



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES

**Constitucionalismo comparado
y jurisprudencia interamericana**

Jesús María Casal H.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES

JESÚS MARÍA CASAL H.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES

CONSTITUCIONALISMO COMPARADO
Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA


EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS


KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Bogotá - Colombia
2020

- © Jesús María Casal H., 2020.
- © Editorial Temis S. A., 2020
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com
- © Konrad-Adenauer-Stiftung, e.V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+ 49-30) 269 96 453
Fax: (+ 49-30) 269 96 555
- © Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B núm. 18-12, piso 7, Bogotá.
- <https://www.kas.de/es/web/rspla>
Twitter: @KASiusLA
Facebook: <https://www.facebook.com/kasiusla>
Instagram: @KASiusLA
Vimeo: <https://vimeo.com/iusla>

Diseño de carátula: Paulo Augusto Cañón Clavijo.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis, núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1260-5
3063 2020019220

El texto que se publica es de la exclusiva responsabilidad del autor y no expresa necesariamente el pensamiento del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A. y del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

*Para Jesús y Rodrigo,
nuestra esperanza fecunda.*

AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar un agradecimiento muy especial al Profesor y amigo Armin von Bogdandy por el asesoramiento y respaldo académico que me prestó durante mi estancia en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de la ciudad de Heidelberg (Alemania). También a la Fundación Alexander von Humboldt, que me honró con el Premio Georg Forster en 2019 e hizo posible la culminación de esta investigación. Las conversaciones sostenidas con el Profesor Karl-Peter Sommermann y el Profesor Rainer Grote sobre los temas aquí tratados fueron de suma utilidad para el desarrollo de este proyecto, y las actividades realizadas con la Dra. Marie-Christine Fuchs, Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, han sido un estímulo permanente para el estudio de la materia. Agradezco a ella y al Programa que dirige el apoyo para la publicación de este libro y a la Editorial Temis por su receptividad.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AöR	Archiv für öffentliches Recht
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
BVerfGE	Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
CE	Constitución Española
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Const. Pol.	Constitución Política de Colombia
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EJV	Editorial Jurídica Venezolana
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung
LF	Ley Fundamental de Bonn
NJW	Neue juristische Wochenschrift
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)

PRÓLOGO

Para nuestro Programa es un gusto y un orgullo prologar esta importante obra de nuestro aliado y amigo de vieja data, distinguido experto en derecho constitucional y derechos humanos, JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ. Por recoger temas abordados en algunas de sus obras anteriores (todas una clara muestra de su conocimiento y pasión por los derechos fundamentales), y por la vigencia —podría decirse que por la urgencia— y actualidad de los temas de los que se ocupa en ella, no dudamos en vincularnos a esta iniciativa editorial del autor. Las innegables bondades, pero también los riesgos que en ocasiones plantea la justicia constitucional en un mundo globalizado y en constante transformación, han alimentado un buen número de actividades y publicaciones sobre las que hemos puesto nuestro foco en los treinta años que hemos estado presentes en América Latina.

Siendo el autor un conocedor de la dogmática y la práctica del constitucionalismo, y en un contexto en el que está siempre presente la controvertida discusión sobre el activismo judicial y la “hiperconstitucionalización” del orden jurídico en pro de un entendimiento de los derechos fundamentales como de protección o prestacionales, en contravía de la comprensión clásica de derechos de libertad y del formalismo, ahonda en el delicado análisis de las restricciones y limitaciones de los derechos fundamentales o de los derechos humanos.

La rigurosidad académica y honradez intelectual con que enfoca este tema —que a pesar de su trascendencia, podría parecer impopular por su rigidez estructural—, hacen evidente que la delineación de unos derroteros claros y transparentes en el contenido y alcance de los derechos fundamentales, puede a su vez ayudar a garantizar que estos sean reconocidos, libremente ejercidos y respetados, tanto en su titularidad subjetiva (frente a los demás asociados), como en la objetiva (la que proviene de la obligación del Estado de garantizar los derechos establecidos en instrumentos nacionales como internacionales). Teniendo en cuenta la larga tradición alemana, tanto en la jurisprudencia como en la academia y docencia constitucional, y su constante preocupación por la racionalización y esquematización de la revisión de casos de derechos fundamentales, nos parece todavía más pertinente el apoyo a esta publicación, como aporte indispensable a la dogmática de los derechos fundamentales y sus restricciones en América Latina.

Es en esa dificultad de enmarcar el contenido y alcance de los derechos, de fijar, más que “los límites de los límites”, las condiciones para que su eventual limitación o restricción sea válida, donde se hacen necesarias, además del contenido material de la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sobre derechos humanos; herramientas teóricas, principalmente de interpretación y técnica jurídica, que sean claras, lógicas y sistemáticas, y que ayuden al operador jurídico en la difícil tarea de la ponderación entre dos o más derechos en juego en un caso específico.

La limitación o restricción a un derecho fundamental debe pasar así un riguroso examen de proporcionalidad, cuya develación se nos propone en esta obra con una rica perspectiva teórico-práctica comparada, con diversas fuentes, ejemplos y análisis jurisprudenciales, que la dotan de gran validez y peso teórico. En palabras del autor, “[e]l principio de proporcionalidad es la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que debe satisfacer toda limitación de un derecho constitucional”, y de allí la trascendencia que le concede en su obra.

Como protección de los ciudadanos frente al Estado ante eventuales restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales y como instrumento para garantizarles la seguridad jurídica (presupuesto indispensable del Estado de Derecho) —por permitirle a los ciudadanos ver el “proceso” de raciocinio a través del cual el juez llega a determinada decisión en un caso específico—, así como por incluir una amplia dogmática y experiencia práctica al respecto desde una perspectiva comparada y con un amplio repertorio teórico, la obra que presentamos no puede sino enriquecer la formación de juristas y el ejercicio profesional del derecho de los operadores jurídicos en nuestra región, sobre un tema trascendental como pocos en el derecho constitucional contemporáneo.

La perspectiva internacional y regional que también caracteriza el texto, preponderantemente centrado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contribuye a su vez al diálogo constitucional crítico-constructivo que procuramos fomentar desde nuestro Programa, y que sin duda seguirá marcando en gran parte las discusiones y el desarrollo de la práctica jurídica constitucional, jurisprudencial y dogmática, en los próximos años.

Por todas estas razones le deparamos éxito y difusión a esta publicación y celebramos el compromiso renovado de su autor, no solamente con la consagración y desarrollo dogmático y jurisprudencial de los derechos fundamentales, sino también con su materialización y vivencia en el día a día de nuestras sociedades.

