ardua que reclama el diálogo permanente entre las formas jurídicas y las realidades sociales, pues los niveles básicos de los derechos deben ser reinterpretados y reconstruidos en contextos concretos. Esta posibilidad es factible si se apoya en criterios orientativos: se trata de comprobar si, al final de la regulación legislativa, el derecho sigue siendo reconocible como un derecho constitucional que, en equilibrio y en tensión nunca resuelta con otros derechos o principios, sea tutelado por la Constitución. Existen propuestas sobre la determinación del contenido esencial a partir del bloque de constitucionalidad y los precedentes judiciales argumentativamente correctos como un referente intersubjetivo para la delimitación de aquellos componentes que permiten medir la progresividad y la no regresividad.⁴⁴

⁴² Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁴³ De acuerdo con la doctrina del Comité DESC, la obligación de adoptar medidas inmediatas para la realización de los derechos utilizando todos los recursos disponibles forma parte del mínimo esencial. Por tanto, la definición de un contenido mínimo esencial no puede significar un techo, sino un suelo a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo.

⁴⁴ Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 62.

Los enunciados de derechos constitucionales y de derechos humanos son inteligibles, pero adolecen de cierto grado de indeterminación, lo que comporta la necesidad de una intervención que, como se dijo, abreva en otras referencias normativas y bienes constitucionales para su concreción, desarrollo y efectividad. Una vía más fecunda en la determinación del contenido esencial es partir del principio de integridad e indivisibilidad de los derechos tomando como referencia tres parámetros: el principio de constitucionalidad y el bloque de constitucionalidad; el principio de convencionalidad en sentido amplio, y la interpretación sistemática de la interrelación entre los derechos sociales y otros derechos⁴⁵ a través de las garantías institucionales existentes y los sistemas de protección.⁴⁶

De estos tres parámetros se pueden extraer pautas interpretativas sobre el contenido esencial y sobre la prohibición de regresividad. Pensemos en la aportación realizada por la dogmática, que en cada país ha delimitado la jerarquía constitucional de los tratados internacionales. La doctrina sobre los tratados internacionales de derechos humanos y las resoluciones del Comité DESC ha evolucionado; su recepción y progresiva aceptación en el ámbito doméstico ha restringido, como subraya Rossi,⁴⁷ el espectro de posibles justificaciones para la adopción estatal de medidas regresivas a través del establecimiento de requisitos rigurosos y sistematizados que, en última instancia, se orientan a reconocer que el contenido mínimo es inderogable y las medidas regresivas no son aceptables. El Pacto carece de razón de ser si se puede interpretar en el sentido de que no establece una obligación mínima,⁴⁸ obligación que ha sido matizada en su ámbito de aplicación a través de diversos criterios:

⁴⁵ Díaz Crego, María, *op. cit.*, pp. 5-30; AA. VV., *Economic and Social Rights in the Courtroom. A Litigator's Guide to Using Equality and Non-Discrimination Strategies to Advance Economic and Social Rights*, Londres, Equal Rights Trust, diciembre de 2014.

⁴⁶ Sobre los límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos sociales véase Sala Sánchez, Pascual, *op. cit.*, pp. 77-83.

⁴⁷ Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 98, 99 y 114.

⁴⁸ Comité DESC, OG 3, párr. 10.

- a) la inderogabilidad del contenido mínimo y las obligaciones mínimas cuyo incumplimiento no es excusable.⁴⁹ Se habla, así, de un contenido inderogable como estándar que debe ser garantizado, con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables a las que han de hacer frente los Estados, así como de las obligaciones con efecto inmediato (de respeto y protección). La prohibición de regresividad es, en este sentido, una obligación de respeto;
- b) la demostración de que la medida regresiva adoptada es deliberada y se sigue de un examen exhaustivo de todas las medidas alternativas posibles, y
- c) la consideración de que las medidas regresivas están prohibidas y la afirmación expresa de que constituyen una violación del derecho.⁵⁰

La Constitución y el bloque de constitucionalidad del que derivan derechos expresos, las garantías institucionales, las obligaciones para los poderes públicos y los límites para su actuación son parámetros idóneos para analizar la constitucionalidad de una disposición e instrumentos jurídicos relevantes para decidir un caso constitucional particular. Precisamente, como he señalado, quienes defienden la posibilidad de hablar de un núcleo esencial de todos los derechos lo hacen a partir del valor normativo de la Constitución y de la vinculación a todos los poderes, incluido el legislador, a la misma, así como su efectividad en una materia —que, como se dijo, es el contenido de la cláusula del Estado social—.

Ilustraré la reflexión sobre la delimitación del contenido esencial desde la perspectiva de la irreversibilidad de los derechos sociales a través de la evolución reciente de su desarrollo normativo. Tomaré en consideración el bloque de constitucionalidad y la interrelación entre derechos constitucionales, a fin de

⁴⁹ Comité DESC, OG 14 sobre derecho a la salud, párr. 43. Un Estado parte no puede nunca, ni en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párr. 43 (*supra*), que menciona el contenido mínimo. Las medidas regresivas están prohibidas y expresamente se afirma que son una violación del derecho (véase OG 14, párr. 48).

⁵⁰ Comité DESC, OG 14 sobre el derecho a la salud, párrs. 32 y 48.

contrastar cómo de ahí surgen parámetros concretos y criterios bien perfilados para orientar adecuadamente la efectividad de los derechos, mediante la realización y el respeto a su contenido esencial.

Existe una previsión constitucional clara que hace referencia a los servicios públicos fundamentales (art. 158 CE); sin embargo, en España se ha registrado un proceso claro de regresión cuantitativa y cualitativa en la prestación de los mismos, así como la imposición de prestaciones coactivas —más elevadas o por nuevos conceptos— a sus usuarios.⁵¹ Junto a esta previsión constitucional existen criterios supralegales, constitucionales y convencionales que acotan tanto la libertad del legislador como la interpretación del contenido de estos derechos.

Como subraya Lozano,⁵² el primero de ellos es la atribución *ex constitutione* a los poderes públicos de la garantía específica de ciertos derechos y prestaciones, como la educación, la seguridad social, la salud pública, la atención y tratamiento de la discapacidad, las pensiones y los servicios sociales a la tercera edad (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE, entre otros), todos ellos definidos como servicios esenciales de la comunidad en los artículos 28.2, 37.2 y como “servicios públicos fundamentales” en el artículo 158.1. Cabe, en segundo término, mencionar la identificación del carácter esencial de un servicio como límite: jurisprudencialmente se

⁵¹ Modificaciones normativas mediante decretos-leyes, normas reglamentarias o meras resoluciones vulneradoras de la exigencia de reserva de ley. Entre ellos mencionaremos el Real Decreto-ley 14/2012, que aumentó el importe de las matrículas universitarias hasta el 100% del coste en algunos casos; el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, que elevó las aportaciones de los enfermos por los medicamentos y otras prestaciones, o el preámbulo de la Ley 10/2012, que crea y eleva las tasas judiciales. Coinciden en el término “racionalización” (también en materia de dependencia, Resolución de 13 de julio de 2012, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) y en que aplicarla a la educación universitaria, a la atención sanitaria y a la potestad jurisdiccional conlleva, en todos los casos, el aumento considerable de tasas y aportaciones por parte de los usuarios.

⁵² Lozano, Carmelo, “Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales”, en Malvárez, Luis Alberto y Ramírez, Salvador (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

ha definido “esencial” como la aptitud del servicio para ser condición material del ejercicio y disfrute de bienes constitucionales (stc 51/1986). Lo decisivo para esta calificación es, pues, que el servicio sea necesario para la satisfacción de derechos fundamentales y de bienes o intereses constitucionalmente protegidos (sts 14/4/2009).

En tercer lugar, la determinación de la financiación de los servicios públicos considerados esenciales, básicos, fundamentales o de interés general, según las distintas denominaciones plasmadas en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, delimita igualmente la acción del legislador. El artículo 158.1 CE prevé asignaciones presupuestarias del Estado para “los servicios públicos fundamentales” que garanticen un nivel mínimo de prestación en todo el territorio español. La Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (lofca) desarrolla normativamente el precepto. En su artículo 15.1 califica como servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales, y establece que no se satisface el nivel mínimo garantizado por la CE cuando su cobertura no alcanza “el nivel medio de los mismos en el territorio nacional”, mientras que el artículo 15.2 prevé para un fondo de garantía para su implementación.⁵³

Lozano sostiene que el mandato no es meramente financiero, sino más amplio y complejo. Por un lado, afirma que el mandato refuerza ciertos derechos reconocidos por otros preceptos constitucionales, asegurando que los servicios a través de los que se prestan alcancen una cobertura mínima que es responsabilidad del Estado; garantizándose así la efectividad de la CE y el respeto al contenido esencial. Por otro lado, el autor apunta que el propio bloque de constitucionalidad, a través de la lofca, que sustrae esa determinación al legislador ordinario, es “el que cierra el diseño constitucional fijando como servicios fundamentales los de sanidad, educación, y servicios sociales esenciales, reconocidos como derechos prestacionales individuales en la Constitución” (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE).

⁵³ Sobre la importancia de la igualdad como título competencial por la vía del artículo 149.1.1ª ce en la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de derechos, véase Vaquer Caballería, Marcos, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

Así, la garantía constitucional se configura a por dos barreras. Un primer límite mínimo infranqueable es el nivel de prestación ya existente en cada territorio en un momento dado, que no admite medidas regresivas. El segundo, establecido por la lofca, lo constituye el nivel medio de prestación en todo el territorio español. Finalmente, y como consecuencia de esta nueva normativa, es preciso mencionar las modificaciones al alza en las aportaciones que deben hacer los usuarios.⁵⁴

Justificadas a través de la apelación al déficit público, la sostenibilidad y la racionalización, obstaculizan en los hechos el acceso al servicio, pudiendo imposibilitarlo —como remarca Lozano— en algún caso por razones económicas, es decir, puramente discriminatorias y causantes de desigualdades injustificadas y arbitrarias. No puede ser acorde con la CE el impedimento y hasta el bloqueo del acceso a servicios que ella misma califica como fundamentales.

Con respecto a estas aportaciones de los usuarios, la sentencia 3429/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declara lo siguiente:

Siguiendo el hilo argumental, convendrá sentar que el copago regulado en el Decreto 113/2013 como precio público es, en la realidad jurídica, una tasa, que afecta a un servicio público esencial e imprescindible como es la asistencia social a ancianos y personas con discapacidad, lo que nos lleva a la necesaria regulación tributaria, comenzando por reseñar las previsiones constitucionales. En efecto, el artículo 31.3 de la Constitución Española dispone que ‘solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley’, pudiendo las comunidades autónomas establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 133.2 CE)”.

Además de ello, para hablar de precios públicos son necesarios dos requisitos —el acceso a un servicio voluntariamente y la existencia de una prestación privada alternativa—. En este caso no se da el requisito de la voluntariedad. Esta no se da cuando “la voluntariedad en la solicitud o recepción de un servicio público

⁵⁴ Ponce Solé, Julio, *op. cit.*, p. 25.

por parte del interesado, es decir, cuando esta solicitud no sea libre, por resultar la actividad o el servicio requerido objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de su vida personal o social, de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar, priva al precio público de unos de sus dos requisitos inherentes, y nos acerca al hecho imponible de la tasa” (FJ. 5).

De lo expuesto hasta aquí cabe concluir que existen en el sistema jurídico criterios de ámbito constitucional —Constitución y bloque de constitucionalidad— que tienen carácter claramente supralegal y que pueden establecer una barrera infranqueable —un nivel mínimo de prestación— para el legislador en materia de servicios fundamentales aplicables en todo el territorio.

En este punto procede dar un paso más y prestar atención a las razones que eventualmente justifican una medida regresiva en materia de derechos sociales, teniendo en cuenta que una decisión de tal naturaleza —que afecta al contenido mínimo de los derechos previstos en el PIDESC— es inválida en cualquier circunstancia, y que una medida regresiva que no afecta al contenido mínimo es en principio ilegítima. Los poderes públicos tienen la responsabilidad de argumentar de forma suficientemente sólida para desvirtuar esta presunción y no cualquier justificación es válida.⁵⁵

La exigencia de justificación es una garantía central en los sistemas constitucionales y obliga a dar cuenta de las motivaciones de cualquier medida o disposición restrictiva. El legislador no está, en fin, exonerado de aducir razones para justificar sus leyes. Como sostiene Prieto,⁵⁶ desde la perspectiva del Estado constitucional, la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación no suspenden las prerrogativas del legislador, pero la exigencia de la que hemos hablado es un mínimo exigible.

⁵⁵ Así se desprende de la interpretación del art. 4 desarrollada por el Comité DESC y por parte de los Principios de Limburgo sobre las medidas regresivas o limitativas de derechos, párrs. 48 y 50. Véase Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 204.

III. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y ARGUMENTACIÓN:
LEGITIMIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Los estándares internacionales de derechos humanos, así como aquellos que los desarrollan e interpretan, pautan la forma y el contenido de los argumentos que inciden en la justificación de la regresividad en materia de derechos humanos y, más específicamente, de los derechos sociales. La prohibición de regresividad como uno de los criterios para establecer la validez de las normas y evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos es un esquema argumentativo que no resulta extraño a algunas jurisdicciones constitucionales o a la dogmática desarrollada por los órganos de los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Como subraya Rossi,⁵⁷ estos han aplicado alternativamente los test de razonabilidad, proporcionalidad o de escrutinio estricto en el control de legitimidad sustantivo sobre medidas estatales que afectan a derechos fundamentales.

Tales parámetros también se nutren de un conjunto de principios cuya sedimentación proviene de diferentes fuentes de orden constitucional, legislativo y/o jurisprudencial. Se trata de cánones que descansan sobre unos mínimos vinculados a las exigencias de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, y que excluyen toda medida desprovista de justificación objetiva y razonable. Principios como seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales o valores ligados a la dignidad humana tienen indudable repercusión a la hora de valorar la viabilidad constitucional y/o convencional de las regresiones de derechos aprobadas por el legislador.

La determinación del carácter regresivo de una norma o el grado de limitación de un derecho dependen fundamentalmente de la solidez del razonamiento o la motivación suficiente para su establecimiento, pero esta argumentación que no se produce en el vacío. Por un lado, se ha beneficiado de los desarrollos argumentativos relativos a la prohibición de discriminación⁵⁸ y,

⁵⁷ Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁵⁸ Courtis traza un paralelismo con este juicio y relaciona este razonamiento con el juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Véase Courtis, Chris-

por otro, se puede hablar, a partir de la doctrina elaborada por el Comité DESC, de un conjunto de criterios y pautas concebidos para orientar y mejorar la argumentación en materia de derechos sociales, especialmente aquellos que se orientan a que el Estado asuma la carga de prueba.⁵⁹

Sintéticamente, el esquema argumentativo encaminado a demostrar la regresividad de una medida está integrado por los siguientes pasos: en primer lugar, la acreditación indiciaria de la regresividad que afecta a un derecho o a una dimensión del mismo genera una presunción de invalidez cuya consecuencia es la atribución al edictor de la norma de la carga de la demostración de su razonabilidad.⁶⁰ En coherencia con este criterio, el estándar para considerar justificada y, por ende, permisible la medida regresiva debería ser elevado, estricto o agravado.⁶¹ En este punto se ha señalado que es necesario evidenciar, de modo concreto y categórico, que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho que aquella a la que ha reemplazado.⁶² Aunque en este contexto la justificación indiciaria debería centrarse en el contenido esencial del derecho, este no parece tener cabida en esta argumentación.

En segundo lugar, la mencionada presunción invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al Estado demostrar que la configuración del derecho que ha llevado a cabo está jus-

tian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, *cit.*, p. 40

⁵⁹ Pisarello hace referencia a dispositivos entre los que destacan el control de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos y de las políticas públicas, la tutela del contenido mínimo y de las garantías institucionales de los derechos sociales y a las instituciones públicas que los hacen posible. Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, *cit.*, pp. 64-66; “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”..., *cit.*, pp. 323 y ss.

⁶⁰ En algunos sistemas se presume la inconstitucionalidad de la medida y de ahí la exigencia de un control judicial estricto. El sistema jurídico colombiano es un ejemplo de este modelo. Véase Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 158.

⁶¹ Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 114.

⁶² Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, *cit.*, pp. 39 y 40.

tificada. Como apunta Arango, tal justificación se inserta en un proceso decisorio racional que enhebra la responsabilidad argumentativa del Estado y la interpretación constitucional del control estricto de las medidas adoptadas.⁶³ Este segundo paso obliga al Estado a demostrar:⁶⁴ el respeto al contenido mínimo esencial del derecho;⁶⁵ la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado; el carácter necesario de la medida; la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión;⁶⁶ la utilización del máximo de recursos disponibles;⁶⁷ la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto,⁶⁸ y la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de derechos en él contenidos.⁶⁹ Asimismo, la medida restrictiva ha de

⁶³ Arango se refiere a la subregla que afirma que si las autoridades no toman las medidas efectivas que aseguren avances en la realización de derechos, gradualmente va incurriendo en incumplimiento, cuya gravedad aumenta. Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁴ Las OG 3, párrs. 9 y 45; OG 13; OG 14, párr. 32; OG 15, párr. 19; OG 17, párr. 27, y OG 18, párr. 21 del Comité DESC fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado.

⁶⁵ El Pacto fija una limitación absoluta —el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar al contenido esencial del derecho—.

⁶⁶ Si bien el Comité no lo refiere textualmente, como afirma Rossi, resulta lógico inferir que la medida debe ser la menos lesiva. Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 92

⁶⁷ Para llevar a cabo esta argumentación, el Estado ha de tener en cuenta tres pautas: las prioridades establecidas en el Pacto; el uso eficiente y equitativo de los recursos y, finalmente, la demostración de que ha evaluado adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones contenidas en el Tratado y que aun así necesita acudir a esta regresión para proteger los demás derechos.

⁶⁸ Criterio establecido ya en la og 3 sobre obligaciones de los Estados y desarrollado en la og 14 sobre el derecho a la salud, párr. 43. Courtis, Christian, *El mundo prometido...*, *cit.*, pp. 60-63.

⁶⁹ La nueva regulación “deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone”. Como señalan las og 3, párr. 9; OG 13, párr. 45, sobre el derecho a la educación; OG 14, párr. 32, sobre el derecho a la salud; OG 15, párr. 19, sobre derecho al agua, y OG 18, párr. 21, sobre derecho a trabajar.

ser instrumentada a través de una ley formal, entendiendo por tal una norma estatal de aplicación general, clara, accesible a todos y coherente con los principios del PIDESC.⁷⁰

En relación con los fines a considerar, así como el orden y tipo de los argumentos, el Comité DESC señala que el Estado no puede recurrir a argumentos generales de políticas públicas, disciplina fiscal, o referirse a otros objetivos financieros o económicos, sino que debe ceñirse a aquellos derechos previstos en el Pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada. Al elaborar las conclusiones sobre el cumplimiento de la legislación española relativo a la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha expresado de modo diáfano: “las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los derechos contenidos en la Carta”.⁷¹ Los gobiernos deben, por tanto, adoptar las medidas necesarias para lograr que estos derechos sean efectivamente garantizados.

En síntesis, de acuerdo con el criterio aquí propuesto, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente prohibidos: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, que hace necesaria la realización de un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y la legitimidad de la medida, así como del propósito de la norma. Es responsabilidad del Estado la prueba de su justificación y, en caso de duda, habría que determinar la invalidez de la norma regresiva. Cuando se trata de acreditar la vulneración de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho y entra en juego el principio de proporcionalidad.

El juicio estricto o agravado es más exigente que el juicio denominado de razonabilidad o no arbitrariedad. La norma ha

⁷⁰ Principios de Limburgo, párrs. 48 y 50.

⁷¹ Comité Europeo de Derechos Sociales. *Conclusiones XX-3*, 2014, enero de 2015.

de ser considerada algo más que no arbitraria. En este segundo nivel se estima un lugar común apelar al principio de proporcionalidad, en virtud del cual toda omisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional, a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁷² El problema de la extensión del canon de proporcionalidad es, tal como denuncian Klatt y Meister,⁷³ que de manera progresiva ha pasado a ser considerado el patrón central en la adjudicación de derechos en las democracias liberales, el criterio de constitucionalidad más universal y el principal parámetro de validez de las leyes limitativas de derechos.