Dra. Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas
Directora y coordinador de proyectos
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

PRESENTACIÓN

En tiempos en que los derechos humanos se encuentran en una situación precaria en muchos lugares del mundo, es necesario recordar y mostrar cómo el desarrollo de la democracia y de los derechos fundamentales ha ampliado a lo largo del tiempo la libertad real de los ciudadanos en numerosos países. De la protección de la libertad individual y de la liberación de fuerzas creativas y productivas han nacido sociedades pluralistas y abiertas que han aportado seguridad y bienestar a sus miembros.

El desarrollo de la protección y de la conceptualización dogmática de los derechos fundamentales en el ámbito nacional así como de los derechos humanos en el internacional refleja al mismo tiempo el cambio acelerado de las condiciones sociales, económicas, culturales y tecnológicas a que están sometidas las sociedades modernas. Los derechos fundamentales cumplen hoy en día varias funciones. A su función defensora clásica contra intrusiones en la esfera individual por parte del poder público, se vienen juntando otras: la protección contra violaciones de la libertad por parte de terceros, no en último lugar por actores sociales y económicos poderosos, y la protección contra riesgos tecnológicos, medioambientales y de la salud, así como funciones de prestación y de fomento para garantizar condiciones sociales que faciliten el pleno ejercicio de los derechos. Sin embargo, las funciones de protección y fomento incluyen un enfoque intervencionista que, por su lado, puede entrar en conflicto con la vertiente clásica de los derechos de libertad. De ahí surge la misión de encontrar un equilibrio entre las distintas funciones para hallar una solución que más favorezca la posición jurídica de cada persona. Es lo que ROBERT ALEXY ha denominado tarea de optimización.

Es por eso por lo que hoy las cuestiones relativas a los derechos fundamentales están mayoritariamente en el centro del debate jurídico-constitucional y político-constitucional. Que los debates relacionados con los derechos fundamentales de manera creciente sean llevados más allá de las fronteras, obedece no solo a la evolución dinámica de los sistemas supraestatales de protección de los derechos fundamentales, como el del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente, sino también a la intensificación del diálogo transnacional jurídico-constitucional. A diferencia de los problemas de la organización estatal, las cuestiones de derechos fundamentales muestran, desde una perspectiva comparativa, un alto grado de semejanza estructural, por lo que pueden ser, con mucha más facilidad, punto de apoyo para un discurso constitucional transnacional.

En este contexto, la obra del Profesor JESÚS MARÍA CASAL es de suma importancia. Reflexiona sobre la multifuncionalidad de los derechos fundamentales desde el prisma de sus limitaciones, las cuales deciden finalmente sobre el alcance de la defensa real de la libertad. Al mismo tiempo ilustra extraordinariamente lo que una ciencia jurídico-constitucional transnacional es capaz de aportar para el desarrollo del derecho nacional. El lector es conducido magistralmente por los distintos ámbitos de la moderna

dogmática de los derechos fundamentales. La separación funcional jurídico-teórica de los derechos fundamentales en reglas y principios es tratada e interpretada de manera precisa, al igual que la distinción estructural entre derechos de libertad y derechos sociales, la cual pierde diametralidad en virtud del enriquecimiento de los derechos de libertad con componentes prestacionales. A ello se suman la propia perspectiva de análisis y los aportes del autor en estas materias.

El propósito principal de la obra es, sin embargo, con el trasfondo de una comprensión diferenciada de los derechos fundamentales, hacer controlables las restricciones de los derechos fundamentales en un proceso argumentativo racional y transparente. La práctica muestra que los derechos fundamentales solo despliegan su plena eficacia cuando son tomados en serio como normas y su limitabilidad está sometida a criterios claros. Por eso, la estructuración del examen de licitud en materia de derechos fundamentales, es decir, la determinación de si un derecho fundamental es vulnerado por una ley de manera general o por una medida individual en el caso concreto, se convierte en la tarea central del constitucionalista.

Consecuentemente, JESÚS MARÍA CASAL orienta la división interna del libro según los pasos evaluativos a los que atribuye la mayor racionalidad en atención a la lógica connatural a los derechos fundamentales: primero ha de delinearse el ámbito protegido del derecho fundamental que se está examinando, para poder establecer si existe una intervención, una injerencia en el derecho fundamental. Luego ha de revisarse si la intervención se mantiene dentro del marco de las posibilidades de restricciones constitucionalmente previstas. Y, finalmente, las posibilidades de restricción deben por su parte ser valoradas a la luz de sus límites jurídico-constitucionales, los llamados límites de los límites, entre ellos especialmente el principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial y los principios de una sociedad democrática, que son tomados en cuenta sobre todo en los instrumentos jurídicos internacionales. Poniendo énfasis en la interrelación entre las limitaciones del Derecho nacional y las del Derecho internacional, el autor dedica acertadamente un capítulo entero a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte como la Corte Europea de Derechos Humanos ejerce hoy en día una función esencial no solo para garantizar unos estándares comunes sino también como impulsor del desarrollo de los derechos fundamentales, ya que ambas cortes coinciden en considerar los convenios internacionales como “instrumentos vivos” (*living instruments*) y no como regímenes jurídicos estáticos.

El esquema, según el cual se examina la violación o no-violación de un derecho fundamental se lee, primariamente, como una sencilla secuencia analítica. Sin embargo, implica frecuentemente en su aplicación un intenso trabajo en la determinación de los supuestos fácticos y en la correlativa concreción del ámbito protegido y de las restricciones al derecho fundamental. Como se aprecia en sus otros libros, JESÚS MARÍA CASAL no deja en un plano puramente abstracto su diferenciado y profundo estudio de la sistemática de las restricciones de los derechos fundamentales. Ofrece ejemplos aplicativos y somete decisiones judiciales a un análisis crítico de la mano de los criterios obtenidos. Esto hace que la obra sea igualmente provechosa para la ciencia y la práctica.

Hay que felicitar al autor no en último lugar por haber tenido éxito en la producción de un aporte orientador para una ciencia constitucional transnacional. Apoyándose en

un conocimiento cabal de los ordenamientos jurídico-constitucionales latinoamericanos y europeos así como de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos en Europa y América, ha sido gestada una obra que estimulará el discurso de los derechos fundamentales mucho más allá de los países considerados con especial atención, como Alemania. El libro es un hermoso ejemplo para el fructífero diálogo europeo-americano.