No examinaré aquí a profundidad el canon de proporcionalidad ni las críticas de que ha sido objeto. Pretendo, antes bien, controvertir los aspectos de este razonamiento que afectan a la valoración de la regresividad de los derechos sociales. Examinaré, pues, la aplicación del canon de proporcionalidad desde la perspectiva de la defensa del contenido esencial de los derechos sociales y de la atribución de prioridad a la determinación del fin legítimo. Abogo, en este punto, por una argumentación basada en el principio de legitimidad frente al de proporcionalidad —que, como he avanzado al inicio de este trabajo, entiendo como un canon complementario, pero no sustitutivo de aquel—. ⁷⁴

⁷² Alexy, Robert “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, cap. VI.

⁷³ Klatt, Matthias y Moritz, Meister, “Proportionality. A Benedict to Human Rights? Remarks on the I.CON Controversy”, *I-CON*, vol. 10, núm. 3, 2012, p. 687.

⁷⁴ Según una reiterada doctrina constitucional, el uso del canon de proporcionalidad tiene un carácter complementario y no alternativo al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial, que es el criterio de juicio de constitucionalidad en primer grado en nuestro sistema. El ejercicio de los derechos fundamentales puede ceder ante otros intereses o derechos “constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”, doctrina vigente desde la stc 57/1994 (FJ. 6).

Esta reflexión no pretende cuestionar el principio de proporcionalidad ni impugnar su suficiencia como parámetro argumentativo. Más bien se trata de analizar lo que podría denominarse “el desbordamiento del razonamiento basado en la proporcionalidad”, es decir, la tendencia a que, en el contexto del razonamiento judicial, la proporcionalidad derive inmediatamente hacia la ponderación (*balancing*), que es, como se ha señalado, el más opaco y subjetivo de los procedimientos argumentativos, al menos si no se ha seguido estrictamente el razonamiento exigido por los subprincipios de idoneidad y necesidad.⁷⁵ En muchas ocasiones, estos se resuelven en tautologías o se presentan y aceptan sin suficiente argumentación. El propósito es, por tanto, profundizar en la idea de que lo que da sentido al principio de proporcionalidad es la fijación del fin legítimo, finalidad y criterio de legitimidad que solo puede ser constitucional o convencional, así como la valoración de los medios y la consideración de los que son menos lesivos para los derechos. En este caso, el parámetro no puede ser la legislación sin más, como a menudo se asume, sino la legislación en cuanto desarrollo constitucional.

El principio de proporcionalidad es un canon que sirve fundamentalmente para resolver conflictos de derechos y, en algunos supuestos, para determinar la validez de las normas que limitan derechos constitucionales. En el caso de las normas regresivas, no se trata solo de poner en evidencia las limitaciones a los derechos, sino también, en algún caso, la neutralización de su alcance e incluso su supresión. En ese sentido, la apelación a la proporcionalidad y a la ponderación como recursos argumentativos no parece apropiada. Si la cuestión principal es la justificación de la limitación, la erosión, la restricción o la supresión de un derecho, una vez determinado el contenido esencial del mismo, el centro de imputación argumentativo es la legitimidad del fin de la norma: cuando una reforma comporta la anulación de un derecho, no parece sensato examinarla a la luz de unos principios llamados a determinar si una limitación es proporcional o no.

⁷⁵ Gerards, Janneke, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *I-CON*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 467 y 468; Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, vol. 31, 2015, pp. 73-99.

El criterio de legitimidad apela a la vinculación de la medida con fines admitidos por el ordenamiento constitucional o convencional y, sobre todo, excluye los fines prohibidos por el ordenamiento de referencia. El objetivo del acto legislativo debe ser legítimo, adecuado o suficientemente importante; es lo que se denomina “prueba de la legitimidad”.⁷⁶ Es precisamente el criterio del fin legítimo el que da sentido al procedimiento en el que se valora la proporcionalidad —la relación entre medios y fines— de una medida o un derecho de acuerdo con los subprincipios que integran este test, cada uno de los cuales expresa una exigencia que toda injerencia de la autoridad estatal en los derechos fundamentales debe satisfacer.

El canon de la *idoneidad* trata de dilucidar si la medida es adecuada y congruente, aunque no sea óptima para proteger o alcanzar aquellos fines. La idoneidad o adecuación tiene, pues, por objeto verificar que el (o los) medios adoptado(s) por la autoridad sea(n) apto(s) para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo —un fin vital para el sistema jurídico político, y no meramente una finalidad legal—. ⁷⁷ Se ha observado que en este parámetro anidan dos vertientes: la idoneidad del medio —a saber, que la decisión adoptada persiga un fin constitucionalmente legítimo o un objetivo suficientemente importante— y la legitimidad del fin —es decir, que la medida sea idónea para satisfacer la finalidad pública—. ⁷⁸ El primer subprincipio es el de legitimidad (o del fin constitucionalmente legítimo); el segundo, el de idoneidad en sentido estricto.

⁷⁶ Tremblay, Luc B., “An Egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *J-CON*, vol. 12, núm. 4, 2014.

⁷⁷ Frederick Schauer aboga por el juicio estricto frente al de mera razonabilidad y al de proporcionalidad por ser más exigente, pero liberado de sus rigideces al argumentar, a partir de la finalidad de promover un interés vital, no un simple fin legítimo, y que la medida en cuestión es la menos lesiva para el derecho en juego. Véase Schauer, Frederick, “Proportionality and the Question of Weight”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185.

⁷⁸ Covarrubias, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 447-480.

Por su parte, el argumento de la *necesidad* —el carácter indispensable o imprescindible de la medida, o su consideración como la alternativa menos gravosa— ha de ser interpretado en el sentido de que aquella no limite el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado.⁷⁹ En esta dimensión, el razonamiento estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los límites a los derechos hace depender la legitimidad de la medida limitativa de “si [los límites] son necesarios en una sociedad democrática” y de si se trata de una “necesidad social apremiante” que responda a razones “relevantes y suficientes”.⁸⁰ Gerards destaca que, ante la vaguedad y la falta de precisión en la aplicación de estos subprincipios —o su uso fundamentalmente retórico—, el TEDH tiende a recurrir al tercero, el de *ponderación*, omitiendo los anteriores.⁸¹ Un examen atento de la aplicación de los principios de proporcionalidad y de necesidad revela un uso poco transparente de la terminología y una tendencia a confundir y mezclar distintos elementos de la revisión judicial.⁸² La ponderación, sin abordar sistemáticamente los otros argumentos, comporta riesgos de subjetividad y opacidad en la toma de decisiones.⁸³ Es más inte-

⁷⁹ La necesidad consiste en la aplicación del medio menos lesivo. Véase Stone, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality balancing and global constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2009, pp. 73-163.

⁸⁰ Criterios derivados de los arts. 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sometidos a diversas críticas en su uso. El TEDH parte de la regulación establecida en dichos artículos, que contienen la cláusula de justificación de la limitación de derechos si tal limitación es “necesaria en una sociedad democrática” para la protección de uno de los intereses públicos enumerados, y ha extendido esta cláusula a otros derechos, al considerarla implícita. Véase, asimismo, Arai, Yutaka, “The Systems of Restrictions”, en Dijk, Pieter van *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Amberes, Oxford-Intersentia, 2006, p. 343.

⁸¹ Gerards, Janneke, *op. cit.*, pp. 467 y 468.

⁸² El caso emblemático en el que el TEDH se refiere al criterio de ser “necesario en una sociedad democrática” es el asunto *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Serie A, núm. 30, párr. 62.

⁸³ Lo ejemplifica con el asunto *Soltysyak vs. Russia*, sentencia de 10 de febrero de 2011, núm. 4663/05. Aquí el test medios-fines permite al TEDH examinar la justificación de un elemento específico de la razonabilidad, como es la idoneidad.

resante, a juicio de Gerards, mejorar el razonamiento del test de necesidad a través de la aplicación de un canon de efectividad, de medios-fines o del medio menos restrictivo o lesivo.⁸⁴

Aunque estos argumentos aparecen en el razonamiento del Tribunal, a menudo no forman parte de la justificación de la decisión, y su utilización de un modo más sistematizado puede ser un complemento valioso en la claridad del uso de la proporcionalidad propiamente dicho.⁸⁵ En dos sentidos, según Gerards:⁸⁶ en primer lugar, porque permitiría al Tribunal examinar la justificación de la razonabilidad de la elección de medios, que constituye un elemento distinto e importante de la razonabilidad de una limitación de un derecho fundamental; en segundo lugar, porque podría ayudarle a evitar algunas de las dificultades relacionadas con la ponderación. Si la conclusión es que los medios elegidos son inadecuados o innecesarios, no habría necesidad ulterior de investigar si, al final, el legislador o la Administración ha establecido un equilibrio razonable.⁸⁷

Cabe, por último, referirse al subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuyo núcleo radica en la determinación de si la medida limitativa es equilibrada porque de ella se derivan más beneficios para el fin legítimo que para otros bienes, valores o derechos en conflicto. Este paso argumentativo se resuelve en el razonamiento de la ponderación, que en puridad solo debe-

⁸⁴ Gerards, Janneke, *op. cit.*, p. 469. Brems y Lavrysen coinciden con este diagnóstico y consideran necesario que el TEDH depure o sea más refinado en la apelación al criterio del medio menos lesivo o restrictivo. Brems, Eva y Lavrysen, Laurens, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, 2015, pp. 1-30.

⁸⁵ Christoffersen, Jonas, “Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books, 2009, pp. 164 y 165.

⁸⁶ Gerards, Janneke, *op. cit.*, pp. 488 y 489. Evidentemente, el alcance del razonamiento depende de la intensidad del juicio y del margen de apreciación que tienen los Estados.

⁸⁷ En esta propuesta se considera más plausible el test de efectividad medios-fines, incluso frente al test de necesidad, aunque no se obvian las dificultades que plantea la prueba del medio menos lesivo. Sobre las dificultades de prueba véase Gerards, Janneke, *op. cit.*, p. 489.

ría aplicarse, en su caso, en los conflictos de derechos. Existen, como es bien sabido, desacuerdos importantes sobre la función específica, el contenido, la deseabilidad y el fundamento de los diversos test de justificación y sobre lo que se denomina la prueba de equilibrio o ponderación.⁸⁸

La tesis que sostengo es que los derechos tienen prioridad normativa sobre otros objetivos sociales, intereses, criterios basados en la utilidad, creencias religiosas o cuestiones ligadas al perfeccionamiento de los individuos.⁸⁹ Tal prevalencia descansa en la consideración de que los derechos están destinados a proteger y promover intereses humanos vitales, perentorios o de importancia fundamental, y en que son condición de posibilidad del propio sistema democrático. La prioridad asignada a los derechos está vinculada a la definición previa de la legitimidad del objetivo perseguido,⁹⁰ lo que ciertamente exige definir qué cuenta como “legítimo”.⁹¹

En caso de conflicto entre un derecho y un valor, en principio el derecho debería prevalecer, a menos que se pueda mostrar que el valor en conflicto es suficientemente fuerte como para “derrotar” o limitar al derecho. Esta posición explicita una teoría coherente de los derechos que expresa los criterios de la legitimidad de las normas y del sistema jurídico-político en su conjunto y que considera una tarea posible la determinación del alcance de cada derecho en términos de los valores, los intereses protegidos,

⁸⁸ Son bien conocidos los argumentos críticos sobre la ponderación, fundamentalmente por su carga de subjetividad y ser susceptibles de un control limitado. Véase García Amado, Juan Antonio, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación...*, *cit.*, pp. 249-332.

⁸⁹ Frente a la concepción que atribuye una prioridad a derechos, Tremblay propone lo que denomina el modelo la optimización de valores en conjunto. Véase Tremblay, Luc B., *op. cit.*, pp. 868 y 887.

⁹⁰ Schauer, Frederick, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, Science Research Network, 2009; “Proportionality and the Question of Weight”..., *cit.*, pp. 173-185.

⁹¹ Klatt y Meister concluyen que el test de proporcionalidad y el derivado de los derechos como triunfos son compatibles al menos con dos condiciones: que el fin u objetivo legítimo tenga estatus constitucional y se asigne un peso más elevado en abstracto a los derechos que a otras consideraciones. Véase, Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, pp. 691.

las obligaciones y las finalidades que constituyen su contenido y que fundamentan tales obligaciones.⁹²

Como he señalado, no cabe plantear los argumentos propios del juicio de proporcionalidad como un razonamiento alternativo que permita alejarse del ámbito constitucional, sino como un mero razonamiento complementario al juicio de legitimidad constitucional y/o convencional.

Según este modelo, la clave de una buena justificación de la regresión de los derechos se encuentra en el razonamiento basado en la legitimidad. Dado que ninguna afectación de un derecho puede estar justificada si no hay una razón suficientemente fuerte para ello, la cuestión principal es el peso normativo de los objetivos legislativos que constituyen la razón del derecho de acuerdo con los parámetros constitucionales. El test de proporcionalidad no tiene un significado normativo independiente, como sí lo tiene en el modelo de optimización de valores.⁹³ Su importancia estriba en que es un complemento del test de legitimidad, una pauta complementaria y no sustitutiva en los supuestos en que una norma patentemente lesiva de derechos pone en riesgo el contenido del mismo —o cuando el objetivo legislativo es en principio ilegítimo o expresa una razón excluyente—.

Esta es la razón por la que, como advierte Covarrubias,⁹⁴ al operar el principio de proporcionalidad sobre los derechos fundamentales conviene introducir ciertas cautelas. En opinión del autor citado, considerando una serie de factores —estructura, finalidad y contexto histórico— del canon de proporcionalidad, los derechos fundamentales quedan expuestos, en buena medida, a un cálculo utilitarista que contribuye a que terminen prevaleciendo los objetivos invocados por el Estado a costa de los derechos fundamentales.

⁹² Bea Pérez, Emilia, “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 29, Año XVII, 2013, pp. 53-92.

⁹³ Tremblay, Luc B., *op. cit.*, p. 867.

⁹⁴ Covarrubias, Ignacio, *op. cit.*, pp. 447-480.

Así, el razonamiento a favor de los derechos fundamentales acepta que solo los intereses legítimos de estatus constitucional pueden ser capaces de competir con un derecho en la ponderación y que, en todo caso, en el razonamiento en abstracto ha de tener mayor peso que consideraciones de otro orden.⁹⁵ Por ello, el criterio en el control de constitucionalidad ha de tomar en consideración antes el respecto al contenido esencial y la identificación del fin legítimo que el test de proporcionalidad, que encuentra su sentido en la colisión de derechos y que culmina, en su caso, con un examen de ponderación. La elusión u omisión del contenido esencial del derecho es habitual y, como afirma Valdés Dal Ré, “equivale a una negación del propio derecho”.⁹⁶

Por consiguiente, en este razonamiento es determinante identificar los fines legítimos de estatus constitucional de la norma que se reputa regresiva. El canon de constitucionalidad se basa en la determinación de unas finalidades de la norma que deben plantearse desde la legitimidad constitucional o convencional, y no desde la propia legalidad que se debe enjuiciar.⁹⁷ De hecho, las indicaciones de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos se orientan a exigir razones cuidadas y precisas vinculadas a normas superiores —y a derechos—, y no apelaciones genéricas a las políticas públicas, la disciplina fiscal, ciertos objetivos financieros o económicos, la propia crisis económica y la recesión.

La argumentación debe, por el contrario, ceñirse a aquellos derechos previstos en el Pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada; a mi entender, resulta palmario el abuso de la apelación a parámetros constitucionales que no integran los derechos fundamentales o a argumentos de diverso calado —entre ellos, la situación económica de crisis, la estabilidad presupuesta-

⁹⁵ Klatt, Matthias y Moritz, Meister, *op. cit.*, p. 691.

⁹⁶ Véase el voto particular discrepante a la stc 119/2014, que examina la constitucionalidad de varios artículos de la reforma laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral) del magistrado Fernando Valdés Dal Ré, voto suscrito por los magistrados Adela Asúa y Luis Ignacio Ortega.

⁹⁷ Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 101 y 282-284.

ria o la prohibición déficit público—⁹⁸ en momentos de recesión económica. Como escribe Valdés Dal Ré, elevar a categoría de canon de constitucionalidad la crisis económica es “un argumento devastador para los ciudadanos, los derechos sociales y el Estado social”⁹⁹. Una reducción de los derechos sociales o, peor todavía, una supresión de los mismos a través de su configuración legislativa sin que se realice un cumplido razonamiento previo haría de la ley limitativa una norma violatoria de la arbitrariedad vetada por la CE.¹⁰⁰

Antes al contrario, en la determinación del fin legítimo de las obligaciones constitutivas de los derechos sociales adquiere su sentido una finalidad básica: la equidad del gasto como principio de justicia, es decir, la equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y la economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público —que no es, como tradicionalmente se ha presentado, una opción exclusivamente política propia de la concepción del poder financiero ilimitado en materia tributaria y presupuestaria—. ¹⁰¹ La importancia de respetar las finalidades y mandatos explícitamente reseñados en la Constitución supone lógicamente su traducción en prioridades del gasto público y, consecuentemente, su reserva a la hora de limitar los medios a arbitrar para

⁹⁸ Así, no cabe desconocer las apelaciones a las exigencias de estabilidad presupuestaria o también a la constitucionalización en el ordenamiento jurídico español de la prohibición de déficit público estructural, a través de la reforma del art. 135 CE. Cabe pensar que puedan darse contradicciones ente este “nuevo principio” constitucional y los contenidos de derechos sociales igualmente constitucionales, y que sería grave si llegara a poner en cuestión el núcleo indisponible de prestaciones esenciales que se entienden garantizadas constitucionalmente, por hallarse fundadas en la dignidad de la persona y en el modelo mismo de Estado de derecho social y democrático.

⁹⁹ La crisis económica es utilizada como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales. Véase, de nuevo, Fernando Valdés Dal Ré, voto particular discrepante a la stc 119/2014.

¹⁰⁰ Sala Sánchez, Pascual, *op. cit.*, pp. 70 y 71; Ponce Solé, Julio, *op. cit.*, p. 135; Vaquer, Marcos, *op. cit.*, pp. 82 y ss.

¹⁰¹ Sala Sánchez, Pascual, *op. cit.*, pp. 84-87; Lozano, Carmelo, *op. cit.*, pp. 171-197.

su cumplimiento. El desconocimiento de estas prioridades o su asimilación a otras no directamente prescritas por la Constitución no significaría otra cosa que negar la normatividad de la misma.

La regresión de las reformas en materia de derechos de contenido socioeconómico no suele comportar solo una limitación desproporcionada del derecho constitucional en cuestión; en muchas ocasiones, lo anula o lo suprime. De ahí la urgencia de reivindicar el contenido esencial del derecho afectado y la determinación de la finalidad legítima del derecho.¹⁰² Eludir la toma en consideración del contenido esencial comporta el riesgo de negar el propio derecho. Desatender el análisis de la legitimidad constitucional de la norma regresiva conduce, en ocasiones, a alejarse de los parámetros constitucionales y a limitar los fines a los proclamados en la misma legalidad ordinaria que se enjuicia. Un planteamiento anclado en la apelación al contenido esencial evita la paradoja a la que podría abocar la evolución del principio de proporcionalidad: hacer prevalecer la finalidad de la norma regresiva sobre las garantías constitucionales del derecho y reemplazar el canon de constitucionalidad por una valoración de mera razonabilidad o no arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Economic and Social Rights in the Courtroom. A Litigator's Guide to Using Equality and Non-Discrimination Strategies to Advance Economic and Social Rights*, Londres, Equal Rights Trust, diciembre de 2014.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁰² En este sentido, la prohibición de regresividad puede integrar el razonamiento de un juicio o control estricto del debido proceso sustantivo, de forma que una medida considerada *prima facie* razonable y proporcionada, de acuerdo con el canon de proporcionalidad, no podría empeorar la regulación vigente de los derechos sociales desde el punto de vista de su amplitud y goce, porque existe la barrera del contenido esencial. Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- , “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO CHARRO, María (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- AÑÓN ROIG, María José, “Derechos sociales y obligaciones positivas”, en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO CHARRO, María (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- , “Derechos sociales cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.
- ARANGO, Rodolfo, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- ARAI, Yutaka, “The Systems of Restrictions”, en DIJK, Pieter van *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Amberes, Oxford-Intersentia, 2006.
- BEA PÉREZ, Emilia, “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 29, Año XVII, 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BREMS, Eva y LAVRYSEN, Laurens, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, 2015.
- CALVO GARCÍA, Manuel, “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO

- GARCÍA, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- CARRO, José Luis, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- ; MÍGUEZ, Luis y ALMEIDA, Marcos, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social”, *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, Barcelona, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2012.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Derechos sociales”, *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Center for Economic and Social Rights (Centro de Derechos Económicos y Sociales), *Visualizing Rights: a Shapshot of Relevant Statistics on Spain*, Fact Sheet núm. 14, enero de 2015.
- CHRISTOFFERSEN, Jonas, “Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books, 2009.
- CLÉRICO, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, vol. 31, 2015.
- COURTIS, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- , “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- COVARRUBIAS, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012.
- DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

- DALLI, María, “Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud”, *Universitas*, julio de 2015.
- DÍAZ CREGO, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex-social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GARCÍA CÍVICO, Jesús, “Indicadores y eficacia de los derechos”, en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- , “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derecho sociales y ponderación”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GERARDS, Janneke, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *I-CON*, vol. 11, núm. 2, 2013.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- HIERRO, Liborio, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- HUNT, Paul, *Informe sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 8 de agosto de 2007.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multi-*

- nivel de derechos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- , “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014.
- KLATT, Matthias y MORITZ, Meister, “Proportionality. A Benefit to Human Rights? Remarks on the I·CON Controversy”, *I·CON*, vol. 10, núm. 3, 2012.
- LEMA, Carlos “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- LOZANO, Carmelo, “Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales”, en MALVÁREZ, Luis Alberto y RAMÍREZ, Salvador (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.
- MIRAVET, Pablo, *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MORALES, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- PARRA VERA, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- DIJK, Pieter van *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Amberes, Oxford-Intersentia, 2006.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- , *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- , “Derechos sociales y principio de no regresividad en Espa-

- ña”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- PONCE SOLÉ, Julio, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Barcelona, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional” en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- ROSSI, Julieta, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Valencia, Universitat de València, 2014.
- SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex-Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 4, núm. 2, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang, “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009.
- SCHAUER, Frederick, “Proportionality and the Question of Weight”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

- SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.
- SCHEININ, Martin, “Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties”, en ROSAS, Allan; EIDE, Asbjørn y KRAUSE, Catarina (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- SOLANES, Ángeles, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 31, 2014.
- STONE, Alec y MATHEWS, Jud, “Proportionality balancing and global constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2009.
- SULLIVAN, Thomas y FRASE, Richard, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SUSÍN BETRÁN, Raúl, “Derechos sociales-trabajo-ciudadanía-democracia. Una relación necesaria (y conveniente)” en BERNUZ BENEITEZ, María José y CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- TREMBLAY, Luc B., “An Egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *I·CON*, vol. 12, núm. 4, 2014.
- VAQUER, Marcos, “Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2012.
- WALDRON, Jeremy, “Socioeconomic Rights and Theories of Justice”, *NYU School of Law, Public Law Research*, 2010.