KARL-PETER SOMMERMANN

Profesor de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado
en la Escuela Superior Alemana de Ciencias de la Administración (Speyer).

Speyer, marzo 2020.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Agradecimientos	IX
Siglas y abreviaturas	XI
Prólogo del Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer	XIII
Presentación	XV
Introducción	1

CAPÍTULO I

OBJETO, FIN Y MÉTODO DEL ESTUDIO

1. Objeto y fin general del estudio	7
2. Premisas metodológicas	11
3. Precisiones conceptuales	16
A) Derechos humanos, derechos constitucionales o derechos fundamentales	16
B) Rasgos característicos de los derechos fundamentales	22
C) Derechos comprendidos por la noción de derechos fundamentales	25

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES

1. La admisión de la limitación de los derechos fundamentales	35
2. El derecho constitucional y su limitación legal	41
3. La libertad como regla y la restricción como excepción	44
4. La estructura de las normas sobre derechos fundamentales y las restricciones legislativas	50
A) La distinción entre reglas y principios	50
B) Objeciones a la teoría de los principios	52
C) La relativización de las normas sobre derechos fundamentales y sus límites	57
D) Principios, neoconstitucionalismo y garantismo	62
5. Delimitación, limitación, restricción o configuración del derecho.	67
6. Delimitación constitucional del derecho, concreción y restricciones legisla- tivas	72
7. Ponderación general e indiferenciada de bienes y mera delimitación legisla- tiva: una amenaza para los derechos	78

CAPÍTULO III

**ÁMBITO PROTEGIDO, INTERVENCIÓN
Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

	PÁG.
1. Método para el examen de la licitud de las inferencias en los derechos fundamentales.....	86
A) Fundamentos del esquema de la intervención y la restricción	87
B) El esquema de la intervención y la restricción, y su aplicación	92
2. El supuesto de hecho y el ámbito protegido del derecho fundamental.....	95
A) El supuesto de hecho y el ámbito protegido	95
B) Teorías amplias y estrechas sobre el ámbito protegido o el supuesto de hecho	99
a) Bases conceptuales.....	99
b) Las teorías estrechas del ámbito protegido o supuesto de hecho	101
c) Las teorías amplias del ámbito protegido o supuesto de hecho	119
d) Tendencias jurisprudenciales.....	123
3. La intervención en el derecho fundamental	127
A) Noción de intervención.....	127
B) Criterios de reconocimiento.....	130
4. La justificación constitucional de la intervención en el derecho fundamental	134
A) La necesaria fundamentación constitucional de la limitación o restricción	135
B) Condiciones para la restricción del derecho fundamental	141
C) Principales condiciones formales para una restricción	142
a) La reserva legal	142
b) Precisión de la regulación	148
D) Principales condiciones materiales para una restricción	151
E) Otras exigencias constitucionales formales y materiales.....	151
5. Las colisiones constitucionales como fuente de restricciones a derechos fundamentales.....	152
A) La noción de colisión constitucional	152
B) Naturaleza de las limitaciones de derechos basadas en colisiones constitucionales	156
C) Reparto de funciones entre la legislación y los jueces en el tratamiento de las colisiones constitucionales	159
a) Responsabilidades del legislador y de los jueces	159
b) La posibilidad de reconfigurar legislativamente las reglas jurisprudenciales resolutivas de colisiones.....	164
D) Algunos criterios para la resolución de colisiones constitucionales.....	168
a) Evitar una simple ponderación abstracta de bienes.....	168
b) Procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión	169
c) No ignorar los principios formales eventualmente involucrados.....	174
d) Examinar las colisiones desde el prisma del sistema democrático	175
E) La restricción de derechos fundamentales y las posturas “anticonflictivistas”	177

CAPÍTULO IV

RESTRICCIÓN DE DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD

	PÁG.
1. Bases conceptuales del principio de proporcionalidad	189
A) La idea de la proporcionalidad o prohibición de exceso	189
B) Premisas históricas.....	190
C) El concepto de la proporcionalidad y las divergencias terminológicas	194
D) Principio o regla de la proporcionalidad.....	196
E) Naturaleza formal o material de la proporcionalidad	197
F) Rango del principio de proporcionalidad	199
2. Funciones del principio de proporcionalidad.....	200
A) Servir de condición material para una restricción o intervención y de criterio estructural en la ponderación.....	201
B) Informar la interpretación de preceptos legales o constitucionales	203
C) Determinar la introducción de garantías formales que han de rodear la restricción o la intervención	204
D) Influir en la modulación de la exigencia de precisión normativa	205
E) Evitar extralimitaciones en la aplicación de las restricciones legales	206
F) Influir en la modulación de la prohibición de utilización o valoración de pruebas.....	207
3. La finalidad perseguida por la acción estatal y la proporcionalidad	207
4. La proporcionalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales.....	212
A) La idoneidad de la ley restrictiva.....	212
a) Rasgos generales de la exigencia de idoneidad.....	212
b) Criterios para el control judicial de la idoneidad	215
B) La necesidad de la ley restrictiva.....	222
a) Rasgos generales de la exigencia de necesidad.....	222
b) Criterios para el control judicial de la necesidad	228
C) La proporcionalidad en sentido estricto.....	237
a) Rasgos generales de la proporcionalidad en sentido estricto	237
b) Criterios para el ejercicio del control judicial	245

CAPÍTULO V

RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
E INTANGIBILIDAD DE SU CONTENIDO ESENCIAL

1. Origen, evolución y proyección de la categoría del contenido esencial de los derechos fundamentales	266
A) Origen del concepto en Alemania.....	266
B) Su relevancia tras la promulgación de la Ley Fundamental y su proyección constitucional e internacional	268

	PÁG.
2. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y las dificultades teóricas para su precisión y aplicación.....	274
A) La idea de un contenido esencial de los derechos fundamentales	274
B) Dificultades interpretativas suscitadas y posibles caminos para su superación	277
a) Teorías objetivo-abstractas y subjetivo-individuales	277
b) Teorías absolutas y relativas.....	282
C) Algunos criterios de reconocimiento de vulneraciones a la garantía del contenido esencial.....	290
D) Ámbito de aplicación de la garantía	292
3. Tendencias de la jurisprudencia constitucional alemana	294
A) Vicisitudes en la aplicación jurisprudencial del concepto	294
B) Orientaciones jurisprudenciales.....	297