La proporcionalidad en concreto y el registro de la opresión multidimensional: género y pobreza*

Martín Aldao y Laura Clérico**

I. INTRODUCCIÓN

La historia de los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos es también una historia de los sistemas nacionales de vulneración de los derechos humanos. En su momento, fue necesaria una Declaración Americana de Derechos Humanos, una Declaración Universal de los Derechos Humanos y pactos universales y regionales de protección de derechos humanos. Asimismo, se desarrollaron órganos regionales de protección jurisdiccional de derechos humanos.

Las razones de este proceso emergen con claridad. Una y otra vez, los Estados han demostrado que el respeto de la dignidad humana no puede quedar librado únicamente a la buena voluntad de las autoridades nacionales.¹ En este sentido, persisten en

* Una versión anterior de este artículo fue publicada como Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año IV, núm. 6, enero-junio de 2018.

** Universidad de Buenos Aires, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET).

¹ Nowak, Manfred, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009, cap. 3.

todas las sociedades patrones estructurales de vulneración de los derechos humanos, anclados en diversas variables de segregación social (género, clase social, etnia, edad, situación de discapacidad, migración, situación de desplazamiento forzado, etc.) que mantienen y profundizan las desigualdades sociales.² A su vez, estos patrones se encuentran fuertemente naturalizados, por cuanto dichas jerarquías estructuran los espacios de reproducción social.³

Desde este enfoque, se trata de complementar la interpretación de la democracia como el intercambio institucionalizado de argumentos (deliberación parlamentaria) con la necesidad de revisar constantemente la sensibilidad del registro institucional (paridad en la participación).⁴ Así es que no queda otra alternativa que compensar (con “vocación transformadora”) la tendencia segregatoria de los sistemas políticos locales y nacio-

² Fraser, Nancy, *Escalas de Justicia*, Barcelona, Herder, 2008; Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “The inclusion of the social question within the gender perspective. Notes to Rewrite ‘Cotton Fields’”, *Inter-American and European Human Rights Journal-Intersetia*, Gante, 2017, pp. 313-333; Fredman, Sandra, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, junio de 2016, pp. 1-29.

³ Cfr. Young, Iris Marion, “Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship” *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274. Estos grupos, que se caracterizan por ser expropiados del producto de su trabajo, que ven fuertemente restringida su capacidad de autodeterminación y que se ven sujetos constantemente a estereotipos, vejaciones y maltratos aleatorios por otros miembros de sus comunidades, no solo tienden a estar sistemáticamente excluidos de los ámbitos de decisión, sino que además constituyen el prototipo de la población en función de la cual fueron diseñados y establecidos los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos.

⁴ Según Fraser, para que la paridad participativa pueda darse, tienen que cumplirse dos condiciones: una objetiva y otra intersubjetiva. De acuerdo con la primera, la “distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la “voz” de todos los participantes”; conforme a la segunda, “los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social”. Véase Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.

nales a través de instancias de revisión independientes de las dinámicas locales de poder.⁵

En esta línea, el examen de proporcionalidad⁶ permite exponer el andamiaje argumentativo de una norma/política pública/sentencia. Al analizar por separado y en detalle la medida en relación con el fin estatal perseguido, en comparación con otras medidas, y el modo en que esta interactúa con el resto del andamiaje normativo, es posible identificar las inconsistencias, las debilidades en la argumentación y exponer los intereses encubiertos y los sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de los poderes institucionalizados.

En este marco, la omisión del examen de proporcionalidad en un caso concreto (proporcionalidad en concreto) refuerza la condición de invisibilidad a la que estos sectores se encuentran sujetos, para luego delegar la solución del problema a los agentes (gobiernos nacionales), que desde el vamos no se han ocupado del tema.

En este trabajo mostraremos que las consecuencias prácticas de la transferencia miope de la doctrina del margen de aprecia-

⁵ Víctor Abramovich sostiene que la función del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consiste “en dar más voz a los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales.” Véase Abramovich, Víctor, “Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 211-230.

⁶ El examen estándar y estructurado de proporcionalidad comprende cuatro pasos: *a*) si la medida estatal que restringe el derecho afectado persigue un fin “legítimo”; *b*) si esa medida logra promover el fin (idoneidad); *c*) si pudo haber sido evitada la restricción a través de un medio alternativo (medios alternativos), y *d*) si la intensidad de restricción del derecho se encuentra en una relación proporcional con las razones que hablan a favor de la promoción del fin o del derecho en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). Véase Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, entre otras.

ción en su versión procedimental a casos sobre acceso a la vivienda y gentrificación resultan trágicas para los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Para demostrar las implicancias prácticas de nuestro argumento, proponemos tomar como caso testigo el desarrollo de la doctrina del margen en el *leading case* *Animal Defenders vs. Reino Unido*, sobre regulación de la publicidad política y libertad de expresión, y su transferencia al caso *Garib vs. Países Bajos*,⁷ sobre derecho a elegir el lugar de residencia de una mujer y sus hijos. Esta transferencia justificó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) aplicase en el caso un examen de proporcionalidad en general, sin atender en forma suficiente a las circunstancias concretas del caso. La evasión de un examen de proporcionalidad en concreto invisibiliza la situación de pobreza⁸ en intersección con el género, que caracteriza a varios casos similares.⁹

Para sostener nuestra tesis reconstruimos la versión estandarizada del margen de apreciación (apdo. II), para confrontarla con la versión remozada de *Animal Defenders*, por ser este el caso paradigmático en el giro procedimental del margen¹⁰ que abre la puerta para realizar un examen de proporcionalidad en general y evitar un examen en concreto.

⁷ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (Gran Sala), sentencia de 6 de noviembre de 2017, núm. 43494/09.

⁸ Sobre la jurisprudencia del TEDH relacionada con la pobreza véase Lavrysen, Laurens, “Strengthening the protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 293-325.

⁹ Esta discusión no es solo relevante para el ámbito regional en el que se aplica *Animal Defenders*, sino también para el interamericano. Es conocido que el TEDH utiliza con frecuencia el margen de apreciación de los Estados, pero no así la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la versión del margen de apreciación a la *Animal Defenders* está adquiriendo cierta relevancia en el ámbito interamericano, no así las limitaciones que presenta a la luz de la perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. Las discusiones sobre estas limitaciones son de importancia tanto para el contexto europeo como para el interamericano.

¹⁰ Aldao, Martín, “Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 31-55.

En el siguiente apartado analizamos, desde una perspectiva reconstructiva-crítica, la doctrina del margen de apreciación en su giro procedimental. Luego, el centro es el análisis del caso *Garib vs. Países Bajos*, para mostrar los problemas de la transferencia del estándar de *Animal Defenders* (apdo. III). Esto nos permite sostener en las conclusiones (apdo. IV) que se requiere mayor debate de *Animal Defenders* desde perspectivas de género que tomen en serio la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural,¹¹ así como justificar la importancia del examen de proporcionalidad en concreto,¹² por cuanto genera un espacio que permite visibilizar los argumentos de las voces silenciadas en el ámbito nacional o local.

II. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL DEL TEDH EN SUS DOS VARIANTES: LA CLÁSICA Y LA PROCEDIMENTAL

Las cortes regionales de protección de derechos humanos parecen encontrarse tironeadas de los dos extremos de una soga. Por un lado, las personas afectadas y las organizaciones de derechos humanos les recuerdan que deben interpretar las convenciones como un instrumento vivo y permanecer abiertas a los nuevos

¹¹ Al respecto, Iris Young sostiene que “[...] la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance [...]”. Véase Young, Iris Marion, *Responsability for Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 69.

¹² Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit. Como señala Harriet Samuels, la estructura del examen de proporcionalidad permite una “aproximación interactiva” al universalismo, de modo tal que asegura que los principios normativos predominantes en el sistema jurídico preserven su peso, pero su aplicación al caso concreto queda abierta a impugnación y refinamiento. Véase Samuels, Harriet, “Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle”, *Fem Leg Stud*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 39-60.

contenidos de los derechos que se ganan a fuerza de discusión. Por el otro, los Estados les recuerdan que solo están habilitadas para interpretar en el marco de los contenidos consentidos y, además de ello, sostienen que les asiste a los Estados un margen de apreciación para determinar cómo proteger los derechos humanos. En suma, interpretación dinámica y autonomía de las cortes regionales vs. posición deferente de los tribunales frente a los Estados.

Una de las respuestas a esta confrontación fue catalizada a través de la doctrina del margen de apreciación de los Estados. Incluso, el TEDH renovó la respuesta dándole una vuelta de tuerca procedimental al margen,¹³ por ejemplo, en el caso *Animal Defenders vs. Reino Unido*.¹⁴ El criterio se refiere al debate democrático o judicial que la cuestión discutida recibió en el orden interno. El giro procedimental está anunciado en la siguiente fórmula: “Cuando las autoridades nacionales hayan llevado a cabo el ejercicio de ponderación de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, el Tribunal requeriría fuertes razones para sustituir su punto de vista por el de los tribunales nacionales.”¹⁵

El margen de apreciación es una doctrina que ha generado una prolífica producción académica y jurisprudencial¹⁶ por el

¹³ Spano, Robert, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 3, 2014.

¹⁴ TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido* (Gran Sala), 22 de abril de 2013, núm. 48876/08 (extractos).

¹⁵ TEDH, *von Hannover vs. Alemania* (Núm. 2) [Gran Sala], sentencia de 2012, núms. 40660/08 y 60641/08, párr. 107.

¹⁶ El desarrollo clásico y, a su vez, polémico de la doctrina del margen de apreciación se refleja en la seguidilla de, por lo menos, dos casos: TEDH, *Lawless vs. Irlanda* (1961) y *Handyside vs. Reino Unido* (1976). En el primero, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En dicho caso se trataba de la aplicación del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que establece que “en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el [...] Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre

TEDH. Según la doctrina del margen, las autoridades nacionales estarían mejor posicionadas, en principio, para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal atacada. Esto implica algunas cosas que requieren ser explicadas:

y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional.” El TEDH reconoció que los Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada “derogación” temporal. García Roca sostiene el origen trágico o, cuando menos, dramático del margen, en una situación de emergencia y de suspensión de derechos: “Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad. [...] Mas puede que no sea cabal utilizar como instrumento de control ordinario una herramienta surgida en supuestos de hecho tan drásticos [...]”. Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas. Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen reconocer o no a los Estados en la aplicación del art. 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que el CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier ponderación en tiempos normales o de emergencia). García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 122. En *Handyside vs. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado “Pequeño Libro Rojo”. El art. 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada, siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que “los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación [...], va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su ‘necesidad’. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. [...] Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’”. De nuevo, en este caso se evalúan restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controla las razones alegadas por el Estado. Véase TEDH, *Handsyde vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A, núm. 24, párrs. 48-49. Rivers advierte que el margen es aún objeto de disputa. *Cfr.* Rivers, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182; Føllesdal, Andreas, “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril de 2017, p. 367.

- a) el TEDH estaría llamado a cumplir una doble función:¹⁷ por un lado, desarrollar los estándares generales de derechos humanos a través de su jurisprudencia para que los Estados lo utilicen como guía en el orden interno y así compatibilicen sus acciones con el Convenio.¹⁸ Por el otro, es red de contención en los casos individuales: si los Estados desconocen esos estándares, el TEDH estaría llamado a realizar justicia en el caso concreto, identificando la violación al derecho y condenado al Estado. Cumple así, por lo menos, una doble función;
- b) las autoridades nacionales deben realizar el examen de la necesidad en una sociedad democrática (similar al test de proporcionalidad);¹⁹
- c) el TEDH controla ese examen, es decir, *controla* si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos en juego,²⁰ y

¹⁷ Cfr. Gerards, Janneke, “The draft Copenhagen Declaration and the Court’s dual role—the need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation”, Blog Strasbourg Observers, 2018, <https://strasbourgothers.com>, advirtiendo que no es claro cuál de estas dos funciones es la más importante.

¹⁸ Véase Arnardóttir, Oddný Mjöll, “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre de 2017, pp. 819-843 (sosteniendo que, según el principio de la *res interpretata* [en referencia a los arts. 1, 19 y 32 CEDH], los Estados contratantes deben tener en cuenta todo el contenido del *corpus* de derecho jurisprudencial del TEDH cuando tienen que cumplir con las obligaciones que surgen del CEDH).

¹⁹ El examen de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia ha sido reconstruido con variantes por la academia especializada. Esto se debe, en parte, a que el TEDH no siempre ha sido coherente en su aplicación. Una de las reconstrucciones más recientes, propuesta por Føllesdal, incluye cinco pasos o preguntas: a) si el fin estatal es legítimo; b) cuán importante es el derecho afectado como pilar de una sociedad democrática; c) qué/cuán intensiva es la restricción al derecho; d) si la restricción al derecho es necesaria y, por último, e) si las razones ofrecidas por el Estado son relevantes y suficientes. Cfr. Føllesdal, Andreas, *op. cit.*, p. 365.

²⁰ En cuanto a su ámbito de aplicación general, la doctrina del margen se desarrolla en el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limi-

d) ese control admite diversas intensidades. El TEDH reconoce al Estado un margen de apreciación, que *admite diversos grados*. Así, del alcance del margen que el TEDH otorgue dependerá la intensidad con que controle las razones estatales. Si se reconoce un amplio margen a los Estados, la contracara es la posición deferente con que el TEDH analizará la justificación estatal. Por el contrario, si es mínimo, el TEDH la escrutará en forma bien intensiva. A su vez, se podrían reconstruir escrutinios intermedios por medio de la utilización de escalas: amplio, intermedio, estrecho.

El TEDH fue estableciendo los criterios²¹ para la determinación del alcance del margen de apreciación en el caso. En su versión tradicional, el alcance depende de:

a) el tipo de derecho restringido;²²

tados (p. ej., los derechos a la vida privada y familiar, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, a casarse, entre otros; arts. 8 a 12 CEDH). El margen no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas (arts. 2 y 3 CEDH), la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (art. 3 CEDH); la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzado (art. 4 CEDH). Respecto de todas estas prohibiciones, los Estados no tienen margen de apreciación, no hay posibilidad de ponderación alguna.

²¹ TEDH, *Marper vs. Reino Unido*, sentencia de 2008, núm. 30566/04, párr. 102: “El margen tiende a ser más estrecho cuando el derecho en juego es crucial para que el individuo disfrute efectivamente de intimidad o derechos claves [...]. Asimismo, cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se limitará el margen permitido al Estado [...]”. Sin embargo, el TEDH advierte que “cuando no existe un consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni en cuanto a la importancia relativa del interés en juego, ni en cuanto a la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio [...]”.

²² El tipo de derecho restringido es un factor importante para la determinación del margen. De ahí que hoy en día se pueda hablar de desarrollos de dogmáticas especiales del margen de apreciación de acuerdo con el derecho en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión, el TEDH sostiene que el margen depende “del tipo de expresión en cuestión”. Así, de su jurisprudencia surge que hay poco margen para: a)

- b) su importancia;
- c) la intensidad de la interferencia;
- d) el objeto de la interferencia;
- e) la existencia de consenso europeo en la cuestión debatida;
- f) el tipo de obligación estatal, y
- g) el tipo de interés estatal que se persiga con la medida.

FUENTE: elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

Recientemente, el margen de apreciación ha recibido nuevos impulsos.²³ En especial, la calidad del debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido enfatizada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International vs. Reino Unido*, de 2013.²⁴

En dicho caso, se trata de determinar la convencionalidad de la aplicación de una restricción genérica sobre la publicidad política a una publicidad cuyo propósito es generar conciencia sobre el maltrato animal. Las partes disientían en cuanto a que una publicidad sobre maltrato animal fuera de la clase que el Estado

“las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate sobre asuntos de interés público”, como así también que b) el margen “está también limitado por el gran interés de una sociedad democrática a permitir a la prensa desempeñar su papel vital de ‘perro guardián’”. TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, cit., párr. 102. Si el margen es limitado, el Tribunal examinará cuidadosa e intensamente la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. De esta forma podríamos seguir desarrollando el alcance del margen en relación con cada uno de los derechos limitables; sin embargo, este desarrollo excede el objeto de este trabajo. Cfr., en general, Contreras, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, p. 235; sobre libertad religiosa véase Iglesias, Marisa, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf, y Brems, Eva, “The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016)”, en Gerards, Janneke y Brems, Eva (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

²³ Brems, Eva, *op. cit.*, p. 14.

²⁴ TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, cit.

había querido restringir con el propósito de impedir la interferencia de la lógica del mejor postor en el debate político.

El voto mayoritario sostiene que, siempre que el proceso legislativo y la posterior revisión jurisdiccional hayan sido “pertinentes y suficientes”²⁵, corresponde otorgar al Estado un amplio margen, aun cuando esto implique dificultades en casos especiales.²⁶ Entonces, para el TEDH, se trata de controlar la “proporcionalidad de una medida de carácter general”.²⁷ Para la determinación del “margen de discrecionalidad adecuado” entiende que tiene especial importancia:

- a) la calidad del examen parlamentario sobre la necesidad de una medida tomada a nivel nacional;²⁸
- b) la calidad del examen judicial sobre una medida tomada a nivel nacional,²⁹ y
- c) el potencial riesgo que puede suponer la flexibilidad de una medida general, este riesgo es un factor que corresponde al Estado apreciar.³⁰

FUENTE: elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

²⁵ *Ibidem*, párr. 125.

²⁶ *Ibidem*, párrs. 106 y 107. Véase Brems, Eva y Lavrysen, Laurens, “‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, pp. 139-168.

²⁷ TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, *cit.*, párr. 108. El problema radica en que el TEDH estaría dejando de controlar intensivamente si son suficientes y necesarias las razones estatales para la restricción del derecho en el caso, y se limita a controlarlo en general. Además, con el siguiente agregado: “[...] cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida general, menor será la importancia que la Corte atribuya a su repercusión en el caso concreto” (párr. 109). El voto en disidencia critica que la mayoría haya dejado de hacer un análisis intensivo de las razones de la restricción en el caso concreto y un examen de medios alternativos. Voto en disidencia de los jueces Tulkens, Spielmann y Laffranque en TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, *cit.*, párr. 420.

²⁸ Cfr. Saul, Matthew, “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015, pp. 745-774.

²⁹ TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, *cit.*, párr. 108.

³⁰ *Idem*.