CAPÍTULO VI

LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

1. Introducción	303
2. La limitación o restricción de derechos humanos	304
3. Estructura o esquema general de análisis de la licitud de las restricciones a derechos humanos en la jurisprudencia interamericana	309
A) La afectación del ámbito protegido por un derecho	309
B) La intervención o injerencia en el derecho	315
C) La titularidad del derecho	318
D) Examen de la admisibilidad de la restricción y de las condiciones formales y materiales de su validez.....	318
a) La posibilidad y los fundamentos convencionales de la restricción	319
b) Condiciones formales y materiales	323
4. Condiciones formales: legalidad de la restricción	327
5. Condiciones materiales: justificación.....	333
A) La licitud de la finalidad perseguida.....	334
B) La necesidad en una sociedad democrática: examen de proporcionalidad	337
C) La aplicación de la exigencia de proporcionalidad y de sus componentes	343
a) La idoneidad de la medida restrictiva	343
b) La necesidad de la medida restrictiva	346
c) La proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva.....	349
D) La preservación del contenido esencial de los derechos	365

CAPÍTULO VII

RESTRICCIÓN DE DERECHOS Y DEMOCRACIA

1. La restricción de derechos fundamentales y la democracia.....	370
A) Relaciones filosófico-políticas.....	370

	PÁG.
B) Relaciones normativas	373
a) De carácter constitucional	373
b) De carácter internacional.....	378
C) El control democrático de las restricciones a derechos fundamentales.....	382
2. La cláusula de la sociedad democrática y el examen de la licitud de las restricciones al ejercicio de derechos humanos.....	384
A) La gestación y proyección de la cláusula de la sociedad democrática	385
B) Formulación y significación general de la cláusula.....	388
3. La cláusula de la sociedad democrática en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.....	391
A) Funciones generales de la cláusula.....	392
B) Alcance general del control democrático basado en dicha cláusula.....	395
C) Criterios para un control democrático de las restricciones a derechos humanos.....	398
a) El pluralismo	399
b) La tolerancia y el espíritu de apertura.....	405
c) La preservación de lo propio de una sociedad democrática.....	408
d) La consideración del efecto disuasorio de la intervención.....	412
e) Intensificación del control judicial en situaciones que comprometan el desenvolvimiento democrático.....	414
D) La cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos	418
a) Funciones generales de la cláusula.....	419
b) Alcance general del control democrático basado en dicha cláusula	421
c) Criterios para un control democrático de las restricciones a derechos humanos	424
4. Perspectivas del control democrático de las restricciones a los derechos.....	440
Bibliografía	443
Índice de autores	453

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales de la persona, bajo denominaciones como esta o como la de los derechos humanos, han cobrado enorme significación en la deliberación y en la agenda pública, en el debate social y en la discusión académica. Sobre todo en las democracias, aunque el sustento ético-filosófico de estos derechos es tan sólido y su vocación de universalidad tan firme que incluso regímenes autoritarios acuden a los derechos humanos cuando intentan justificar su actuación.

Más allá del eventual uso cosmético y por lo tanto inauténtico del concepto, es incuestionable que se han producido grandes avances en la protección constitucional e internacional de los derechos inherentes a la persona. Tanto interna como internacionalmente se han consagrado nuevos derechos o se han identificado otros ámbitos de aplicabilidad de los derechos clásicos. Se han ampliado las cautelas dirigidas a evitar las violaciones de tales derechos, se han robustecido los mecanismos destinados a garantizarlos judicialmente y a establecer las responsabilidades o reparaciones derivadas de su vulneración. Pero hay un asunto crucial para el aseguramiento de la plena vigencia de esos derechos que a veces pasa inadvertido o se agota en lugares comunes que poco aportan al control efectivo sobre las medidas del Estado que afectan los mencionados derechos; ese es justamente el de la restricción o limitación de los derechos fundamentales o de los derechos humanos.

Lo que sean los derechos depende del alcance que puedan tener sus restricciones. A menudo los esfuerzos por preservar los derechos constitucional o internacionalmente proclamados se centran en la fijación generosa de sus contornos y se deja de lado o en un segundo plano la definición de las condiciones de cualquier intento estatal de imponer limitaciones a los derechos reconocidos. Una cosa está indisolublemente unida a la otra, sin confundirse con ella conceptualmente. La comprensión que se tenga de los derechos y de sus límites determina en mucho el significado real que ellos habrán de ostentar en la vida individual y social.

Con frecuencia no se tiene conciencia de las numerosas limitaciones legales que están adosadas a los derechos y que determinan la esfera práctica de su libre ejercicio o de su disfrute. Frente a los intentos de restricción, los derechos oponen por distintos flancos una resistencia que en buena medida explica su eficacia jurídica: exigen una fuente democrática de las restricciones, encarnada en la ley, así como una seria justificación, que debe superar la

prueba de la proporcionalidad. Requieren, además, que aquellas no lleguen hasta el extremo de ahogar o vaciar los derechos garantizados.

El objeto de la presente obra es analizar, desde la teoría de los derechos, la posibilidad de las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales así como, explicados los términos en que estas serían admisibles, las condiciones que han de satisfacerse para que puedan considerarse válidas. Se pretende abordar esta temática en el plano constitucional, con una perspectiva comparativa, y en el internacional, con énfasis en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El adecuado tratamiento del método jurídico referido al examen de licitud de las restricciones o injerencias en tales derechos es importante a fin de advertir y contener abusos estatales, lo cual no basta evidentemente para garantizar la vigencia plena de los derechos pero puede contribuir a lograrlo.

En la actualidad son muchos los peligros que se ciernen sobre los derechos humanos. En particular, el contexto en el que se quiera propugnar su eficacia impactará significativamente en la función que desempeñen los instrumentos dogmáticos y procesales concebidos para salvaguardarlos. Hay compromisos nacionales, regionales y universales relativos a la observancia de estos derechos, pero en el Estado y en el mundo contemporáneo confluyen tendencias ambivalentes. La globalización económica y financiera, el avance de procesos de integración supranacional, el desarrollo de las nuevas tecnologías y redes de la información y la comunicación, entre otros factores, son oportunidades para el despliegue de las libertades del ser humano, y muestran a la vez a un poder público estatal que se ve sobrepasado y ello no siempre lleva aparejados mecanismos de protección de derechos compensatorios de los cambios ocurridos. Paralelamente, el despliegue del terrorismo, del narcotráfico y otras formas de criminalidad organizada, así como el incremento de flujos migratorios que soslayan los controles estatales, han llevado a varias naciones a acrecentar las facultades preventivo-represivas de las autoridades, con apoyo en los avances tecnológicos o, en ocasiones, en los métodos más primitivos de persecución e investigación. La desestatización que se ha producido en algunos ámbitos ha ido acompañada de la diversificación y tecnificación de las posibilidades de intervención estatal en el desenvolvimiento individual o del surgimiento de amenazas provenientes de poderes fácticos. A ello han de añadirse las desviaciones autoritarias observadas en varios países, no solo latinoamericanos. Todo esto pertenece a un entorno que repercute en el ejercicio de los derechos.

En los últimos años la restricción de los derechos fundamentales, vista desde una perspectiva predominantemente teórico-constitucional, ha sido objeto de enjundiosos estudios, de forma especial en la doctrina alemana y española, con repercusión y también valiosos aportes en Latinoamérica, los cuales han puesto de manifiesto la relevancia de esta materia, y han hecho patente su conexión con las transformaciones que ha experimentado el Derecho Constitucional y

la propia Teoría del Derecho en la era de la constitucionalización del orden jurídico, con incidencia en las relaciones entre los poderes públicos y en la funcionalidad de la democracia constitucional.

Los movimientos conceptuales que están discurriendo están asociados a la diversificación de las dimensiones o contenidos de los derechos fundamentales, que de ser derechos principalmente de libertad o abstención pasan a desplegar variadas facetas protectoras o prestacionales. Esta multidimensionalidad y multipolaridad de los derechos, como observaremos, se proyecta sobre las interacciones entre los bienes jurídico-constitucionales, lo cual desemboca en la generación de colisiones constitucionales con más frecuencia, siendo este otro asunto en el que recientemente se ha intensificado la reflexión dogmática¹. El reconocimiento, por las tesis predominantes, de las colisiones constitucionales que subyacen a muchas restricciones a derechos fundamentales y la búsqueda de criterios adecuados para que aquellas reciban solución han abierto las puertas a una problemática técnico-jurídica, teórica y iusfilosófica de gran calado, que se nutre además de las reflexiones de quienes estiman que las llamadas colisiones entre derechos son falsas o aparentes.

Adicionalmente, la actualización y potenciación de la distinción entre las reglas y los principios en el análisis de la estructura de las normas jurídicas, que no ha estado exenta de críticas, han sido impulsadas por la dogmática de los derechos fundamentales, lo cual ha suscitado matizaciones, observaciones o ajustes y a la postre debates de singular importancia para la teoría de los derechos. La renovación de esta distinción obedece a su utilidad para explicar la pretensión de validez y la posibilidad de la limitación de los (ciertos) derechos fundamentales, lo cual ofrece terreno abonado para la invocación del principio de proporcionalidad. Los derechos fundamentales como principios demandan la realización más amplia posible y la proporcionalidad es el canon primordial para precisar si cabe aceptar un freno al despliegue del derecho en una situación determinada. El perfilamiento de la proporcionalidad como el criterio central para el examen de la licitud sustancial de las limitaciones a los derechos está favoreciendo dinámicas singulares de control judicial y ha motivado igualmente objeciones o abiertos rechazos referidos a la precaria racionalidad que caracterizaría al punto culminante de su aplicación: la ponderación.

La creciente presencia de la ponderación en el dominio de los jueces, como el nudo gordiano de los cambios que están teniendo lugar, propende a alterar el esquema habitual de relaciones entre los poderes. Las ponderaciones que llevan

¹ Vid., entre otros, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (COORD.), *Conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; GRÉGOIRE WEBBER, *The negotiable Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; W. HOFFMANN-RIEM, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neuen Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik”, en *Der Staat* 43, 2004, págs. 203 y ss.

a cabo los jueces, generalmente en los tribunales constitucionales, se traducen más de una vez en una resolución desde la Constitución de cuestiones que en principio deberían haber sido objeto de regulación legislativa y dan cabida a un proceso de transacción —o negociación según algunos— entre bienes jurídicos que pareciera estar reservado a la instancia legislativo-parlamentaria.

Dichos temas y problemas serán considerados en este trabajo, con el ánimo de hacer visibles esas transformaciones y controversias de la ciencia jurídico-constitucional y de suministrar, cuando sea posible, algunas respuestas frente a los interrogantes planteados. Junto al desmenuzamiento del principio de proporcionalidad que habré de realizar de la mano de la jurisprudencia y doctrina comparada, se acometerá una profundización en el estudio de la categoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, muy invocada pero poco analizada, lo cual permitirá entender tanto las circunstancias y el sentido de su gestación, como su adormecimiento posterior en la patria que la vio nacer, y apreciar su despertar en otras latitudes geográficas y conceptuales. La indagación acerca de la restricción de los derechos fundamentales presupone explicar el esquema conceptual básico desde el que se efectúa la revisión de la licitud de las correspondientes limitaciones, como también abordar las colisiones entre derechos o entre estos y otros bienes constitucionales, a lo cual está destinada igualmente esta obra.

He puesto además interés en ilustrar, a partir de líneas conceptuales concretas, la importancia de la conexión del régimen jurídico-constitucional de los derechos con su régimen internacional, especialmente en tópicos propios de la teoría general. Sin perder sus elementos diferenciadores y en cierto modo su especificidad técnica, el tratamiento teórico-general de los derechos humanos está repercutiendo en el de los derechos constitucionales, y viceversa, lo cual debe ser fomentado con análisis que destaquen los vasos comunicantes dogmáticos entre ambas esferas de la reflexión científica. En tiempos del denominado constitucionalismo multinivel o de un orden plural y complementario en la protección de los derechos inherentes al ser humano², es preciso contribuir a la identificación de corrientes compartidas y al robustecimiento de la garantía conjunta de esos derechos. En este libro se ha prestado especial atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a la limitación de derechos humanos, en los diversos aspectos comprendidos en la estructura general del estudio, lo que pone de relieve las bondades y en ocasiones inconsistencias de los criterios establecidos por dicho órgano jurisdiccional.

² RAFAEL BUSTOS GISBERT, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012. ARMIN VON BOGDANDY, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núms. 3-4, 2008, págs. 97 y ss.