Las razones del TEDH son las siguientes: por un lado, la reglamentación general que establece la prohibición fue ampliamente debatida en el ámbito parlamentario (tanto en el recinto como en las comisiones) y, por el otro, los tribunales nacionales habían tomado en cuenta las normas de la Convención y la jurisprudencia del TEDH pertinente en la materia para sostener la necesidad de la medida general atacada. Por último, consideró que el Estado se encuentra en una mejor posición para evaluar los inconvenientes de flexibilizar una medida de alcance general. Todo esto le lleva a concluir que el Estado no ha sobrepasado el margen de apreciación que se le reconoce en el caso.

La doctrina habla de un giro procedimental del margen y del examen de proporcionalidad por el énfasis en la dimensión formal³¹ y también de un giro democrático del margen de apreciación, pues el centro está ahora también puesto en el examen parlamentario y su calidad.³² De entre las numerosas críticas que ha recibido este criterio, a los efectos de este trabajo interesan dos. Por un lado, se trata de una crítica funcional: no se ataca la versión del margen en cuanto a sus presupuestos, sino respecto a las complejidades que presenta su aplicación y las pistas escasas, e incluso ambiguas, que surgen de la jurisprudencia del TEDH.³³

Una segunda crítica a *Animal Defenders*, con la que coincidimos, ataca los presupuestos teóricos de la doctrina del margen de apreciación en función de las consecuencias prácticas de

³¹ Brems, Eva, *op. cit.*; Kavanagh, Aileen, “Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.

³² Saul, Matthew, *op. cit.*; Kavanagh, Aileen, *op. cit.*; Huijbers, Leonie, “The European Court of Human Rights’ procedural approach in the age of subsidiarity”, *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 177-201.

³³ Un estudio empírico reciente sobre esta línea jurisprudencial arroja como resultado que hay variación en el grado con que el TEDH toma en cuenta la conexión entre margen de apreciación y proceso parlamentario. El TEDH no ha expresado claramente los criterios que aplica para determinar la “calidad” del proceso legislativo en el que se aprobó la medida general atacada por incompatible con el Convenio, aunque es posible determinar aspectos que consideró evaluables, aunque, reitera, varían de caso a caso. Véase Saul, Matthew, *op. cit.*

su aplicación.³⁴ La deferencia hacia los Estados basada en la supuesta deliberación democrática en el orden interno, en general, implica la indiferencia del TEDH respecto de la posición de las poblaciones o grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural.³⁵ En otro texto hemos mostrado que, si bien el objetivo de la norma sobre regulación de la pauta publicitaria en materia política es plausible, el problema reside en que, en el caso concreto, el TEDH no considera cómo esa norma afecta las posibilidades de participación real en el debate democrático de una asociación con una agenda que no responde a la de la clase de asociaciones políticas mayoritarias o de medios masivos, cuya influencia la norma británica pretendía contrarrestar.

El TEDH ya había reconocido un amplio margen de apreciación al Estado en la materia, considerando que se trataba de prevenir las distorsiones generadas por los grandes grupos económicos (*anti-distortion rationale*)³⁶ en un área como la publicidad, que se encuentra razonablemente sujeta a una fuerte regulación estatal (*power of broadcasting rationale*).³⁷ Sin embargo, en *Animal Defenders* se requiere un notable esfuerzo para subsumir la actividad desplegada por la reclamante dentro de los supuestos pensados y discutidos para la norma, que había sido diseñada explícitamente con el fin de compensar las asimetrías de recursos en la definición de la agenda política.³⁸

Por el contrario, el caso es claramente una de las excepciones que el TEDH venía reconociendo al principio de deferencia en la regulación de la publicidad política. En esos casos, el TEDH, a través de un escrutinio intenso de la medida (sus efectos sobre el reclamante), matizaba la potestad reglamentaria de la publicidad política cuando las ideas del actor que ven restringida su circulación no eran de la clase de medios mayoritarios cuya influencia

³⁴ Brems, Eva y Lavrysen, Laurens, *op. cit.*

³⁵ Landfried, Christine, “Internationale Gerichte und nationale Demokratie”, en Croissant, Aurel *et al.*, *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Wiesbaden, Springer, 2017, pp. 371-385.

³⁶ TEDH, *VgT vs. Suiza*, 2001, núm. 24699/94, párr. 61.

³⁷ *Ibidem*, párr. 69.

³⁸ Véase Aldao, Martín, *op. cit.*

pretenden contrarrestar las normas reglamentarias sobre publicidad política.³⁹

Sin embargo, la regla que surge de *Animal Defenders* dice que el TEDH no va a analizar la vulneración del derecho en concreto cuando la medida general impugnada haya sido precedida por un amplio debate legislativo y una revisión judicial comprensiva. A nuestro entender se requiere incluir otra crítica. La doctrina del margen de apreciación en *Animal Defenders* requiere ser desafiada desde una perspectiva de género en intersección con la situación de pobreza.

III. LA URGENCIA DE SOSTENER UN EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO

El objetivo de este apartado es mostrar que el examen de proporcionalidad en concreto es la instancia que permite visibilizar la discriminación interseccional. Se trata de poner de manifiesto los límites del margen de apreciación en su versión remozada, es decir, a la *Animal Defenders*. La pregunta es en qué medida los criterios de *Animal Defenders* son aplicados para evaluar una medida general que afecta especialmente a mujeres jefas de familia, con niños, y pobres. Para ello tendremos en la mira el fallo *Garib*.⁴⁰

³⁹ TEDH, *VgT vs. Suiza...*, cit., párrs. 70 y 71 y *TV Vest vs. Noruega*, 2008, núm. 21132/05 (extractos), párr. 73. Para una discusión de los estándares véase Aldao, Martín, *op. cit.*

⁴⁰ Véase Lavrysen, Laurens, “Strasbourg Court fails to acknowledge discrimination and stigmatization of persons living in poverty”, *Blog Strasbourg Observer*, 2016, <https://strasbourgobservers.com>; asimismo, David, Valeska y Ganty, Sarah, “Strasbourg fails to protect the rights of people living in or at risk of poverty: the disappointing Grand Chamber judgment in *Garib v the Netherlands*”, *Blog Strasbourg Observers*, 2017, <https://strasbourgobservers.com>. Las autoras sostienen la debilidad del fallo de la Gran Sala basándose en cuatro puntos: a) la omisión de analizar el caso desde la discriminación basada sobre la situación de pobreza; b) un test de proporcionalidad en concreto; c) la situación de vulnerabilidad de la afectada y sus niños, y d) la falta de consideración de informes de otros órganos de protección de derechos humanos sobre la medida atacada.

Nos preguntamos por la falta de aplicación de un examen de proporcionalidad en concreto y la preferencia de la mayoría por aplicar *Animal Defenders* y un examen de proporcionalidad de la medida atacada en general. Justamente esta combinación es indiferente a los reclamos de las personas en situación de desigualdad estructural.⁴¹ Para ellas es crucial que permanezca abierta la posibilidad de atacarlas:⁴² así, analizar en detalle las restricciones en el alquiler de viviendas en relación con el fin de mejorar las condiciones de habitabilidad del distrito, cotejar alternativas menos lesivas —tales como el mejoramiento de la infraestructura o la implementación de políticas públicas de integración socio-urbana— y ponderar el derecho de Garib a elegir libremente su lugar de residencia y no ser discriminada por la potestad estatal de ordenamiento territorial facilitaría la identificación de las inconsistencias en la fundamentación de la norma, y la exposición de intereses encubiertos y sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de legislaturas y tribunales.⁴³

El caso trata de una mujer, jefa de hogar, que vive con dos niños en el barrio de Tarwewijk en Rotterdam, en un departamento alquilado desde 2005, y que contaba con una habitación. La mujer y sus niños reciben ayuda social estatal y viven en situación de pobreza. El propietario ofreció a Garib un apartamento en alquiler, a metros del que habitaba, pero con tres habitaciones y un jardín, ya que él necesitaba remodelar el entonces habitado por Garib para uso propio. La mujer aceptó la propuesta, sin embargo, no pudo ser concretada porque no le fue otorgado el

⁴¹ Véase Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁴² Sobre el potencial emancipador del examen de proporcionalidad en concreto véase Aldao, Martín, *op. cit.*

⁴³ Como señala Harriet Samuels, *op. cit.*, el examen de proporcionalidad permite, por un lado, no desatender los principios normativos predominantes en el sistema jurídico, pero, por el otro, es porosa a que las voces concretas presenten sus argumentos, con lo que no petrifica la deliberación, sino que la hace más interactiva, incluyendo a las invisibilizadas o silenciadas.

permiso municipal. De acuerdo con una norma local, para poder mudarse en el barrio de Tarwewjik se requiere una residencia de más de seis años en la zona o un salario proveniente de un trabajo formal. Garib no lograba cumplir con ninguno de los dos requisitos. Reclamó ante los tribunales nacionales y el TEDH por considerar que había una violación de la libertad de elegir su residencia (art. 2 Protocolo Adicional núm. 4 al CEDH y art. 12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y de la prohibición de la discriminación, sin éxito. No obstante, tanto el fallo de la Sala⁴⁴ como de la Gran Sala⁴⁵ del TEDH cuentan con sendas disidencias que critican el enfoque generalista de la mayoría.

3.1 La cuestión debatida y la opción metodológica de la mayoría y de la disidencia

La norma atacada (Dutch Inner City Problems Act), que entró en vigor el 1 de enero de 2006, habilitaba a las municipalidades para adoptar medidas para “desguetizar” (“*deghetoisation*”) los vecindarios afectados por la “decadencia económica, el comportamiento antisocial y el influjo de inmigrantes ilegales”. El gobierno de Rotterdam pretendía revertir esta tendencia sujetando la posibilidad de radicación al nivel de ingresos de las personas, y así, en teoría, favorecer el influjo de “residentes más prósperos” al distrito. La intención sería favorecer la diversidad y contrarrestar la “estigmatización” de las zonas del casco histórico, tradicionalmente habitadas por las clases populares.⁴⁶

⁴⁴ TEDH, *Garib vs. Países Bajos*, sentencia de 23 de febrero de 2016, núm. 43494/09. La mayoría estuvo conformada por los jueces Helena Jäderblom, George Nicolaou, Johannes Silvis, Branko Lubarda y Pere Pastor Vilanova. Votaron en disidencia los jueces Luis López Guerra y Helen Keller.

⁴⁵ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.* La mayoría estuvo conformada por los jueces Guido Raimondi; Angelika Nußberger; Linos-Alexandre Sicilianos; Mirjana Lazarova Trajkovska; Işıl Karakaş ; Vincent A. de Gaetano; Julia Laffranque; Iulia Motoc; Jon Fridrik Kjølbro; Georges Ravarani; Gabriele Kucsko-Stadlmayer y Tim Eicke; y el juez *ad hoc* Egbert Myjer. Votos en disidencia: a) jueces Tsotsoria y De Gaetano; b) juez Pinto de Albuquerque con adhesión del juez Vehabović, y c) juez Kūris.

⁴⁶ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto de la mayoría, párr. 142.

El TEDH se pregunta si la restricción al derecho a elegir la residencia se encuentra o no justificada. Por un lado, si la medida estatal sirve a un interés público; por el otro, si la restricción es “necesaria para una sociedad democrática”. Por el contrario, el voto de la mayoría se niega a encarar el caso como uno de discriminación o consideración de la posición vulnerable de la afectada y sus niños, pues sostiene que la afectada no alegó expresamente la conexión con el artículo 14 del CEDH (referido a la prohibición de discriminación) en su primer escrito, aunque sí lo haya hecho al referirse a la apelación de la sentencia de la Sala (2016).⁴⁷

3.2 ¿La medida estatal sirve a un interés público?

La mayoría de la Gran Sala (2017) sigue aquí al voto de mayoría de la Sala (2016), considerando que el objetivo de la medida consistía en revertir el declive de las áreas más empobrecidas de la ciudad y mejorar la calidad de vida en general. No tienen dudas sobre la legitimidad del mismo y agregan que no fue impugnado ni por la afectada ni por el Estado.

Sin embargo, un análisis más detallado de la cuestión genera serias reservas respecto de la legitimidad del fin estatal, ya que a

⁴⁷ Sin embargo, de la lectura atenta de los párrs. 143 y 144 surge que la mayoría en *Garib* (2017) implícitamente se acerca al problema de igualdad para negarlo: “La reclamante no impugna la necesidad de una intervención estatal: El tribunal entiende en este sentido la admisión de la reclamante que la norma en cuestión no es ‘manifiestamente irrazonable’. Antes bien, sus críticas apuntan a las opciones legislativas, que desde su posición someten a una carga injustificada a aquellos cuyo único ingreso es el beneficio de la seguridad social.” Si esto es así, el TEDH está implícitamente planteando el problema de igualdad, aunque arriba se haya negado a trabajarlo en forma expresa. Aún más, de la lectura del párr. 144 surge que el TEDH no cree que *Garib* sea una especial afectada: “El tribunal observa que el régimen implementado por la norma impugnada ni priva de la vivienda, ni fuerza abandonar a persona alguna el lugar que habita. Más aún, la medida adoptada bajo el régimen impugnado afecta únicamente a los residentes relativamente nuevos: aquellos que logren probar al menos seis años de residencia en el área metropolitana de Rotterdam se encontrarían exceptuados de la restricción. Dadas las circunstancias, el plazo no parece ser excesivo”. TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párr. 144.

simple vista se percibe que consiste en la erradicación de la población vulnerable. Esto aparece con claridad en las disidencias de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, por un lado, y de Küris, por el otro. Sostienen que el fin no es legítimo, pues a poco que se hurgue surge el estereotipo.⁴⁸ La pobreza es asimilada a inseguridad y hasta a criminalidad.⁴⁹ No es vista como fuente de vulnerabilidad, sino como la causa del “mal social” que debe, por tanto, ser “erradicada” o, por lo menos, “alejada o diluida tanto como sea posible.”⁵⁰

3.3 ¿La restricción es “necesaria para una sociedad democrática”? ¿Proporcionalidad en general o en concreto?

En la sentencia *Garib* de la Sala (2016), el TEDH aplica *Animal Defenders* y evalúa la justificación a la restricción del derecho de

⁴⁸ *Ibidem*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párrs. 7 y 8. Identificar estas imágenes estereotipadas, enunciarlas, nombrarlas, desenmascararlas, ayuda a plantear y comprender el problema del caso; desarmar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas a través de un examen bien estricto de igualdad, dejando al desnudo la discriminación por género u orientación sexual o identidad de género. Esas imágenes estereotipadas reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo, en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales en su desmedro, en lugar de aventajado o de privilegio. Véase Clérico, Laura, “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, *Derechos en Acción*, vol. 5, núm. 5, diciembre de 2017; Clérico, Laura, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96; Pou, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”, *Revista Discusiones*, núm. 16.1, 2015, pp. 147-188; Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, México, núm. 20, 2016, pp. 1-32.

⁴⁹ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párrs. 7 y 8.

⁵⁰ *Idem*.

la afectada *en general y abstracto*.⁵¹ No se refiere en concreto a la aplicación de la medida en el caso. Esta debilidad en la opción metodológica del TEDH fue advertida por los votos en disidencia de los jueces Luis López Guerra y Hellen Keller en 2016 en el fallo de Sala.⁵² Será acaso por ello que la Gran Sala, en *Garib* (2017), aclara que su tarea no es revisar la medida atacada *en abstracto*, pero sí determinar si la manera en que fue aplicada a la afectada causó una violación del Convenio, es decir, *en concreto*.

A renglón seguido, determina el alcance del margen de apreciación en el caso, es decir, la intensidad con que controlará la proporcionalidad de la medida estatal. Se define por un margen de apreciación amplio en favor del Estado. Considera que se trata de la implementación de políticas sociales y económicas y aplica, entonces, el siguiente estándar: “el Tribunal declaró en muchas oportunidades que respetará el juicio de la legislatura sobre lo que es de interés ‘público’ o ‘general’, a menos que ese juicio carezca manifiestamente de fundamento razonable”.⁵³

Semejante deferencia le reconoce al Estado para tomar la decisión de si hace algo en el área o no (margen de apreciación de acción), y cuando decide hacer algo, ese margen alcanza a las reglas detalladas (margen de apreciación para la selección de los medios) que establece para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en competencia. El TEDH aclara que esto no significa que las soluciones alcanzadas por la legislatura escapen a su escrutinio: corresponde al TEDH examinar detenidamente los argumentos tomados en consideración durante el proceso legislativo y si se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del Estado y los directamente afecta-

⁵¹ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto de la mayoría, párr. 112 (expresa referencia a la aplicación de TEDH, *Animal Defenders vs. Reino Unido*) y párr. 113 de TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2016) y, en especial, párr. 106: “El Tribunal reitera que el Estado, de conformidad con las disposiciones del Convenio, puede tomar medidas generales que se apliquen a situaciones preestablecidas independientemente de las circunstancias propias de cada caso, aún a riesgo de que estas medidas puedan provocar dificultades en casos especiales”.

⁵² TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2016)..., *cit.*

⁵³ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párrs. 136 y 137.

dos por esas elecciones legislativas.⁵⁴ Y si bien reconoce que el tema de la vivienda usualmente requiere algún tipo de regulación estatal, advierte que, en función de la complejidad del desarrollo de las grandes ciudades, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para implementar su política urbanística.⁵⁵ Hasta aquí la posición de la mayoría. En suma: examen de proporcionalidad, pero filtrado por un amplio margen de apreciación por la materia a favor del Estado.

En este punto, la mayoría vuelve sobre el estándar de *Animal Defenders International vs. Reino Unido*, al dar por sentado que los problemas individuales que pueden generar una medida de carácter general no son relevantes a la hora de evaluar la medida impugnada.⁵⁶ Con ese argumento, la mayoría decide otorgar al Estado neerlandés un amplio margen de apreciación, sin considerar el impacto que las políticas públicas habitacionales tienen sobre la vida privada y familiar de las personas, tornando en la práctica ilusorios estos derechos y, a la postre, haciendo un examen de proporcionalidad en abstracto que fue anunciado en concreto.⁵⁷

El otro punto de crítica, que se desprende del anterior, es la determinación de la amplitud del margen de apreciación. La mayoría no tiene en cuenta la jurisprudencia sobre personas en

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 138 (con referencia a “*inter alia* y *mutatis mutandis*”); TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, *cit.*, párr. 108: “El Tribunal ya ha declarado que una medida general era la forma más práctica para lograr el objetivo legítimo pretendido en una disposición que permitiría un estudio caso por caso, tal sistema es probable que cause un riesgo significativo de incertidumbre [...], litigios, costes y retrasos [...] o la discriminación y la arbitrariedad [...]. Sin embargo, también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal que la forma en que una medida de carácter general se aplica a los hechos en un caso determinado, permite darse cuenta de sus implicaciones prácticas, por lo que es relevante la evaluación de la proporcionalidad para que siga siendo un factor importante a tener en cuenta [...]”.

⁵⁵ TEDH, *Garib vs. Países Bajos (2017)...*, *cit.*, párr. 139.

⁵⁶ Véase TEDH, *Animal Defenders International vs. Reino Unido...*, *cit.*

⁵⁷ TEDH, *Garib vs. Países Bajos (2017)...*, *cit.*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović.

situación de vulnerabilidad⁵⁸ en razón de género⁵⁹ y situación de pobreza,⁶⁰ que implica una restricción del margen estatal y, como contracara, un control de proporcionalidad en concreto más intensivo. A su vez, como señalan Pinto de Albuquerque y Vehabović, la mayoría tampoco tuvo en cuenta que el lugar de residencia constituye una dimensión fundamental de la identidad personal,⁶¹ en torno a la cual una persona y su familia van tejiendo su vida y sus relaciones, por lo que una intervención sobre esa esfera requiere razones de mucho peso.⁶²

3.3.1 Idoneidad

La afectada sostiene que la medida impugnada no es idónea, porque no produjo una mejora verificable en la calidad de vida de los distritos afectados. Para ello se basa en un informe de la Universidad de Ámsterdam de 2015. El voto mayoritario se niega, en principio, a considerar el informe, aunque haya sido referido tanto por la afectada como por el Estado. El argumento del TEDH es que el periodo cubierto por el informe es posterior a

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 13, con referencia a TEDH, *Alajos Kiss vs. Hungría*, sentencia de 20 de mayo de 2010, núm. 38832/06, párr. 42. Sobre la situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH véase Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra, “Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085; Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, Año XIV, núm. 1, 2016.

⁵⁹ Este punto ya fue advertido por los jueces López Guerra y Keller en su voto en disidencia en *Garib* (2016), cuando señalan que la mayoría no tuvo en cuenta su propia jurisprudencia sobre la reducción del margen de apreciación estatal cuando la medida atacada involucre discriminación por género con referencia al caso TEDH, *Vrountou vs. Chipre*, sentencia de 13 de octubre de 2015, núm. 33631/06.

⁶⁰ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párr. 13.

⁶¹ TEDH, *Evans vs. Reino Unido* (Gran Sala), 2007-I, núm. 6339/05, párr. 77.

⁶² TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párr. 13.

aquel en que la afectada realizó el reclamo. Es decir, la mayoría decide evaluar la idoneidad de la medida teniendo en cuenta la situación material al momento de haber sido aprobada por el Gobierno la regulación atacada. El TEDH lo justifica en consideración a que se trata de evaluar “elecciones sobre política pública socio-económica”⁶³ y no cómo esas políticas afectan al derecho de Garib en concreto.⁶⁴

Nuevamente, el voto mayoritario es criticable. Por un lado, es objetable la falta de coherencia formal de la aplicación de sus propios criterios, ya que el TEDH tiene en cuenta datos posteriores a favor del Estado, pero no datos posteriores que alega la reclamante. El TEDH rechaza el informe de la Universidad de Ámsterdam porque contiene datos referidos a 2006-2015,⁶⁵ pero acepta como argumento a favor de la idoneidad el hecho de que varias municipalidades hayan adoptado medidas similares entre 2011 y 2016,⁶⁶ periodo que también es posterior a la toma de la decisión.⁶⁷

Por otro lado, resulta objetable la consistencia material del argumento del TEDH, que alega que la adopción de medidas similares por otros municipios es razón suficiente para afirmar la efectividad de la medida. Como muestran Pinto de Albuquerque y Vehabović en la disidencia, un examen atento de la evidencia empírica pone de manifiesto que la situación de los distritos afectados por la norma no presenta mejoras relativas, al ser comparadas con la evolución de otros distritos.⁶⁸

⁶³ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, posición mayoritaria, párr. 147.

⁶⁴ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párr. 159.

⁶⁵ David y Ganty advierten que el TEDH conocía de la existencia de estos informes. Refieren que en la audiencia de enero de 2017, celebrada en ocasión de la discusión del caso, el TEDH preguntó al Estado por estas observaciones. Este material no fue retomado por el TEDH en la sentencia de la Gran Sala, lo que llevaría a las autoras a sostener el carácter manipulativo de los antecedentes que constaban en la causa. Véase David, Valeska y Ganty, Sarah, *op. cit.*

⁶⁶ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párr. 149.

⁶⁷ Esto es lo que David y Ganty critican como “*cherry picking*”, es decir, se trata de una selectividad injustificada o una justificación “*ad hoc*”. Véase David, Valeska y Ganty, Sarah, *op. cit.*

⁶⁸ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párrs. 70 y 74. *Cfr.* voto de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović.

Por último, un examen de idoneidad en el caso concreto demuestra que la regulación no promovía el fin. El Estado no perseguía explícitamente modificar la composición del vecindario que ya vivía en el lugar, sino regular la proveniencia de futuros habitantes que se mudaran a esa zona. Garib y sus niños ya vivían en esa zona; por ende, no permitirles el movimiento interno excede el fin que se propone la medida estatal.⁶⁹

3.3.2 Medios alternativos o necesidad

La mayoría del TEDH se niega a realizar un examen de medios alternativos en concreto. Concede que era posible regular la situación en forma diferente; sin embargo, advierte que solo debe evaluar si el Parlamento, al definir el equilibrio en el punto que lo hizo, excedió o no el margen de apreciación establecido respecto del derecho a la libre elección de la residencia (art. 2 Protocolo Adicional núm. 4 al CEDH).⁷⁰

La circunstancia de negarse a realizar un examen de medios alternativos confirma la amplia deferencia que la mayoría concede al Estado. Un examen superficial de medios alternativos, tal como advierte la disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabović, muestra que la medida atacada no era necesaria. No solo una mayor inversión en infraestructura podría haber alcanzado el mismo fin sin segregar, sino que, además, Países Bajos se encontraría en minoría en la aplicación de esta clase de política pública urbanística.⁷¹ En la disidencia se resalta que otros países del Consejo de Europa, como Francia, Alemania, Suiza o Bélgica, han adoptado políticas de integración sociourbana fijando cuotas de mínimas de viviendas sociales en diversas áreas de la ciudad,⁷² lo que, en principio, parecería implicar una menor restricción del derecho a la elección del lugar de residencia.

⁶⁹ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto en disidencia de los jueces Tsotsoria y De Gaetano, párr. 7; Pinto de Albuquerque y Vehabović, párr. 17.

⁷⁰ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párr. 157.

⁷¹ *Ibidem*, voto de la mayoría, párrs. 87-92.

⁷² TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párr. 20.

3.3.3. *Proporcionalidad en sentido estricto en la mayoría en Garib (GC)*

A diferencia del enfoque adoptado al evaluar la idoneidad y la necesidad de la medida estatal, la argumentación de la mayoría vuelve sobre la situación concreta de la reclamante al momento de evaluar la proporcionalidad en sentido estricto: la demandante no lograría demostrar el mal estado de la vivienda, ni el riesgo para la salud implicado por el cambio de distrito,⁷³ ni el perjuicio concreto que le habría causado la medida estatal.⁷⁴ Así, relativiza la intensidad de la restricción al derecho de Garib y sus niños.

El voto mayoritario insiste en la mejor posición del Estado nacional para evaluar la necesidad o conveniencia de las políticas de regulación del espacio urbano (*better position rationale*), lo que había ya preanunciado para reconocerle un amplio margen de apreciación al Estado neerlandés.⁷⁵ De esta forma, sostiene que la información suministrada por la afectada no le permite llegar a la conclusión de que la negativa a obtener el permiso habitacional necesario implicase una restricción tan desproporcionada de sus derechos de modo tal que su interés supere por mucho el interés público perseguido por la aplicación consistente de la medida estatal.⁷⁶ En suma, se desprende que la mayoría decide poner la carga de la argumentación en cabeza de la afectada para derribar la presunción de la compatibilidad de la medida con el Convenio.

En el tratamiento que hace de Garib es claro lo que voto de la mayoría omite. La posición de vulnerabilidad de la mujer, madre de dos niños, que viven en situación de pobreza, no es considerada para determinar la intensidad a la restricción al derecho. Tampoco es tomada en cuenta la cuestionable idoneidad de la medida en el caso concreto. Como apuntamos, la afectada y sus niños ya vivían en la zona y la medida estatal buscaba regular el establecimiento de nuevos residentes. La posición de vulnerabilidad de la afectada y la clara falta de idoneidad de la medida justifica que

⁷³ TEDH, *Garib vs. Países Bajos* (2017)..., *cit.*, párr. 160.

⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 162, 163 y 164.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 161.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 166.

sea el Estado quien tenga la carga de la argumentación agravada. Solo razones de mucho peso (*strong reasons*) podrían justificar la medida.

Como se señaló, las razones alegadas por el Estado no son legítimas, porque se basan en argumentos estereotipados. Por lo demás, la posición mayoritaria en *Garib* (2017) perdió una oportunidad para ver el caso bajo la lupa de la discriminación, tanto directa como indirecta y, a su vez, interseccional.⁷⁷ Por un lado, se trata de una discriminación directa, ya que la misma norma utiliza la situación de pobreza para etiquetar al grupo segregado; por el otro, de una discriminación indirecta, porque este tipo de políticas gentrificadoras impacta en una forma desproporcionada en poblaciones de mujeres y niños en situación de pobreza o vulnerabilidad socioeconómica y migrantes. En suma, este es otro de los problemas que genera la transferencia desnuda del estándar de *Animal Defenders* (proporcionalidad en general más amplio margen de apreciación para el Estado) a casos que involucren género y situación de pobreza.⁷⁸

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo sostuvimos que los criterios establecidos en *Animal Defenders* requieren pasar por el examen de proporcionalidad en concreto si pretendemos dar cuenta de una perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. Nuestra crítica ataca la doctrina del margen de apreciación, tanto en su versión clásica como procedimental, por cuanto aún no da cuenta de sus propias limitaciones. En este sentido, no advertir las limitaciones de la doctrina implica legitimar las relaciones de poder desiguales en el orden interno, lo que, como mostramos a lo largo de este trabajo y ejemplificamos a través del caso *Garib*, genera efectos excluyentes sobre mujeres, niños y niñas en situación de

⁷⁷ *Ibidem*, voto en disidencia de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, párrs. 34-40.

⁷⁸ Interseccionalidad que justifica un examen de igualdad intensivo que la posición mayoritaria omite, pero que puede ser encontrado en el voto en disidencia del juez Pinto de Albuquerque.

pobreza. Las cortes regionales de derechos humanos no pueden perder su función de foros de reconocimiento y discusión de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos, ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las políticas que las afectan.⁷⁹

En suma, no encontramos que los desarrollos de la doctrina del margen de apreciación hayan tomado lo suficientemente en serio la perspectiva de género en su intersección con la situación de pobreza. Estas complejidades deberían ser especialmente tomadas en cuenta en el ámbito interamericano cuando se propone la transferencia de la doctrina del margen de apreciación a la *Animals Defenders*.⁸⁰

Si bien es cierto que la doctrina del margen de apreciación, interpretada de buena fe,⁸¹ puede estimular el diálogo interjurisdiccional y mejorar la legitimidad de los sistemas regionales, también lo es que su aplicación en contextos de fuerte desigualdad estructural puede traer como consecuencia la imposibilidad

⁷⁹ Christine Landfried sostiene que el intento de salvar la falta de legitimidad democrática del TEDH a través del recurso al principio mayoritario puede convertirse en tomar partido a favor de las relaciones de poder político y social imperantes en el orden interno. Así, los jueces que se dejan llevar por métodos políticos terminan protegiendo finalmente, y con el peso de una sentencia, a las relaciones de poder político existentes y no a los derechos humanos. Concluye que se pierde así la función del tribunal internacional como una “institución de supervisión”. Véase Landfried, Christine, *op. cit.*, p. 382.

⁸⁰ En este sentido, también cabe preguntarse qué aporta la doctrina del margen de apreciación, además de una nueva etiqueta, que no pueda ser discutido dentro del marco —más familiar para el Sistema Interamericano— de las intensidades del escrutinio de las restricciones de derechos. Arai-Takahashi sostiene que “la dimensión conceptual de un margen de apreciación es covalente con las doctrinas sobre variable intensidad / estándar de revisión, deferencia y autorrestricción judicial que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”. Véase Arai-takahashi, Yutaka, “The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry”, en Føllesdal, Andreas; Peters, Birgity y Ulfstein, Geir (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 62-105.

⁸¹ Føllesdal, Andreas, *op. cit.*

de revisar la clase de patrones segregatorios que, dada su amplitud, requieren de la intervención de sistemas supranacionales de control.

En función de este problema, proponemos que la superposición de diversas variables de segregación (etnia, género, clase social, edad, etc.) puede operar como un argumento en contra de la aplicación del margen de discrecionalidad. Esto habilita el despliegue del examen de proporcionalidad en concreto, con el fin de analizar el andamiaje argumentativo y exponer los sesgos discriminatorios naturalizados que, inevitablemente, permean el discurso y las prácticas de las instituciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- ALDAO, Martín, “Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, septiembre-diciembre de 2019.
- , CLÉRICO, Laura y RONCONI, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- ALTERIO, Ana Micaela, “La Suprema Corte mexicana y la justicia-bilidad de los mensajes estigmatizantes”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, México, núm. 20, 2016.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, “The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry”, en FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgity y ULFSTEIN, Geir (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a*

National, European and Global Context, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll, “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre de 2017.

BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, año XIV, núm. 1, 2016.

BREMS, Eva, “The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016)”, en Gerards, Janneke y Brems, Eva (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

— y LAVRYSEN, Laurens, “‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, 2015.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio, *El derecho internacional de los derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de las Américas, 2008.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

—, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 41, julio-diciembre de 2018.

—, “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, *Derechos en Acción*, vol. 5, núm. 5, diciembre de 2017.

- y ALDAO, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año IV, núm. 6, enero-junio de 2018.
- y NOVELLI, Celeste, “The inclusion of the social question within the gender perspective. Notes to Rewrite ‘Cotton Fields’”, *Inter-American and European Human Rights Journal-Intersetia*, Gante, 2017.
- CONTESSE, Jorge, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016.
- CONTRERAS, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014.
- DAVID, Valeska y GANTY, Sarah, “Strasbourg fails to protect the rights of people living in or at risk of poverty: the disappointing Grand Chamber judgment in *Garib v the Netherlands*”, Blog Strasbourg Observers, 2017, <https://strasbourgobservers.com>
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- FØLLESDAL, Andreas, “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril de 2017.
- FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- , *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- FREDMAN, Sandra, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, junio de 2016.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Dere-

- chos Humanos: soberanía e integración”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- GERARDS, Janneke, “Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2018.
- , “The draft Copenhagen Declaration and the Court’s dual role—the need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation”, *Blog Strasbourg Observers*, 2018, <https://strasbourgobservers.com>
- , “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013.
- HUIJBERS, Leoine, “The Draft Copenhagen Declaration – Process-based review and subsidiarity”, *Blog Strasbourg Observers*, 2018, <https://strasbourgobservers.com>.
- , “The European Court of Human Rights’ procedural approach in the age of subsidiarity”, *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017.
- IGLESIAS, Marisa, “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication from a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017.
- , “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf
- KAVANAGH, Aileen, “Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.
- LANDFRIED, Christine, “Internationale Gerichte und nationale Demokratie”, en CROISSANT, Aurel *et al.*, *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Wiesbaden, Springer, 2017.
- LAVRYSEN, Laurens, “Strasbourg Court fails to acknowledge discrimination and stigmatization of persons living in poverty”, *Blog Strasbourg Observer*, 2016, <https://strasbourgobservers.com>.

- , “Strengthening the protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015.
- LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- LONDRAS, Fionna de y DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, 2015.
- NOWAK, Manfred, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.
- PARRA VERA, Óscar, “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en SANTOLAYA, Pablo y WENCES, Isabel (coords.), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- PERONI, Lourdes y TIMMER, Alexandra, “Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013.
- POU, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”, *Revista Discusiones*, núm. 16.1, 2015.
- RIVERS, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006.
- SAMUELS, Harriet, “Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle”, *Fem Leg Stud*, vol. 21, núm. 1, 2013.
- SAUL, Matthew, “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015.
- SICILIANO, Linos-Alexandre, “The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its

- Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 3, 2014.
- SPANO, Robert, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 3, 2014.
- YOUNG, Iris Marion, *Responsability for Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- , “Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship”, *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989.
- ZUCCA, Lorenzo, “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013.

Derecho a la educación y examen de proporcionalidad

Sebastián Scioscioli*

I. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la actualidad, son pocos los lugares en el mundo en donde la institución educativa, de algún modo, no haya llegado a ofrecer a las personas al menos una alfabetización básica. Sin embargo, la educación es mucho más que el acceso a la escuela. Esta comprensión acerca del “qué”, el “cómo” y el “para qué” de la educación nos compromete a considerar profundamente su naturaleza como derecho.¹

* Universidad de Buenos Aires

¹ Estas inquietudes en verdad pueden ser asociadas con otros esquemas internacionales de análisis de la relación entre educación y derechos. Así, autores como Tomaševsky, como veremos, se han detenido en las dimensiones de la educación como derecho desde el espejo de las obligaciones del Estado que se derivan para con el derecho: derecho a la educación (*the right to education*), relacionado con la implementación directa de los contenidos del derecho, educación en derechos (*rights through education*), vinculado con la promoción indirecta de la educación a través de la transmisión y difusión a los niños y adultos de los derechos humanos, y derechos en educación (*rights in education*), asociados con el respeto y fortalecimiento del derecho a la educación y de los derechos humanos, en general, en el proceso educativo y en las escuelas, exigiendo que este se cumpla en condiciones aceptables, bajo estándares de seguridad, y que posea la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diversas necesidades y condiciones sobre la base del reconocimiento de las diferencias y el multiculturalismo. Véase Tomaševsky, Katarina, *Human rights in education as prerequisite form human rights education*,

La noción de derecho fundamental toma de la definición de derechos humanos su carácter de derechos universales y abstractos, que son reconocidos por igual a todas las personas en su calidad de tales y que proceden de una base moral común de fundamentación sustentada en la “dignidad de la persona”, de su valor en cuanto a fin en sí misma. Dicha base se encuentra establecida como punto de partida y de respeto elemental que opera en todos los tratados internacionales de derechos humanos a partir de su inclusión en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.

De esta forma, la existencia de los derechos fundamentales, al igual que los derechos humanos, en un sentido de derechos básicos, descansa en el reconocimiento de la persona como un sujeto titular de ciertas necesidades básicas, necesidades que deben ser cubiertas porque le permiten alcanzar las condiciones suficientes para poder llevar una existencia digna.

Hacia este sentido se dirige también el trabajo de Tugendhat, quien con mayor claridad ha perfilado una concepción de persona congruente con el presupuesto de los derechos humanos.² Ante

Gotemburgo, Novum Grafiska AB, 2001, <https://www.nonformality.org/wp-content/uploads/2006/10/rte-primer-4.pdf>. También organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNESCO y UNICEF, respectivamente, por sus siglas en inglés) han tomado en cuenta esta relación, si bien con matices diversos, al hablar de un *derecho al acceso a la educación* (el derecho de todo niño a la educación sobre la base de la igualdad de oportunidades y sin discriminación, a través de una educación disponible, accesible e inclusiva para todos los niños), el *derecho a una educación de calidad* (que le permita al niño alcanzar su potencial y desarrollar sus oportunidades y su propio plan de vida) y el *derecho al respeto dentro del ambiente de aprendizaje* (vinculado con el respeto a la dignidad inherente del niño y que todos sus derechos humanos sean respetados dentro del sistema educativo, incluyéndose la eliminación de toda forma de discriminación, de violencia y de respeto por la diversidad cultural, religiosa, entre otros). Véase AA. VV., *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos: marco para hacer realidad el derecho de los niños a la educación y los derechos en la educación*, Nueva York, UNICEF-UNESCO, 2007, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000158893>

² Véase Tugendhat, Ernst, *Vorlesungen über Ethic*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995. Para un análisis de este tema en relación con la funda-

el desfase de la concepción liberal, que presupone una sociedad enteramente conformada por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que intervienen en condiciones de igualdad en las decisiones, el autor sugiere construir un sistema de derechos humanos sobre el concepto de necesidad y la existencia de reglas de cooperación social, que terminan proyectando y justificando la obligación del Estado social de derecho frente a los derechos de prestación.

La definición de Alexy sobre los derechos fundamentales se relaciona con estas consideraciones precedentes, sobre la base de los derechos subjetivos y de la discusión que existe en torno a ellos.³ De acuerdo con Alexy, todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. En esta definición es posible hallar cuatro elementos básicos que lo componen:

1. La “*disposición de derecho fundamental*”, que comprende los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales.⁴ Esto es, en la teoría de Alexy, el enunciado normativo contenido en la norma y que constituye, por ende, una norma de derecho fundamental.⁵

mentación de los derechos prestacionales en la obra de Tugendhat, puede consultarse también Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

³ Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. A los fines de nuestro trabajo, además de tomar la presente obra de Alexy como referencia en el tema, consideraremos también para la conceptualización de los derechos fundamentales, la noción de principios y el examen de proporcionalidad, los aportes que han hecho sus seguidores, entre cuyas obras cabe resaltar Arango, Rodolfo, *op. cit.*; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Alfonso da Silva, Virgilio, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (traducido al castellano con el título *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009).

⁴ Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 76.

⁵ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 46.

Un tratado, una Constitución de un país, contienen enunciados normativos o partes de ellos. Una disposición del derecho a la educación, por ejemplo, la encontramos en el artículo 13 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

2. *La “norma de derecho fundamental”*, que es un caso especial de concepto de norma. En la teoría de Alexy, son las normas expresadas por los enunciados formulados en los artículos de la Constitución. Pero, en este sentido, cabe entender por normas no solo aquellas cuyos enunciados están expresados directamente en una Constitución o un instrumento internacional, sino también las normas adscritas interpretativamente a la disposición correspondiente (es decir, existiendo una relación de fundamentación entre la norma expresa y la adscrita por vida de interpretación).⁶
3. *La “posición jurídica”*. Según Alexy, la posición de derecho fundamental se refiere a la capacidad o competencia jurídica para modificar una situación jurídica.⁷ Esta constituye el correlato de las normas de esa misma naturaleza. Las posiciones tienen la propiedad de generar relaciones jurídicas entre los individuos, así como entre los individuos y el Estado. En su forma más común, como “los derechos a

⁶ *Ibidem*, p. 52.