Los frutos de la simbiosis entre la garantía nacional y la internacional de los derechos inherentes al ser humano saldrán a relucir palmariamente en la determinación de la significación del contexto democrático en la evaluación de la validez de la restricción de derechos. Resulta crucial poner de relieve las implicaciones que ha tenido y los desarrollos que puede alcanzar el control democrático sobre las limitaciones que el Estado pretenda imponer a tales derechos; esta aproximación a las restricciones a derechos desde la óptica del sistema político-institucional en que se inscriben es útil para orientar la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad y es un filtro ante los intentos de fijar limitaciones que pongan en riesgo principios democráticos.

CAPÍTULO I

OBJETO, FIN Y MÉTODO DEL ESTUDIO

1. OBJETO Y FIN GENERAL DEL ESTUDIO

La presente investigación tiene por objeto el estudio de las restricciones a los derechos fundamentales, un tema clásico de la Teoría de los Derechos Fundamentales que ofrece diversas aristas problemáticas, las cuales justifican un detenido análisis jurídico y un esfuerzo de precisión dogmática. Tales aristas se vinculan con aspectos tradicionales de la conceptualización de los derechos fundamentales y con nuevos desafíos interpretativos que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal en la materia plantea a la ciencia jurídica. A ello se suman transformaciones relevantes en las propias coordenadas institucionales en que se desenvuelve la protección de los derechos fundamentales, ocasionadas por el paulatino fortalecimiento de la garantía internacional de los derechos humanos, que hace cada vez más necesaria una conexión con el marco internacional de la protección interna de los derechos inherentes a la persona.

Los derechos fundamentales, entendidos por lo pronto como derechos inherentes a la persona constitucionalmente asegurados, sobre lo cual luego volveré, son por lo general susceptibles de restricciones o limitaciones, que son exigidas por la convivencia de unos derechos con otros y por ciertos requerimientos del interés público. Sin embargo, estas restricciones, que desde un punto de vista moral podrían estimarse como connaturales a los derechos, jurídicamente no lo son, sino que solo se producen cuando han sido satisfechas determinadas condiciones de índole formal y material, sin las cuales el derecho despliega todas sus posibilidades de ejercicio.

La visión de las relaciones entre la persona y el poder público propia del Estado constitucional (liberal), presupone un replanteamiento de la posición de la autoridad en el sistema político y social¹. Sus poderes no son facultades naturales, derivadas de los cometidos que debe cumplir en la comunidad, que autorizarían incluso a afectar intereses subjetivos de los individuos, sino potestades dependientes de una determinación normativa, que ha de ostentar rango de ley cuando de limitar derechos fundamentales se trata, además de fundarse

¹ Vid. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, págs. 143 y ss.

en una razón válida desde la óptica de estos mismos derechos. De acuerdo con las teorías contractualistas liberales que están en los cimientos del Estado constitucional, los derechos esenciales de la persona, cuya preservación es la finalidad de la asociación política, son conceptualmente anteriores al poder público y conservan el núcleo de su significación original tras la instauración del Estado con base en el acuerdo de los asociados. El trasfondo histórico y filosófico de la consagración de los derechos fundamentales no es, pues, la delimitación de espacios de actuación entre individuos, sino el reconocimiento de libertades o facultades inherentes a la persona que las autoridades no pueden restringir sin una justificación de peso y sin el respaldo de una manifestación de la voluntad democrática representada en la ley.

La evolución de las ideas y de la realidad en torno a las funciones del Estado y al contenido de los derechos inherentes al ser humano obliga a matizar muchos aspectos de esa visión naturalista e individualista, pero sigue en pie la convicción de que para asegurar la libertad y derechos de la persona es preciso colocar a estos como fundamentos del orden político y asignar al Estado una misión de garantía de derechos. En este contexto las restricciones a los derechos no pueden ser implícitas ni mucho menos gratuitas, sino que deben tener una clara fundamentación legal y sustancial.

El objeto central de la investigación es precisamente analizar las condiciones que deben ser cumplidas para imponer restricciones a los derechos fundamentales, una temática que frecuentemente es calificada con la alusión a los *límites de los límites* (*Schranken-Schranken*) de tales derechos, es decir, los límites a las posibilidades de restringir estos derechos. Expresión que, como luego expondré, es en parte tributaria de un estadio del desarrollo de la Teoría de los Derechos Fundamentales que puede considerarse superado y que, en todo caso, no refleja adecuadamente la posición de estos derechos frente al poder público, pues en lugar de hablar de los *límites de las restricciones* a los derechos fundamentales hay que referirse a las *condiciones* que debe llenar el Estado, comprendido el legislador, para limitarlos válidamente. Las injerencias del legislador en las esferas subjetivas amparadas por los derechos fundamentales no han de asumirse como algo dado o presupuesto, frente a lo cual es posible levantar algunos diques; el punto de partida en el análisis es más bien la protección constitucional del pleno disfrute de las facultades subjetivas comprendidas en el derecho, la cual generalmente no es absoluta, dando cabida a disposiciones legales restrictivas materialmente sustentadas.

Los aspectos básicos del tema esbozado, resistentes a cambios frecuentes por su nivel de abstracción y sus perfiles dogmáticos, han sufrido importantes matizaciones en virtud de cuestionamientos doctrinales y aportes jurisprudenciales que inciden en asuntos como el alcance de los derechos susceptibles de restricción, considerados a menudo principios de optimización, con la polémica que ello ha generado; las implicaciones del principio de proporcionalidad y

su aptitud como criterio racional de control; las limitaciones a derechos fundamentales derivadas de deberes de protección de otros derechos de igual carácter; y la relevancia autónoma de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos como barrera material para el legislador, entre otros.

Para abordar adecuadamente estos conceptos y problemas será preciso ahondar en algunas nociones de la Teoría de los Derechos Fundamentales, relativas a la estructura normativa de estos derechos, al ámbito protegido por el derecho fundamental, a la intervención o injerencia estatal en este ámbito y a los conceptos de limitación, restricción, delimitación o configuración de estos derechos.

El estudio aspira abarcar herramientas dogmáticas útiles desde la perspectiva de la Teoría de la Constitución —o en otros términos, del Derecho Constitucional general—, así como de la Teoría de los Derechos Fundamentales, en la medida en que el concepto de derechos fundamentales, en la forma en que ulteriormente será definido, no es patrimonio exclusivo de ningún ordenamiento jurídico. No obstante, la investigación se realizará con apoyo en datos normativos ofrecidos por algunos ordenamientos, de acuerdo con las pautas metodológicas que después se enunciarán. A lo anterior se suma el examen de la limitación al goce o ejercicio de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección, con respaldo en fuentes y pautas interpretativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La temática esbozada será considerada en un contexto político-institucional específico, el de la democracia. Un contexto que, por cierto, no fue el característico de la gestación y reconocimiento de los derechos naturales de la persona, cuyo hallazgo doctrinal estuvo más bien enmarcado en regímenes monárquicos, contra los cuales tales derechos luego serían esgrimidos con intención revolucionaria, sin que fuera posible, al menos en lo que respecta a la Revolución francesa² y a la Europa surgida de la restauración monárquica, insertarlos en un sistema democrático; esto es también extensible, por razones diversas, a los Estados latinoamericanos nacidos de los movimientos independentistas del siglo XIX.

Hoy, por el contrario, los derechos fundamentales y la democracia resultan inescindibles, sin perjuicio de las diferencias entre estos conceptos y de las distintas raíces históricas y filosóficas de cada uno. La democracia constitucional es expresión de la imbricación entre la soberanía popular y la autonomía política en ella representada, por un lado, y los derechos fundamentales de la persona y la autonomía privada, por otro lado.

Sin embargo, no han sido suficientemente puestas de relieve las consecuencias del desenvolvimiento de los derechos fundamentales en un contexto

² El régimen de la Convención difícilmente puede calificarse de democrático, aunque pretendió serlo en el plano de los principios, reflejados en la Constitución de 1793.

democrático, especialmente en lo relativo a las restricciones legislativas admisibles al ejercicio de estos derechos. Ciertamente, desde variados ángulos han sido examinadas las repercusiones del principio democrático en el control de las intervenciones del legislador en los derechos fundamentales, pero la óptica predominante ha sido bien la de justificar ámbitos especiales de acción o de apreciación al legislador en la regulación de los derechos constitucionales, en virtud del deber de respetar la base democrática de la obra legislativa, bien la de cuestionar los alcances de este reconocimiento³. Ello con el trasfondo de las tensiones entre el legislador, que da un primer paso en la concretización o interpretación de la Constitución, y la Corte o Tribunal Constitucional encargado de ejercer un control jurídico de tal iniciativa.

Menor atención han merecido las implicaciones de la adscripción democrática de los derechos fundamentales sobre los criterios sustantivos que informan el control de licitud de las restricciones legislativas de estos derechos, pese a la relevancia de este asunto a la luz del sistema político-constitucional en el que tales derechos se insertan. Al tratar las restricciones a los derechos fundamentales es primordial la pregunta acerca de la compatibilidad de aquellas con la democracia, como sistema político o forma de gobierno que acoge y brinda soporte a las demás estructuras y principios organizativos previstos en la Constitución y que representa el medio en el que los derechos fundamentales pueden desenvolverse cabalmente. Es necesario, además, destacar no solo la faceta conflictiva o competitiva de la relación entre los derechos fundamentales y la democracia, sino también la faceta cooperativa de ambos conceptos, que tiene una de sus manifestaciones en la posibilidad de invocar los principios democráticos frente al propio legislador, para rechazar intentos de restringir derechos.

Esta perspectiva se ve reforzada por la importancia que la noción de democracia ostenta en declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente por el papel asignado a este concepto, bajo la fórmula de la “sociedad democrática”, en la determinación de la licitud de las restricciones impuestas por los Estados a tales derechos, y por la función que esa cláusula ha cumplido en sistemas regionales de protección de los derechos humanos, específicamente en el sistema europeo y en el interamericano. Al analizar lo que podemos denominar el control democrático de las restricciones a los derechos fundamentales o a los derechos humanos, resultan de especial relevancia los criterios desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus respectivos ámbitos.

³ Al respecto *vid.* VÍCTOR FERRERES, *Jurisdicción constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 17 y ss.

Escapa al objeto de esta investigación el examen sistemático de los diversos criterios formales y materiales establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para medir la licitud de las restricciones a los derechos allí consagrados, así como de los lineamientos jurisprudenciales correspondientes. Por el contrario, sí es aconsejable y altamente provechoso, desde la perspectiva señalada, ahondar en los aportes que tales órganos han realizado al momento de medir la compatibilidad con la democracia de disposiciones restrictivas de derechos humanos. La referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en un estudio en buena medida jurídico-constitucional no debe causar sorpresa, por las razones que posteriormente expondré.

El tratamiento de los temas mencionados estará orientado por el enfoque aplicativo propio del Derecho y de la dogmática de los derechos fundamentales en particular. La idea directiva es la de abordar criterios doctrinales y jurisprudenciales útiles para el ejercicio del control de licitud de las restricciones a los derechos fundamentales. Se pretende subrayar aquello que facilite la comprensión de los numerosos problemas y discusiones conceptuales que giran en torno a la limitación de los derechos fundamentales, indicando también, cuando sea posible, vías para la clarificación y para el perfeccionamiento de las técnicas jurídicas que a fin de cuentas van a permitir efectuar dicho control. Es también pertinente formular advertencias ante desarrollos de la dogmática de los derechos fundamentales que pueden trastocar el sentido de los principios reconocidos para condicionar las injerencias del poder público en tales derechos, así como llamar la atención ante procesos de recepción normativa que no han tenido en consideración la función específica de la institución adoptada.

2. PREMISAS METODOLÓGICAS

Como ya se señaló, esta investigación se sitúa en una perspectiva primeramente de Derecho Constitucional y comprende categorías que cabe insertar en la Teoría de la Constitución o del Derecho Constitucional general. En la clásica Teoría de la Constitución de CARL SCHMITT los derechos fundamentales ocuparon un lugar destacado⁴ y actualmente son centro de la reflexión constitucional con un enfoque que a menudo rebasa los horizontes de un específico sistema jurídico. Ello sucede a veces en el marco de la denominada Teoría de los Derechos Fundamentales, que está emparentada con la Teoría de la Constitución. También se han efectuado aproximaciones que se inscriben en la Teoría del Derecho⁵.

⁴ CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981, págs. 182 y ss.

⁵ Vid. JOSEF LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tubinga, Mohr, 2005, págs. 1 y ss.; BETEGÓN/LAPORTA/DE PÁRAMO/PRIETO SANCHÍS (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 37 y ss.