⁷ En la consideración analítica de los derechos subjetivos, Alexy señala que si, por ejemplo, tenemos el enunciado normativo “a (portador del derecho) tiene frente a b (obligado) un derecho (R) sobre G (el objeto), analíticamente se sigue que a se encuentra en una “posición jurídica”, en la que a puede exigir G de b”. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 155. Un ejemplo de su traducción en materia de derecho a la educación lo vemos en el art. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala: “toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos”, lo que se traduce en “a (sujeto titular del derecho) tiene frente al Estado (sujeto destinatario) el derecho a recibir gratuitamente educación primaria por lo menos (objeto)”. Además de los instrumentos internacionales citados, es posible encontrar otras múltiples posiciones jurídicas en materia de derecho a la educación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 5 y 7), la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 28), entre otros.

algo”, estas relaciones jurídicas presentan una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. La posición jurídica ocupa un rol clave, desde que importa siempre un presupuesto del reconocimiento constitucional o internacional (es decir respaldado por las normas que constituyen el plexo constitucional de un Estado o el marco protectorio del derecho internacional de los derechos humanos) al sujeto activo (la persona) de una capacidad, un poder jurídico o un contenido vinculado al derecho en cuestión. Dicha posición tendrá, como veremos, un carácter definitivo o *prima facie*, según esté comprendido en el marco de las reglas o los principios.

4. El “*grado de importancia*”, que se refiere a la relación de fundamentación que encuentra el derecho subjetivo en cuestión en el sistema normativo. Esa relación de fundamentación puede provenir directamente de la Constitución nacional, del tratado internacional, o bien, a partir de su adscripción por la vía de interpretación de tales normas. Puesto que los derechos fundamentales son tan importantes, Alexy afirma que “su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”.⁸

La definición de derecho fundamental con los elementos constitutivos aquí reseñados puede, así, integrarse fácilmente con las nociones de derechos humanos y derechos subjetivos. Junto con la primera de las nociones, el derecho fundamental reconoce su justificación moral y ética. Además, los derechos humanos, al vincularse con las necesidades de la persona y de su dignidad, representan una medida de legitimidad del derecho fundamental positivizado.

En el segundo caso, la noción de derechos subjetivos le otorga cuerpo y estructura al derecho fundamental, y permite comprender la relevancia de la “subjetivización” presente como atributo o facultad exigible y del concepto de posición jurídica que subyace a la obligación.⁹

⁸ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 395.

⁹ Desde nuestra perspectiva, la articulación claramente presente entre derechos y necesidades aboga por la opinión de que el enfoque de derechos

Esta primera aproximación a una definición de la educación, partiendo desde una concepción amplia de derecho fundamental, puede servir para observar con claridad cuán mayor es el marco de contenidos susceptibles de ser comprendidos a partir de este enfoque; remarcando los déficits provenientes de otras concepciones bajo las cuales ha sido vista también la educación: estas van desde su carácter como un mero bien económico y, por ende, como un servicio privado, hasta su prestación tan solo como un servicio público.¹⁰

II. EL MODELO DE REGLAS Y PRINCIPIOS

Los derechos fundamentales, como normas, comprenden contenidos que se aplican en parte como regla y en parte como principio. Las reglas constituyen mandatos definitivos (*definitive Gebote*), normas que obligan, prohíben o permiten en forma definitiva, o “normas de todo o nada”; y son aplicadas mediante la subsunción.¹¹

y aquel basado en la teoría de las “capacidades” (desarrollado por autores como Amartya Sen y Martha Nussbaum) no deben ser tomados como rivales, sino, por el contrario, como complementarios, pues el primero remarca el estatus de la educación como derecho y el reclamo moral y de justicia en su cumplimiento como derecho humano, con el consiguiente correlato de la especificación de las obligaciones (como derecho de defensa, derecho de protección, derecho a la organización y procedimiento y como derecho social) a cargo de los Estados. Mientras que el segundo enfatiza la noción de autonomía del individuo, respecto de sus condiciones y de las desigualdades estructurales a atender (económicas, culturales, entre otras) para poder permitir a este participar de manera significativa en el aprendizaje y convertir ese aprendizaje en oportunidades reales, para hacer y ser lo que tiene razones para valorar. Un análisis comparativo interesante entre ambos enfoques, y en particular de la contribución en la educación desde el enfoque de las capacidades, puede leerse en McCowan, Tristan, *Education as a Human Right*, Londres, Bloomsbury, 2014.

¹⁰ Para un mayor desarrollo de este punto puede verse Scioscioli, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

¹¹ Así, cuando una regla es válida, entonces se transforma en un mandato, por lo que hay que realizar lo que la norma exige exactamente. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Cuando esto se realiza, la norma es cumplida, cuando no, la norma no es

Los principios, por su parte, son definidos como normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, tomando en consideración las posibilidades fácticas y jurídicas que están determinadas a partir de reglas y —fundamentalmente— principios opuestos. Por esta razón, los principios constituyen, tomados individualmente, mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*), siendo que la determinación de la medida de su cumplimiento relativa a la exigencia de un principio contrario es la ponderación.¹²

Es decir, desde que para llegar a un resultado óptimo es necesario, muchas veces, limitar la realización de un principio o de ambos, afirmar el carácter *prima facie* del principio permite que su amplitud pueda quedar reducida al ser ponderado con otros principios con los cuales eventualmente entre en conflicto. Pero en todos los casos, frente a las colisiones de principios no se declara inválido el principio desplazado, ni en el principio desplazado es necesario introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, en ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro.

La ponderación, a su vez, forma parte de un mandato más amplio: *el principio de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit)*. Dicho examen se ofrece como un argumento de justificación a los límites a un derecho y nos guía en el establecimiento de la relación

cumplida. En definitiva, las reglas son normas que pueden o no ser cumplidas. Para la construcción como reglas, todas las cuestiones que surgen de la aplicación de los derechos fundamentales, deben ser resueltas básicamente libres de ponderación. Un conflicto de reglas (*Regelkonflikt*), constatada la aplicabilidad de dos reglas (con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto) solo puede solucionarse mediante la introducción de una cláusula de excepción (*Ausnahmeklausel*) que elimine el conflicto, o si no, mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida, pero cualquiera que sea el caso, las normas se aplican sin ponderación. Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

¹² Esto es, tal como veremos, la solución de la colisión consiste en que, atendiendo a las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada, teniendo en cuenta el peso de los principios en pugna. Alexy aclara que “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

de preferencia condicionada que ofrece una solución racional a la colisión de principios que se plantee. El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios o mandatos que analizaremos más en detalle: el de adecuación técnica o idoneidad (*das Gebot der Geeignetheit*), el del medio alternativo menos gravoso o de necesidad (*das Gebot des mildereren Mittels* o *das Gebot der Erforderlichkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto (*das Gebot der Proportionalität im engeren Sinne*).

El modelo propuesto resulta de particular importancia para dos fines de gran impacto para la educación como derecho fundamental. En primer lugar, contribuye a la reconstrucción de la estructura y contenido de este como derecho fundamental. En segundo lugar, desde esta perspectiva teórica podemos definir un cuerpo de contenidos constitutivos del derecho, que se traduce en obligaciones concretas y exigibles a cargo del Estado, tanto de cumplimiento progresivo¹³ como inmediato e improrrogable.¹⁴ De este modo, las prácticas constitucionales pueden ser

¹³ La definición y alcance de estas obligaciones han quedado precisados en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos, en el art. 2.1 del PIDESC, en tanto señala que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En el ámbito regional latinoamericano, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁴ Las obligaciones de cumplimiento inmediato comprenden el piso mínimo del derecho a la educación, piso que bajo ningún argumento un Estado puede desatender, pues no está sometido a negociación alguna y constituye el mandato jurídico e inmediatamente exigible por el derecho nacional e internacional de los derechos humanos. La idea de un piso de un derecho alude así al contenido indisponible para el Estado, no restringible e irreductible, tal como resulta, por ejemplo, de la prohibición de inacción que pesa para los Estados en materia de derechos sociales.

mejor juzgadas en términos de su razonabilidad y de la intensidad de las restricciones que importan al derecho fundamental en juego, mediante el examen de proporcionalidad descrito.

2.1. La construcción del supuesto de hecho amplio como principio en el derecho a la educación y su vinculación con el examen de proporcionalidad

La caracterización del contenido de un derecho desde una teoría amplia del supuesto de hecho puede ser entendida como todo aquello que es conferido *prima facie* por las normas de derecho fundamental (al derecho en cuestión), sin tomar en cuenta las restricciones.¹⁵ Es decir, la teoría amplia del supuesto de hecho hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo derecho fundamental. Alexy señala, asimismo, que la teoría amplia del supuesto de hecho contiene un haz de reglas que se refieren a las diversas formas de inclusión de contenidos, mencionando especialmente dos: “(1) Todo lo que presenta una propiedad, que —considerada aisladamente— basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho, queda tipificada, sin importar cuáles sean sus demás propiedades. (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias”.¹⁶

Así, el supuesto de hecho como ámbito de protección del derecho comprende la totalidad de las acciones, propiedades, bienes, situaciones o posiciones de derecho que *prima facie* caen bajo la protección del derecho fundamental. De este modo, si una razón habla a favor de la protección de tal acción, o bien como contenido del derecho fundamental, hay que afirmar siempre su tipicidad, en principio, y ubicarlo en el supuesto de hecho del derecho. Es decir, no se debe excluir de antemano de la protección del derecho fundamental ninguna conducta, estado, situación o posición jurídica que tenga algún elemento, por más ínfimo que este sea, que justificaría tal protección.

¹⁵ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 263.

¹⁶ *Ibidem*, p. 281.

Para fijar este supuesto de hecho en educación, el esquema de las “4 A” elaborado por Tomaševsky continúa ofreciendo, más allá de los avances ocurridos en el reconocimiento del derecho, el más completo marco conceptual y uno de los más amplios a la hora de fijar los contenidos del derecho y hacer derivar las obligaciones de los Estados sobre el derecho a la educación en el plano internacional, conforme a lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del PIDESC. Dicho esquema deriva de las primeras letras de cuatro palabras que hacen referencia a estándares básicos exigibles (y referidas a conceptos en inglés de compleja traducción: *availability* [asequibilidad/disponibilidad], *accessibility* [accesibilidad], *acceptability* [aceptabilidad], *adaptability* [adaptabilidad]).¹⁷

¹⁷ Tomaševsky, Katarina, *Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple*, Bangkok, UNESCO, 2004. Según la autora, lo que define como *disponibilidad* engloba la exigencia, por un lado, de que el Estado permita el establecimiento de escuelas y que respeten la libertad de y en la educación. Por el otro, la educación como derecho de prestación requiere también que el gobierno garantice un plantel docente suficiente (y con garantías del derecho laboral) para atender al servicio, escuelas suficientes en el ámbito nacional para la enseñanza básica, y que asegure que la educación gratuita y obligatoria sea asequible en número y diversidad para todos los niños y niñas en edad escolar. La *accesibilidad* exige que las instituciones y los programas de enseñanza deban estar jurídica y administrativamente y de hecho al alcance de todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte. La *aceptabilidad* se refiere a que la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, deben ser aceptables (p. ej., pertinentes, libres de censura, adecuados culturalmente y de buena calidad), si bien supeditados a las normas básicas que el Estado apruebe en materia de enseñanza. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho y la correlativa prohibición de castigos corporales entran también en este criterio, así como la exigencia de estándares mínimos de salud y seguridad, y requisitos profesionales para los maestros, que deben ser estipulados, dirigidos y controlados por el gobierno. Finalmente, la *adaptabilidad* alude a que la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las diversas necesidades de los estudiantes (niños y niñas pertenecientes a pueblos originarios, con discapacidades, migrantes, etc.) en contextos culturales y sociales variados. El proceso educativo debe fundarse en el respeto a la diferencia, el multiculturalismo, la democracia y los derechos fundamentales (promoviendo la eliminación de toda forma de trabajo infantil, el matrimonio infantil, el reclutamiento de niños soldados, entre otros).

En este contexto, el modelo de reglas y principios cobra relevancia al analizar la fundamentación del derecho a la educación con vistas a precisar su contenido y, en particular, *el tipo y el alcance de sus restricciones*, aspectos de interés en la aplicación del examen de proporcionalidad. El esquema anterior nos sirve para reconstruir, como principio, el supuesto de hecho del derecho a la educación que activa la obligación del Estado en la materia:

cuando una persona (individual o colectiva) tiene el interés de educarse en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, el Estado tiene la obligación de atenderla disponiendo directamente de los medios para brindarle dicha educación. La persona tiene, así, un derecho a la educación *prima facie*. Si la: a) omisión, o b) insuficiencia o c) exceso) de la actuación estatal amenaza con ocasionar una afectación o un perjuicio o daño a la persona, entonces esto implica una restricción que debe ser evaluada mediante el examen de proporcionalidad.

El derecho es exigible si existen indicios de que el Estado violó el derecho a la educación, por cuanto no ha garantizado a los individuos la posibilidad de educarse en condiciones de las cuatro “A” comprendidas en el supuesto de hecho. Ejemplos de esto pueden darse cuando: a) un municipio no repara las calefacciones de una escuela en invierno; b) un Estado federal no ejecuta totalmente el presupuesto de un programa nacional de becas para estudiantes de escuelas primarias con necesidades básicas insatisfechas por falta de reglamentación; b’) el Estado permite que un colegio privado deniegue la rematriculación a un niño discrecionalmente y sin justificación objetiva suficiente; c) una ley educativa provincial establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa que profesa una mayoría en sus escuelas públicas dentro del horario curricular,¹⁸ o c’) una nueva norma provincial dispo-

¹⁸ A través de la aplicación del examen de proporcionalidad también es posible encontrar soluciones fuertemente razonadas ante conflictos sumamente actuales del derecho a la educación, como en el supuesto citado de los conflictos derivados de la introducción de contenidos educativos como potestad del Estado en la materia y el derecho de los padres para decidir sobre la educación de sus hijos y, en particular, en lo concerniente a la libertad religiosa. Cfr. Scioscioli, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental...*, cit., p. 305. Para un análisis en particular de la jurisprudencia

ne, con la finalidad de resguardar la vida e integridad física de los estudiantes, que los padres o tutores de los niños deberán abonar el pago de un seguro escolar como requisito previo a la inscripción en la escuela pública violando el mandato de gratuidad.

argentina en el tema de la educación religiosa en establecimientos públicos educativos puede consultarse, asimismo, Scioscioli, Sebastián, “El fallo Castillo: ¿una nueva línea jurisprudencial o un nuevo eslabón en la cadena del ‘case law’ de la Corte Suprema Argentina en Derecho a la Educación?”, *Revista Foro de Educación. Pensamiento Cultura y Sociedad*, vol. 18, núm. 2, 2020. El tema tiene, sin duda, también vigencia en el plano internacional, como lo atestigua el fallo de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Lautsi vs. Italia*, sentencia de 18 de marzo de 2011, núm. 30814/06 (extractos). El TEDH había resuelto que la existencia de crucifijos colocados en las aulas de clase de las escuelas públicas de Italia era compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y que no contrariaban el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas ni la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, rechazando asimismo el planteamiento de discriminación en razón de la condición de no creyentes de los demandantes. El fallo ha recibido importantes críticas por parte de juristas que consideran que el Tribunal ha permitido un margen de apreciación demasiado amplio hacia el Estado italiano, y la aplicación de un escrutinio leve del accionar estatal, con la posibilidad cierta de que se restrinjan intensivamente derechos humanos de una minoría de ciudadanos. Puede verse, en este sentido, la crítica de Zucca, Lorenzo, “*Lautsi*: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, p. 229, quien crítica a la Corte por esconderse tras la enunciación del margen de apreciación para no desplegar una secuencia coherente y suficiente de las razones de su sentencia: “La Gran Sala no expone sus razones, [...] la evaluación es corta y brutal y consiste solo en veinte párrafos cortos, donde la Corte simplemente se esconde detrás de la pantalla del margen de apreciación, eufemismo lacónico por deferencia a las autoridades nacionales. Es cierto que la deferencia sirve el propósito de legitimar a la corte internacional frente a la feroz crítica nacional [...]. Sin embargo, lo que el TEDH no parece entender es que su legitimidad como tribunal internacional depende en gran medida de la calidad de su razonamiento, que debe considerarse como ejemplares en articulación y profundidad. Sin esas cualidades, cualquier decisión es una derrota para la justicia, aunque sea una victoria pírrica para la respetabilidad institucional.” Para un análisis acerca del uso del margen de apreciación en el caso europeo y argentino, así como de sus críticas como obstáculo a la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho, puede verse el trabajo de Clérico, Laura, “Margen de apreciación del Estado: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”, *REDEA: Derechos en Acción*, año III, núm. 7, otoño de 2018.

De esta forma, el supuesto de hecho amplio contribuye de modo abstracto a diseñar la posición jurídica exigible y más extensa posible de la persona en su derecho a la educación. Traducido al esquema del derecho a la educación, el supuesto de hecho amplio hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el derecho fundamental, conforme los contenidos del artículo 13 del PIDESC.

Así, los contenidos que integran la franja del nivel de los principios conforman el supuesto de hecho amplio en educación, y hablan siempre a favor de la existencia de un derecho a la educación *prima facie*. Esto debe ser entendido en el sentido de que, frente a casos particulares, pueden existir razones en contra que prevalezcan sobre aquellas a favor del reconocimiento definitivo de la posición jurídica con la extensión comprendida en el principio (P1). Es posible que frente a una determinada situación (C) en la que dicho principio (P1) entre en colisión con otro principio constitucional (P2), el primero pierda su relación de preferencia condicionada ante el segundo. La relación de primacía condicionada (P1 P P2) C, donde P simboliza la relación de preferencia, tiene una validez provisoria; de aquí no se sigue que ello valga sin excepción en todos los casos, sino que su validez *prima facie* habrá que contrastarse, en cada caso particular, en que el contenido P1 entre en supuesta colisión con otros principios, a través del examen de proporcionalidad.

Supuestos de aplicación de este tipo de análisis pueden ser requeridos a la hora de evaluar, retomando alguno de los ejemplos citados más arriba, los límites vinculados al ejercicio del “derecho de admisión/matriculación” de los colegios privados. Allí el examen de proporcionalidad aparece como herramienta válida para controlar que la adopción de la medida no suponga una lesión arbitraria o excesiva del derecho a la educación del niño. En dicho control se juega así un examen de proporcionalidad que deberá pasar los filtros impuestos por los subprincipios de idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto.

Analícemos en detalle el caso de un niño con una discapacidad hipoacústica a quien un colegio privado le negó su rematriculación y fue demandado ante un tribunal de justicia. Al traducir

la situación a un problema de colisión de principios, encontraremos en tensión, por un lado, el derecho a la educación del niño —más precisamente, el derecho del niño a continuar asistiendo al establecimiento educativo (P1)— y, por el otro, la libertad de enseñanza, vinculada asimismo al ejercicio del llamado derecho de admisión del establecimiento privado (P2). De lo que se trata es de ver cuál de estos principios, en el caso particular, gana en peso frente al otro (bajo C, que simboliza las condiciones en las cuales un principio se encuentra por encima del otro).

Analicemos ahora la razonabilidad de la restricción al derecho de admisión impuesta mediante el examen de proporcionalidad en sus distintas etapas.¹⁹ *El examen de idoneidad* se pregunta aquí acerca de si el medio, la negativa a la rematriculación del niño, logra promover los fines del derecho de admisión de los establecimientos educativos privados (P2). En un examen leve de idoneidad, basta con que el medio seleccionado promueva de algún modo el fin. En la medida en que ello se cumpla en términos generales y abstractos, este examen será superado. En el caso, el medio seleccionado —la no matriculación del niño (M1)— logra fomentar el interés protegido en la libertad de enseñanza del establecimiento privado en forma muy extensa.

El segundo examen, el *examen de medios alternativos menos lesivos*, se pregunta por qué debe soportarse dicha limitación, pues se trata de saber si es evitable, si la misma finalidad puede ser lograda a través de otros medios alternativos que de igual o mejor modo la protejan, pero que, a su vez, restrinjan en menor medida el derecho a la educación del niño (P1). Podremos aquí argumentar que, en el caso particular, es posible encontrar distintas soluciones que permiten “superar” los argumentos endebles sobre los cuales el colegio privado fundó la no rematriculación del niño. El establecimiento se había negado a readmitir al niño sobre la base de los inconvenientes generados en su adaptación (a causa de su situación de discapacidad). Entre otros medios alternativos, podría pensarse en la asistencia de una maestra integradora (M2), o bien, hasta en la posibilidad de buscar distintas

¹⁹ Para el desarrollo de este análisis, nos hemos basado en el razonamiento expuesto en los trabajos de Clérico. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismaßigkeit...*, cit.

alternativas conjuntas que permitan trabajar con el grupo escolar el modo de aceptar la diferencia y contribuir a resolver los problemas de inclusión del niño con el resto de sus compañeros de clase (M3).

Tras este análisis es posible argumentar que efectivamente *existen otros medios alternativos* al adoptado por el establecimiento privado (M1) que, sin desconocer la libertad de enseñanza (P2), resultan ser *menos gravosos para los derechos del niño* (P1) (a su vez, todos los alternativos cumplen mejor con el mandato de inclusión o educación integradora, que es otro contenido de la educación visto en el esquema de las “4 A” bajo la entrada de accesibilidad).

Aunque con esta conclusión ya no sería necesario pasar al siguiente examen, la desproporcionalidad de la medida puede verse con mayor claridad si analizamos el tercer submandato, el de *proporcionalidad en sentido estricto*, que expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente: “cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”.²⁰ A través de este examen, los argumentos acerca de la irrazonabilidad de la medida se potencian tanto respecto al grado o intensidad de afectación de los derechos en juego como a la importancia de la satisfacción de un derecho que pretende justificar la restricción del otro. Desde que el peso del derecho a la educación del niño como derecho fundamental de protección es alto —puesto que la educación es considerada un pilar fundamental del desarrollo autónomo del individuo y su participación democrática plena—, se justifican las garantías del Estado hacia todas esas posiciones jurídicas que debe evitar que sean vulneradas por los particulares (que abarcan, naturalmente, contenidos elementales como el principio de no discriminación).

En consecuencia, la importancia de realización y protección del derecho a la educación es muy alta. Por el contrario, el peso abstracto de la libertad de enseñanza —o libertad de comercio in-

²⁰ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 259.

cluso— que se arriesga ante el derecho de admisión es baja (a lo sumo moderada). La restricción a la libertad de enseñanza es leve, pues condiciona el derecho de admisión a un ejercicio razonable sin eliminarlo, y sobre la base de que el establecimiento privado a menudo es la parte más fuerte del contrato educativo de adhesión. Por esta razón, queda corroborado que la restricción al derecho a la educación del niño en situación de discapacidad en un determinado establecimiento, en uso del llamado derecho de admisión de un establecimiento privado, es desproporcionada y, por ende, injustificable; con lo que la reincorporación del niño es adecuada.

Como podemos ver a partir de este ejemplo, la intensidad de la protección que se pretende, de cara a un examen de proporcionalidad, procura justamente hacer coincidir en la mayor medida posible el supuesto de hecho ampliado —y las posiciones jurídicas abstractas *prima facie*— con posiciones concretas y definitivas del derecho a la educación. Es como resultado de la restricción analizada bajo el prisma del examen de proporcionalidad que se obtiene el derecho y su contenido queda definitivamente incluido (y, por tanto, exigible y no restringible) en el ámbito de protección del derecho.²¹

III. APORTES DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD A LA MAYOR EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO SOCIAL

Reconocer a la educación como derecho fundamental supone un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre

²¹ En la determinación del contenido no restringible del derecho, no prescindimos de las *reglas* que surgen de las ponderaciones negativas que realizaron los tribunales ni de las ponderaciones positivas que realizó el poder legislativo respecto de los derechos fundamentales, sistematizadas y reconstruidas en forma crítica por la dogmática constitucional. Es decir que, pese a que en el estado actual tales reglas se fundamentan sin ponderación alguna, ello es así desde que tales reglas han sido ya el resultado de una ponderación. Se trata, en suma, del producto prolongado y compacto de haber sido reiteradamente objeto de ponderaciones previas en el proceso legislativo o jurisprudencial, lo que sienta una base suficiente a partir de la cual la solución de muchos casos puede derivarse en forma segura.

sujetos activos de la educación (especialmente niños, niñas y adolescentes) y el Estado —destinatario—. Esta mirada conlleva avanzar hacia el estudio de la dinámica educativa desde un enfoque de derechos y ya no solo desde el diseño y la evaluación de una mera política pública que puede o no desarrollarse, o quedar bajo un contenido discrecional del Estado, o bien, merced del mercado como un bien o mercancía. Desde esta perspectiva, la labor del Estado en la garantía del derecho lleva aparejado un desempeño esencial de construcción de ciudadanía. La concepción de la educación como derecho fundamental multiplica, en principio, su extensión conceptual como derecho, así como sus contenidos, indicando criterios precisos que permiten la clasificación de un mayor número obligaciones para los Estados.

Adoptar el examen de proporcionalidad como una herramienta argumentativa que trae consigo este marco teórico implica avanzar en el desarrollo de técnicas que promuevan y faciliten criterios y argumentos que hagan más accesible su reclamo en el proceso judicial, o en cualquier otro ámbito en donde se ponga en discusión el reconocimiento del derecho, contribuyendo a ampliar y reforzar en nuestro medio su alcance, en términos de su realización y exigibilidad.

Desde este punto de vista, el examen de proporcionalidad aplicado en la materia educativa ocupa un rol clave. Frente a las acciones u omisiones del Estado, frente a las tensiones con otros derechos y principios, nos guía en un camino argumentativo sólido para llegar al contenido no restringible y definitivo: al contenido jurídicamente exigible en forma definitiva y del que se deriva un conjunto de obligaciones concretas a cargo del Estado cuyo incumplimiento (o cumplimiento defectuoso o insuficiente) equivale llanamente a la vulneración de la educación como derecho fundamental.

La tesis que sostiene a la educación como derecho fundamental procura justamente reforzar su exigibilidad y plena realización, habilitando con ello mecanismos propios de ejercicio y reclamo de un derecho y comprometiendo la asunción de la responsabilidad que le corresponde al Estado (como responsable del cumplimiento y protección de los derechos constitucionales) de que toda restricción requiere ser explicada y justificada.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos: marco para hacer realidad el derecho de los niños a la educación y los derechos en la educación*, Nueva York, UNICEF-UNESCO, 2007, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000158893>
- ALFONSO DA SILVA, Virgilio, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismaßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- , “Margen de apreciación del Estado: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”, *REDEA: Derechos en Acción*, año III, núm. 7, otoño de 2018.
- MCCOWAN, Tristan, *Education as a Human Right*, Londres, Bloomsbury, 2014.
- SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- , “El fallo Castillo: ¿una nueva línea jurisprudencial o un nuevo eslabón en la cadena del ‘case law’ de la Corte Suprema Argentina en Derecho a la Educación?”, *Revista Foro de Educación. Pensamiento Cultura y Sociedad*, vol. 18, núm. 2, 2020.
- TOMAŠEVSKY, Katarina, *Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple*, Bangkok, UNESCO, 2004.

—, *Human rights in education as prerequisite form human rights education*, Gotemburgo, Novum Grafiska AB, 2001.

TUGENDHAT, Ernst, *Vorlesungen über Ethic*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995

ZUCCA, Lorenzo, “*Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013.

Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en derecho penal*

Gloria Patricia Lopera Mesa**

En el ámbito penal, tradicionalmente se ha identificado el principio de proporcionalidad con la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y la del delito. Pero en las últimas décadas, bajo el influjo del significado dado a este concepto en la jurisprudencia constitucional, un amplio sector de la doctrina penal entiende al principio de proporcionalidad como una estructura argumentativa que comprende un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. Mientras en su primer significado, al que en adelante llamaré *proporcionalidad de las penas*, aparece estrechamente vinculado a una justificación retributiva del derecho penal, el segundo, que denominaré *proporcionalidad en sentido amplio*, resume las exigencias de los modelos relativos y utilitaristas de fundamentación del derecho penal.

Esta duplicidad de significados, y la diferente fundamentación que parece estar en la base de cada uno de ellos, ha dado lugar a preguntarse si la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito resulta compatible o, por el contrario, puede llegar

* Este trabajo fue originalmente publicado en la revista *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 70, marzo de 2011, pp. 23-32.

** Ph.D. en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Candidata a Ph.D. en Historia, Florida International University.

a ser sacrificada con el entendimiento más amplio del principio de proporcionalidad, en clave utilitarista, que más recientemente se ha abierto camino en el derecho penal.

La tesis que pretendo defender es que, pese a las importantes diferencias que median entre la lógica retributiva de la exigencia de proporcionalidad de las penas y el consecuencialismo propio del principio de proporcionalidad en sentido amplio, es posible integrar dentro de este último el contenido garantista asociado al principio de proporcionalidad de las penas. Para ello, en primer lugar abordaré cada uno de estos modos de entender el principio de proporcionalidad en materia penal, con el fin de establecer tanto las diferencias como las relaciones entre ambos. A continuación, examinaré las diversas respuestas que ha dado la doctrina a la pregunta de si es posible integrar la proporcionalidad de las penas dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido amplio, para concluir con una propuesta de interpretación que pretende mostrar cómo ambos sentidos de la proporcionalidad, pese a sus diferencias, pueden integrarse de manera compatible dentro de la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

I. DOS SENTIDOS DE LA PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL

1.1. Proporcionalidad de las penas

En sus orígenes, la reflexión sobre la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada, ante todo, a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados. Así entendido, este principio presenta un contenido reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal, pues, por un lado, tan solo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no interviene en la previa elección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación. Para decirlo en los términos de la conocida distinción de Ferrajoli, tal principio no nos dice nada acerca de *cuándo y cómo prohibir*, más bien, se refiere al

cómo (y más propiamente al *cuánto*) *castigar*.¹ Por otra parte, no exige que la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna, sino tan solo que su gravedad no supere la del delito al que se vincula como consecuencia jurídica.

La *gravedad de la pena* dependerá no solo de la importancia del bien o derecho que resulta afectado con su imposición, sino también de la cantidad de dicha afectación. Por su parte, los criterios que han de ser tomados en cuenta para determinar la *gravedad del delito* serán distintos, según las exigencias del principio de proporcionalidad de las penas se proyecten al momento de la creación de tipos penales —la llamada *proporcionalidad en abstracto*— o al momento de su aplicación judicial, donde se habla de la *proporcionalidad en concreto*.²

En la fase de creación de tipos penales, el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito. Este último extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que este resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. Ambos criterios se conjugan para determinar la entidad del daño causado por la acción que se incrimina. Pero aun cuando su consideración es necesaria para satisfacer las exigencias del principio de lesividad, no es, con todo, suficiente para determinar la gravedad del delito, ya que si, solo se tomaran en cuenta estos elementos, no resultaría contrario al principio de proporcionalidad de las penas, por ejemplo, establecer la misma sanción para el homicidio doloso que para el homicidio imprudente, dado que en ambos casos el resultado lesivo es el mismo. Igualmente, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes para efectos de determinar la mayor o me-

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1995, p. 353.

² Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, p. 282; Urquizo Olaechea, José, “Principio de proporcionalidad penal”, en Díez Ripollés, José Luis *et al.* (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 204.

nor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso, reflejando así el diferente desvalor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que, sin quererlo, ha podido evitar.

Por otra parte, como ha sostenido Díez Ripollés, el citado principio no solo exige al legislador fijar las sanciones atendiendo a la importancia de lo tutelado, la gravedad del ataque y el ámbito de responsabilidad subjetiva establecido. También es preciso que configure las penas de modo tal que permita al juez modular la sanción a imponer, de acuerdo con las variaciones que en el caso concreto pueden presentarse, tanto en lo que se refiere a la afectación del objeto de protección como a la estructuración de la responsabilidad.³ Esta segunda exigencia se cumple no solo mediante la previsión legislativa de marcos penales en lugar de penas fijas, sino también estableciendo reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes de la culpabilidad. La previsión de este tipo de reglas en sede legislativa representa, así, una condición necesaria para hacer efectiva la proporcionalidad al momento de la aplicación de la ley penal.

En efecto, al descender del plano de la tipificación de supuestos delictivos genéricos a la determinación de la pena aplicable a un concreto hecho punible —la llamada proporcionalidad *en concreto*—, el juez tendrá que considerar criterios adicionales para calcular la gravedad del delito y establecer la pena concreta aplicable, los cuales, debido a su carácter contingente y a su estrecha vinculación al caso, no pueden ser considerados en sede legislativa. Tales son, entre otros: el grado de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico que en concreto genera la conducta punible; la intervención real que tuvo la persona a quien se juzga en la generación de dicha lesión o riesgo, así como los factores de tipo individual y social que permiten fundamentar la menor exigibilidad de otra conducta.⁴

³ Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 162.

⁴ Además de estos criterios que permiten establecer el grado de injusto y de culpabilidad y, con ello, la “gravedad del delito”, entendida en un sentido lato, algunos autores se refieren a consideraciones de tipo preventivo gene-

1.2. Proporcionalidad en sentido amplio

Además del principio de *proporcionalidad de las penas*, que proyecta sus consecuencias exclusivamente en el plano de determinación legal y judicial de la clase y cantidad de la sanción a imponer, en los últimos años se asiste a una reformulación y ampliación de los contenidos del principio de proporcionalidad en materia penal, a fin de aproximarlos al significado dado a esta expresión por los tribunales constitucionales al momento de enjuiciar la constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales, entre ellas las del legislador penal. De este modo, un amplio sector de la doctrina sostiene que existe un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, que se descompone en los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.⁵

ral o especial a tener en cuenta al momento de calcular la proporcionalidad en concreto. Si bien estas últimas pueden tener cabida en la individualización judicial de la pena, no se trata propiamente de criterios para modular la “gravedad del delito”, sino para fundamentar la disminución de la pena por debajo del umbral que correspondería a la gravedad del delito cometido, cuando la misma se revele innecesaria por razones de prevención general o especial, pero en ningún caso para agravar la situación del condenado, al menos en aquellos sistemas penales respetuosos del principio de responsabilidad por el hecho. Sobre los criterios que han de intervenir o ser excluidos en la individualización judicial de la pena véase, entre otros, Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Cívitas, 1997, t. I, pp. 792 y ss.; Dolcini, Emilio, *La commisurazione della pena*, Padua, Cedam, 1979, p. 354; Demetrio, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 289 y ss.; García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, Ediciones Universidad de Barcelona, 1982, pp. 123 y ss.

⁵ Arroyo Zapatero, Luis, “Derecho penal económico y constitución”, *Revista Penal*, vol. 1, 1998; Aguado Correa, Teresa, *op. cit.*; Berdugo, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a ed., Barcelona, Praxis, 1999, pp. 55 y ss.; Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 204 y ss.; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 75 y ss.; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 5, 1998; Mir Puig, Santiago, “Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal”, en Echano Basaldúa, Juan Ignacio (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

La reformulación del significado clásico atribuido al principio de proporcionalidad en el ámbito penal (proporcionalidad de las penas) ha supuesto una doble ampliación del mismo, tanto en lo que se refiere a sus *contenidos* como a su *proyección* en un espectro más amplio de las decisiones relativas al ejercicio del poder punitivo. En efecto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio integra de manera sistemática un conjunto de límites sustanciales al poder punitivo, desde hace tiempo forjados por la cultura jurídico-penal, pero que habían caminado paralelos sin integrarse en una formulación conjunta. La exigencia de que las prohibiciones y las penas persigan un *fin legítimo* y que, a su vez, sean *idóneas* para contribuir a su consecución, representa una opción expresa por una fundamentación relativa e instrumental del derecho penal, en abierta ruptura con justificaciones absolutas como las ofrecidas por las doctrinas retribucionistas: solo se justifica la pena en cuanto medio útil para alcanzar fines ajenos al derecho mismo, inicialmente identificados con la protección de los “*derechos naturales*” del individuo y posteriormente con los llamados “*bienes jurídico-penales*”. Por su parte, el requisito de *necesidad* supone una valoración de la pena como un mal, como una “*inmoralidad prima facie*” que solo deviene legítima en tanto no exista otro medio igual de eficaz para alcanzar aquellos fines de protección.⁶ Esta idea ha sido expresada en el pensamiento penal a través del principio de *intervención mínima*, con sus componentes de *subsidiariedad* (solo ha de acudir al derecho penal como *ultima ratio*, una vez ensayados y agotados todos los demás medios de protección) y *fragmentariedad* (el derecho penal solo ha de intervenir para sancionar los ataques más graves contra los bienes jurídicos dignos de protección).

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto viene a exigir que los beneficios que se derivan de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico superen los costes que representa dicha protección desde la perspectiva de los derechos afectados tanto por las prohibiciones como con las penas, cálculo que confirma una fundamentación relativa y utilitaria del instrumento penal.

⁶ Prieto Sanchís, Luis, “La limitación constitucional del legislador penal”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 262.

Por otra parte, esta redefinición del principio de proporcionalidad ha ampliado también la proyección del citado principio en el ámbito penal, que ya no solo establece un límite a los *castigos*, sino también a las *prohibiciones* penales. En efecto, en este principio se agrupan un conjunto de exigencias materiales que debe satisfacer todo ejercicio del poder punitivo estatal, no solo al momento de determinar la clase y cantidad de pena a imponer para un cierto delito, sino también para establecer cuáles conductas pueden ser tipificadas como delitos.

La mayor amplitud —tanto en los contenidos como en la proyección— que alcanza el principio de proporcionalidad, sumado a su empleo creciente en la jurisprudencia constitucional, en un primer momento alentó el optimismo en un importante sector de la doctrina penal. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad prometía incorporar de manera satisfactoria, no solo como criterios de legitimidad externa sino ahora como criterios de validez constitucional, un conjunto de límites al poder punitivo que hasta entonces no habían encontrado un fundamento jurídico-positivo capaz de rendir frutos en sede de control constitucional.

Sin embargo, trabajos más recientes han llamado la atención sobre las insuficiencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio para acoger en su interior todas las garantías cuyo respeto condiciona la legitimidad del ejercicio del poder punitivo. En particular, Mir Puig ha advertido que principios como los de legalidad y culpabilidad no encuentran acomodo de manera satisfactoria en los juicios de legitimidad del fin, idoneidad, necesidad o estricta proporcionalidad, que conforman la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio.⁷ Asimismo, se ha puesto de manifiesto la tensión que existe entre este último y el principio de proporcionalidad de las penas.⁸

⁷ Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, en Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, t. II, pp. 1362-1370.

⁸ *Ibidem*, p. 1362; Navarro Frías, Irene, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o

Me concentraré en el examen de esta última cuestión, para lo cual, en el siguiente apartado examinaré las diversas maneras en que se ha planteado la relación entre ambos sentidos de la proporcionalidad en materia penal, para concluir con una propuesta que intenta acoger el límite garantista que impone la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

II. PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Los juicios de idoneidad y necesidad responden, ambos, a un razonamiento medios-fines. Mientras el primero se ocupa de examinar la aptitud de la medida enjuiciada para contribuir al logro del fin legítimo que se aduce como fundamento de la intervención en derechos fundamentales, el juicio de necesidad compara la medida enjuiciada con otros medios alternativos, a fin de establecer si no existe otra alternativa que preste la misma contribución al logro del fin deseado con un menor sacrificio para los derechos fundamentales que se ven afectados con la medida enjuiciada. No hay en ellos, por tanto, espacio alguno para acomodar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito. De ahí que los intentos por introducir esta garantía se circunscriban a tratar de hallarle algún lugar en la etapa final que integra esta estructura argumentativa, esto es, en del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque existe acuerdo respecto a que este último adopta la forma de una ponderación, lo cierto es que no es pacífica la respuesta a la pregunta por lo que allí se pondera. Esto ha llevado a que, como bien advierte Irene Navarro, la determinación del contenido que asume el subprincipio de proporcionalidad en materia penal constituya una de las cuestiones más debatidas entre los estudiosos del tema.⁹

balance global de costes y beneficios?”, *InDret*, vol. 2, 2010, <http://www.indret.com/pdf/724.pdf>.

⁹ Navarro Frías, Irene, *op. cit.*, p. 5.