Característico de disciplinas básicas como la Teoría del Derecho o del Estado o la Teoría de la Constitución, es que a partir de datos ofrecidos por ordenamientos jurídico-políticos nacionales realizan un análisis y arriban a conclusiones que deliberadamente los trascienden, en virtud de una pretensión, mayor o menor, de validez general. En materia de derechos fundamentales es natural que, junto a los estudios estrictamente circunscritos al Derecho nacional, existan obras con un alcance metodológico más amplio. Pero incluso cuando este no sea el caso, la materia abordada tiene de por sí, en muchos de sus contenidos, una relevancia general que se conecta con la (vocación de) universalidad de la idea de los derechos inherentes a la persona, que nutre la categoría dogmática de los derechos fundamentales. Con razón se ha dicho que “la historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo”⁶. De ahí que, dentro de la órbita del modelo del Estado constitucional, el análisis jurídico de los derechos constitucionalmente consagrados recaiga sobre un objeto en gran medida compartido y que frecuentemente se presenta con características dogmáticas semejantes.

No es extraño pues que se haya afirmado, certeramente, que tales derechos pertenecen al *ius commune constitutionale*⁷. Si alguna idea es consubstancial al Estado constitucional es el reconocimiento y protección de las libertades fundamentales de la persona. La limitación del poder público como propósito central del constitucionalismo ha estado desde sus orígenes asociada a la idea de garantizar esas libertades, lo cual ha conducido, en virtud de una evolución que no sería pertinente reseñar aquí, a su proclamación como derechos en la Constitución, un instrumento jurídico del máximo rango dotado de auténtica fuerza normativa; al establecimiento del carácter vinculante de estos derechos para todos los poderes públicos, y a la previsión de mecanismos que aseguren su efectiva vigencia⁸. Este es justamente el tejido normativo que soporta el concepto de derechos fundamentales.

La comunidad de valores y de principios constitucionales estructurales entre diversos órdenes jurídicos representativos de esa clase de Estado facilita, adicionalmente, el reconocimiento de los equivalentes funcionales que en materia de derechos fundamentales subyacen a las diferencias terminológicas e incluso sustantivas que puedan observarse. De allí que se estime que la temática de los derechos fundamentales sea especialmente idónea para estudios

⁶ LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2013, págs. 25 y ss.

⁷ Vid. PETER HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, pág. 95.

⁸ Vid. ROMÁN DUQUE CORREDOR, *Temario de derecho constitucional y de derecho público*, Caracas/Bogotá, Legis, 2008, págs. 6 y ss.

de Derecho comparado⁹. Algunos han llegado a sostener que la comparación jurídica en materia de derechos fundamentales ha de considerarse un quinto método interpretativo, que habría de sumarse a los clásicos criterios hermenéuticos (literal, sistemático, histórico y teleológico)¹⁰.

Entre distintos sistemas jurídicos representativos del Estado constitucional se dan intensas relaciones de influencia y de recepción en materia de derechos fundamentales, que ya estuvieron presentes en los inicios del constitucionalismo, con las clásicas declaraciones de derechos y su paulatina constitucionalización. Ello ha dado lugar a que se propugne un *Estado constitucional cooperativo*¹¹, en el que la interpretación y gestación constitucional se orientan por los movimientos producidos en otros ordenamientos y en el que se dan procesos de reflejo en el exterior de desarrollos internos y viceversa. El reconocimiento de esta “familia del Estado constitucional”¹² y de los puntos de conexión entre sus integrantes no debe, sin embargo, conducir a minimizar las profundas diferencias que pueden existir entre ellos, más allá de la afirmación de su pertenencia a un determinado modelo de Estado. Muchas de estas diferencias responden a especificidades de la cultura jurídica de cada país, las cuales merecen atenta consideración. Además, detrás de la semejanza entre los textos constitucionales de diversas naciones a veces se albergan concepciones muy distantes entre sí sobre las relaciones entre el Estado y la persona y sobre la función de los derechos fundamentales. Con todo, la aptitud de estos derechos para el análisis comparativo y el tratamiento dogmático general resulta innegable.

Esto se pone de manifiesto en los recientes estudios que procuran dilucidar cuestiones teóricas de interés general desde la óptica del *constitucionalismo o neoconstitucionalismo*, la mayoría de las cuales se relacionan con los derechos fundamentales y con sus restricciones, tales como la distinción entre reglas y principios y su proyección sobre estos derechos, y el debate acerca de la racionalidad de la ponderación como método principal para la resolución de las colisiones entre derechos fundamentales¹³.

En el ámbito europeo la aproximación comparativa a la temática de los derechos fundamentales ha sido estimulada por los avances en el proceso de integración en el seno de la Unión Europea. La afinidad preexistente entre muchos

⁹ K.-P. SOMMERMANN, “Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung”, en H.-J. D. MERTEN/PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, t. I, Heidelberg, Müller, 2004, págs. 637 y 656.

¹⁰ Ídem, págs. 27 y ss.

¹¹ Ídem, pág. 37.

¹² Ídem, pág. 32.

¹³ MIGUEL CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, págs. 71 y ss.; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

Estados miembros en la regulación de los derechos fundamentales o constitucionales se ha hecho patente y ha resultado luego favorecida por la profundización de la integración y su proyección en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en cuanto concierne al reconocimiento de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario, por su pertenencia a las *tradiciones constitucionales comunes* a los Estados miembros. En este espacio europeo de los derechos fundamentales, también es relevante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual consagra derechos que forman parte de esos principios generales y adicionalmente erige, en el ámbito más amplio del Consejo de Europa, un sistema internacional (regional) de protección de los derechos humanos en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con frecuencia acude al análisis de las soluciones ofrecidas por los distintos ordenamientos de los Estados miembros para la resolución de asuntos problemáticos, lo cual apunta igualmente en la indicada dirección comparativa. En el ejercicio de estos controles judiciales comunitario e internacional se ha constatado la consolidación de métodos semejantes en el examen de licitud de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales o derechos humanos¹⁴.

Es significativo observar que, desde la misma Teoría o Dogmática alemana de los Derechos Fundamentales, tradicionalmente introvertida, circunscrita al ordenamiento nacional, se haya planteado la necesidad de hacerla más comunicable y generalizable, lo que supone un esfuerzo de simplificación terminológica y conceptual y una búsqueda y proyección de líneas dogmáticas presentables en otros ordenamientos jurídicos, con miras a su valoración y eventual adopción¹⁵.

Por otro lado, en Latinoamérica puede apreciarse, en materia de derechos fundamentales o de derechos constitucionales, una recepción, a veces poco reflexiva, de construcciones jurídicas europeas o norteamericanas, así como un creciente interés por el conocimiento de previsiones normativas y criterios jurisprudenciales surgidos en países del mismo espacio geográfico-cultural