Referente a ello, es posible distinguir tres posiciones sobre las relaciones entre el principio de proporcionalidad de las penas y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. La primera, que propongo denominar *tesis de la identificación*, sostiene que, en materia penal, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto equivale a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, es decir, requiere que la gravedad de la sanción penal no exceda a la de la conducta punible. Esta postura es frecuente en los trabajos pioneros sobre el principio de proporcionalidad en derecho penal, los cuales, en su mayoría, no advirtieron la tensión que está presente entre la proporcionalidad, entendida como equilibrio entre la gravedad de la pena y la del delito, y la proporcionalidad entendida como ponderación entre los costos y beneficios de la intervención penal.¹⁰ Quienes suscriben esta tesis no reparan en las importantes diferencias que median entre ambos sentidos juicios: la proporcionalidad de las penas atiende a una lógica retributiva y no a un cálculo de utilidad; en ella se comparan dos males, a fin de garantizar que la gravedad de la pena no exceda la del delito en abstracto conminado o en concreto sancionado. En cambio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto atiende a una lógica consecuencialista, pues representa un balance entre los *costos* previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales y los *beneficios* para la protección de bienes jurídicos que pueden derivarse de la imposición de una pena. No se trata, en este último caso, de comparar dos males, sino de ponderar entre los males y los bienes que previsiblemente puedan derivarse de la imposición de la pena en un caso concreto.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la proporcionalidad entre pena y delito no ocupe lugar alguno en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido este último como un balance global entre los costos y beneficios de la intervención penal, como sostiene otro sector de la doctrina, partidario de la que podría denominarse *tesis de la incompatibilidad*. En tal sen-

¹⁰ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, *op. cit.*, p. 80; Cuerda Arnau, María Luisa, "Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal", *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, Universitat-Instituto de Criminología, 1997, p. 475; Berdugo, Ignacio *et al.*, *op. cit.*, p. 59; Aguado Correa, Teresa, *op. cit.*, p. 148.

tido, Irene Navarro se opone a entender el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto como una ponderación entre los costos y los beneficios de la intervención penal, argumentando que ello supone trasladar al derecho penal una construcción propia del derecho administrativo, sin reparar en las importantes diferencias que existen entre ambos sectores del ordenamiento, dado el carácter eminentemente retrospectivo o *ex post* de las valoraciones penales, en oposición al carácter prospectivo o *ex ante* propio de la evaluación de las medidas administrativas.¹¹ Propone, en cambio, entender el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en lo que respecta a la conminación penal en abstracto, como un juicio que “se pregunta por la estructura interna de los preceptos jurídico-penales, por la relación entre los elementos de la norma”, con el fin de verificar el “equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma”.¹²

En definitiva, la interpretación que propone esta autora coincide en sus resultados con la de los partidarios de la tesis de la identificación, pues en ambos casos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es entendido como exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, pero ambas tesis difieren de manera importante en su fundamentación. Mientras la tesis de la identificación asimila sin problema ambos juicios porque no advierte tensión alguna entre ellos, la profesora Navarro interpreta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto como exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, tras sostener la inconveniencia e incompatibilidad de introducir el balance entre los costos y beneficios de la intervención penal dentro de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Pero esta línea de fundamentación es susceptible de críticas. En primer lugar, el entendimiento de la proporcionalidad como balance entre costos y beneficios no encuentra su origen, de manera exclusiva, en el derecho administrativo. La autora parece entenderlo así, porque su reconstrucción de los orígenes del principio de proporcionalidad acusa una fuerte influencia de la literatura alemana que, en efecto, remonta los orígenes de esta

¹¹ Navarro Frías, Irene, *op. cit.*, pp. 7, 10 y ss.

¹² *Ibidem*, pp. 12 y 18.

estructura argumentativa al derecho de policía prusiano. Pero una mirada a la filosofía penal de la Ilustración permite dar cuenta de que, mucho antes que los administrativistas germanos del siglo XIX, los autores que sentaron las bases del utilitarismo penal argumentaron que una de las condiciones de legitimidad de toda intervención penal es que los beneficios que esta reporte en términos de protección de libertad han de ser mayores que el inevitable sacrificio de libertad que acarrea.¹³

En segundo lugar, también es discutible que la exigencia de proporcionalidad de las penas esté ligada irremisiblemente a una perspectiva *ex post*, que mira a la gravedad del delito ya cometido como parámetro de la pena a imponer, ya que también es posible asegurarla desde una perspectiva *ex ante*. Tiene razón Santiago Mir Puig cuando señala que es posible incorporar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, siempre y cuando se abandone la perspectiva *ex post*, propia de la retribución, para, en su lugar, adoptar la perspectiva *ex ante*, propia de la prevención. Desde esta óptica —señala Mir—, “la proporcionalidad estricta entre la pena y el delito no ha de basarse en la comparación con la gravedad del delito cometido como algo pasado a compensar mediante una pena ‘equivalente’, [...] porque dicha gravedad es también la gravedad de todos los delitos iguales que se quieren prevenir en el futuro con la pena a imponer”.¹⁴

Finalmente, como argumentaré a continuación, el “equilibrio entre los presupuestos de la reacción penal y la pena misma”, al que se refiere la profesora Navarro, y que equivale a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, bien puede ser garan-

¹³ Al respecto, y tras examinar el pensamiento penal de la Ilustración, Ferrajoli concluye que “los sufrimientos penales —coinciden en afirmar Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blacsktone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y von Humboldt— *son precios necesarios para impedir males mayores*, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza”. Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 259 y ss., (cursivas añadidas). Para un examen detenido de este aspecto de la filosofía penal de la Ilustración véase Prieto Sanchís, Luis, “La limitación constitucional del legislador penal”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

¹⁴ Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento...”, *cit.*, p. 1369.

tizado, sin sacrificar su contenido garantista, si se interpreta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto como un examen de los costos y beneficios de la intervención penal.

III. EN DEFENSA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Además de las dos tesis examinadas, un sector doctrinal sostiene la *tesis de la compatibilidad*, al considerar que, si bien no cabe asimilar la proporcionalidad de las penas con el subprincipio de estricta proporcionalidad, es posible acomodar la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito dentro de la ponderación que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁵ En un trabajo anterior propuse una interpretación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, aplicable al control de constitucionalidad de las leyes que definen delitos y penas, que se enmarca en esta perspectiva.¹⁶ En esta ocasión volveré sobre esta propuesta, con el fin de argumentar que, pese a responder a una lógica consecuencialista de coste-beneficio, el uso del principio de proporcionalidad no necesariamente comporta el sacrificio de la garantía en virtud de la cual la gravedad de la pena no puede exceder la del delito, como lo sugiere la profesora Irene Navarro.

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la imposición de pena, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En el control de constitucionalidad de las leyes penales, este juicio se

¹⁵ Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, *op. cit.*, pp. 174 y 188. Si bien, Mir Puig advierte que “la exigencia de proporcionalidad estricta del principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye la necesidad de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del ataque al bien jurídico-penal (la gravedad del injusto penal), pero no el postulado de que la culpabilidad es el límite a la pena, que ha de operar de forma absoluta en base a otro principio distinto al de proporcionalidad, que es el de culpabilidad”. Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento...”, *cit.*, p. 1370.

¹⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 500 y ss.

concreta en una ponderación entre los *beneficios* que cabe esperar de la criminalización de una conducta, desde la perspectiva de la protección del bien jurídico cuya tutela se pretende, y los *costes* para los derechos fundamentales que se verían afectados con la amenaza (y eventual) imposición de pena. Se trata de establecer si, en el caso concreto, el grado de satisfacción de los principios constitucionales que justifican la intervención penal del legislador logra compensar el grado de afectación de los derechos fundamentales que se ven comprometidos por la definición legislativa del delito y su correspondiente pena.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego, es preciso atender a tres variables: en primer término, el *grado de afectación/satisfacción* que para cada uno de los principios constitucionales en juego (bien jurídico protegido, derechos fundamentales afectados por la definición del delito y de la pena) se deriva de la medida enjuiciada; en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la *seguridad de las premisas empíricas* que sustentan los argumentos a favor y en contra de la imposición de pena.¹⁷

Ahora bien, la exigencia de proporcionalidad de las penas no solo no resulta negada, sino que, por el contrario, queda comprendida dentro de la más amplia ponderación entre los costos y beneficios de la intervención penal que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Ello es así porque mientras en la columna de los “costes” se integra el examen de la gravedad de la pena como una de las variables a considerar al momento de determinar el grado de afectación de los derechos fundamentales limitados por la definición legislativa de la norma

¹⁷ Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 37 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 760 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 26, 2003, pp. 227 y ss.

de sanción, por otro lado se tiene en cuenta la gravedad del delito (valor del bien jurídico y lesividad de la conducta), como un criterio para determinar el grado de satisfacción del bien jurídico, que será mayor cuanto más grave sea la conducta que se trata de prevenir mediante la intervención penal del legislador. Esto implica que, para mantener la proporcionalidad entre costos y beneficios de la intervención penal, aumentos en la clase y cuantía de la sanción (gravedad de la pena) deben ser compensados por aumentos en la importancia del bien jurídico y en la lesividad de la conducta incriminada (gravedad del delito).

Pero tal diseño requiere que, en la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se tengan en cuenta dos criterios para determinar el grado de satisfacción del bien jurídico que se aduce como fundamento de la intervención penal:

- 1) *Cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección del bien jurídico.* Dicho en sentido contrario, cuanto más remota sea la relación entre la conducta prohibida y la lesión del bien jurídico, menor será la intensidad con que su penalización satisfaga el principio que ordena proteger tal bien jurídico.¹⁸
- 2) *La intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del bien jurídico del que supone la prevención de ataques imprudentes.* Esto debido al especial desvalor de acción asociado a los primeros y a la mayor trascendencia que tendría la omisión de la intervención legislativa en el caso de los delitos dolosos respecto de las formas de comisión imprudentes, las cuales solo de modo excepcional se consideran relevantes para el derecho penal.

¹⁸ Desde esta perspectiva, la penalización de un delito de lesión representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico en relación con la prohibición de conductas que representan un peligro concreto para el mismo y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor al que ocupa la conminación penal de conductas que solo entrañan un peligro abstracto para el bien jurídico, las cuales supondrían apenas una contribución leve para su protección.

Lo que ocurre es que se trata de un diseño posible, pero no inexorable. No constituye una implicación necesaria, que venga asegurada por la estructura misma del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que es el resultado de una elección entre distintos criterios de ponderación posibles. De hecho, si se asume una doctrina de justificación externa (y de legitimidad constitucional del derecho penal) basado en el exclusivo fin de prevenir delitos, nada se opondría a formular estos criterios de un modo diametralmente opuesto al anterior. En efecto, en la conocida sentencia de la penalización de la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, el Tribunal Constitucional español admite un criterio de ponderación justamente contrario al primero de los aquí propuestos, al afirmar que “el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo”, pues “de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría un peligro próximo”.¹⁹ En otras palabras, *cuanto más se anticipen las barreras de punición, mayor será la contribución a la protección del bien jurídico*.

También, en ese orden de ideas, cabría formular de modo inverso el criterio atinente a la modalidad de imputación subjetiva, considerando que la sola existencia de un tipo imprudente permite subsumir modalidades de comisión dolosa, mientras que no sería cierto lo contrario, pues, de existir solo el tipo doloso, no cabría su aplicación a modalidades de comisión imprudente. Al hilo de este razonamiento, sería forzoso concluir que *la modalidad de tipificación imprudente ofrecería “mayor” protección al bien jurídico, por cuanto permitiría sancionar un género más amplio de conductas en relación con las que quedan comprendidas en un tipo doloso*.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto deja abierta a la discrecionalidad del intérprete la elección entre unos u otros criterios y, en esa medida, se pone en evidencia uno de los límites de racionalidad de la ponderación a los que se refiere Carlos Bernal.²⁰ Pero el que se trate de una elección discrecional no equiva-

¹⁹ STC 161/1997, F.J. 13.a) (Delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia).

²⁰ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”..., *cit.*, pp. 232 y ss.

le a afirmar que sea arbitraria, que todo valga. Precisamente allí, para fundamentar la elección entre una u otra alternativa, entran en juego criterios de racionalidad, ajenos a la proporcionalidad en sentido estricto, pero compatibles con esta, que condicionan tanto la legitimidad externa como la validez constitucional de la intervención penal. Criterios que, en este caso, tienen que ver con la exigencia de proporcionalidad de las penas, la cual reclama menor sanción para los delitos de peligro respecto de los delitos de lesión y menor pena para los delitos imprudentes en relación con la establecida para los delitos dolosos. En consecuencia, solo resultaría admisible emplear el primer par de criterios de ponderación señalados —*a mayor lesividad, a mayor desvalor de acción*— para valorar el grado en que la norma penal enjuiciada contribuye a la satisfacción del bien jurídico objeto de protección.

Fundamentación que, dicho sea de paso, resulta compatible con una pauta sugerida por Alexy para determinar la importancia de la satisfacción del principio que justifica la intervención (en este caso, el que ordena la protección del bien jurídico). Dicha pauta consiste en indagar la trascendencia que para la satisfacción de tal principio tendría la omisión de la medida enjuiciada.²¹ No cabe duda de que, desde esta perspectiva, la omisión de sancionar penalmente lesiones dolosas a un bien jurídico tendrá mayor relevancia que la de sancionar meras puestas en peligro o modalidades imprudentes de ataque. Aplicando este criterio, cabría considerar que la despenalización del homicidio doloso constituye una omisión sin duda más grave que la despenalización del porte de armas o de la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia. Siendo así, se comprende entonces por qué la sanción del homicidio doloso contribuye en mayor medida a la satisfacción del principio que ordena proteger la vida, el cual constituye el fin mediato que suele invocarse como justificación de todos estos tipos penales cuando se enjuicia su constitucionalidad.

¿Y por qué razón hemos de cerrar esta brecha de discrecionalidad apelando a la exigencia de proporcionalidad entre pena

²¹ Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim; Kreutz, Peter y Reuter, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, p. 780.

y delito? ¿Acaso no queda esta huérfana de justificación una vez que se renuncia a fundamentaciones retributivas, para optar, en cambio, por doctrinas de justificación relativas y utilitaristas?

Existe un amplio acuerdo en señalar que las garantías comúnmente asociadas a la idea de retribución (culpabilidad y proporcionalidad de las penas) representan principios restrictivos que operan como límites *externos* a la lógica de la prevención. Sin embargo, para quienes han renunciado a una fundamentación retributiva del castigo, ¿cuál es la razón que justifica la exigencia del límite de la proporcionalidad entre pena y delito?

Aunque se han propuesto diversas estrategias para fundamentar la proporcionalidad de las penas en el marco del utilitarismo clásico, que concibe a la prevención de los delitos como fin justificador del derecho penal, creo que solo se logra una justificación satisfactoria de dicha exigencia a partir de un utilitarismo penal reformado, en la línea propuesta por autores como Michael Baumann y, en su día, Jesús Silva Sánchez en España.²² Esta perspectiva invita a concebir el derecho penal como una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la libertad; de ahí que su justificación pase necesariamente por hacer frente a la contradicción que está en su origen.

En este orden de ideas, el derecho penal en un Estado constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a los mismos, pero, a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal a través del empleo de la forma jurídica.

Ambas finalidades se contraponen, toda vez que, en línea de principio, una mayor eficacia en la prevención de delitos y reacciones informales parecería reclamar cotas más altas de violencia punitiva estatal, a fin de disuadir a los posibles infractores y dar satisfacción a las demandas sociales de castigo; por su parte, el

²² Baumann, Michael, "Strafe im Rechtsstaat", en Baumann, Michael y Kliemt, Hartmut (eds.), *Die moderne gesellschaft im Rechtsstaat*, Friburgo de Brisgovia, Karl Alber, 1990, pp. 109 -159; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 211 y ss., 241 y ss.

fin de reducción de la violencia punitiva estatal requiere rodear toda intervención penal de un conjunto de límites y garantías que eventualmente pueden disminuir la eficacia preventiva del derecho penal, una de las cuales es precisamente la que prescribe que la violencia de la pena no ha de sobrepasar, en ningún caso, la gravedad del delito. Aunque tendencialmente incompatibles, ambas finalidades convergen, no obstante, en un objetivo común, cual es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y puniciones informales, y en el segundo frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado.

La realización de este segundo fin requiere establecer un *límite máximo* a la coacción que el Estado está autorizado a emplear para conseguir el fin de prevenir delitos. El principio de proporcionalidad de las penas, al prescribir que su gravedad no debe superar en ningún caso la del delito conminado en abstracto o sancionado en concreto, suministra ese umbral máximo y, en esa medida, se ofrece como un medio para contener la violencia punitiva estatal dentro de límites acordes con el principio de dignidad humana.

Sin desconocer la indeterminación que aqueja a dicho principio constitucional, que ha llevado a algunos a devaluar su fuerza normativa y a presentarla como una cláusula que se presta a ser llenada con cualquier contenido, lo cierto es que, de la mano de la herencia ética kantiana, uno de sus significados menos disputados es la prohibición de instrumentalizar al individuo al servicio de fines que le son ajenos.

Desde esta perspectiva, la dignidad humana ofrece fundamento a las garantías tradicionalmente asociadas a la idea de retribución, como son la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito como medida del castigo y de culpabilidad como presupuesto de la pena. Y en tanto el respeto a la dignidad humana constituye no solo una condición de legitimidad externa, sino de validez constitucional de toda actuación estatal, igual ocurre con las garantías de proporcionalidad de las penas y culpabilidad, que vienen a concretar su significado como límite al legislador penal.

En definitiva, la exigencia de proporcionalidad de las penas, aunque no viene necesariamente implicada por el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puede y debe ser integrada dentro de este último. Lo primero porque, pese a sus diferencias, los criterios de ponderación que concretan la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito pueden ser acogidos sin problema por el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Lo segundo porque la integración de estos criterios viene exigida por garantías penales que operan como criterios de distribución del castigo y que están asociadas al mandato constitucional que ordena respetar la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999.
- ALEXY, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.
- , “Die Gewichtsformel”, en JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “Derecho penal económico y constitución”, *Revista Penal*, vol. 1, 1998.
- BAURMANN, Michael, “Strafe im Rechtsstaat”, en BAURMANN, Michael y KLIEMT, Hartmut (eds.), *Die moderne gesellschaft im Rechtsstaat*, Friburgo de Brisgovia, Karl Alber, 1990.
- BERDUGO, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a ed., Barcelona, Praxis, 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- , “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 26, 2003.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

- COBO DEL ROSAL, Manuel y Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, Universitat-Instituto de Criminología, 1997.
- DEMETRIO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- DOLCINI, Emilio, *La commizurazione della pena*, Padua, Cedam, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1995.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, Ediciones Universidad de Barcelona, 1982.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Los principios del derecho penal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas”, *Iustel*, 2002, www.iustel.com/biblio.asp.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 5, 1998.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MIR PUIG, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, t. II.

- , “Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal”, en ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (ed.), *Estudios en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- NAVARRO FRÍAS, Irene, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *InDret*, vol. 2, 2010, <http://www.indret.com/pdf/724.pdf>
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- , “La limitación constitucional del legislador penal”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Cívitas, 1997, t. I.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, *La Ley*, vol. 4, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.
- URQUIZO OLAECHEA, José, “Principio de proporcionalidad penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al. (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

Principios y proporcionalidad revisitados
Federico De Fazio
se terminó de imprimir en enero de 2021,
en Hear Industria Gráfica
Querétaro, México,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

*El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.
Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*

FABIÁN SALVIOLI

*Retos del Estado constitucional:
transparencia y combate a la corrupción*

JAVIER RASCADO PÉREZ

ROGELIO FLORES PANTOJA

Coordinadores

*Transformaciones del derecho público.
Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*

ARMIN VON BOGDANDY

(En coedición con el MPIL y el IJJ-UNAM)

*El constitucionalismo mexicano
en transformación: avances y retrocesos*

ROBERTO LARA CHAGOYÁN

*Desaparición forzada en el Sistema
Interamericano de Derechos Humanos.*

Balance, impacto y desafíos

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

ROGELIO FLORES PANTOJA

JORGE PADILLA CORDERO (COORDS.)

(En coedición con el IIDH)

*Interamericanización de los DESCAs.
El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

LILIANA RONCONI

LAURA CLÉRICO (COORDS.)

(En coedición con el MPIL y el IJJ-UNAM)

PRINCIPIOS Y PROPORCIONALIDAD REVISITADOS

Esta obra congrega una serie de trabajos recientes que tratan —y actualizan— la discusión en torno a la teoría de los principios y del examen de proporcionalidad.

Organizada en tres partes, en primer lugar (“Concepciones de los principios y construcción de los derechos fundamentales”) aborda las diversas concepciones de los principios y su impacto en la manera en que deben ser interpretadas las normas de derecho fundamental. Enseguida, su sección segunda (“La teoría de los principios y la proporcionalidad; relevancia para la teoría y práctica constitucional y de derechos humanos”) se dedica a analizar cuál es la relevancia de la teoría de los principios y del examen de proporcionalidad para reconstruir la práctica de adjudicación de derechos constitucionales y humanos. Finalmente, su sección tercera (“El examen de proporcionalidad en contexto”) se focaliza en el análisis del uso del examen de proporcionalidad en diversos contextos y jurisdicciones.

Su lectura ofrece agudos análisis relacionados con temas tanto complejos como novedosos y, sobre todo, útiles para la adecuada aplicación del test de proporcionalidad.

ISBN 978-607-7822-69-1



9 786077 822691



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

QRO
ORGULLO
DE **MX**



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO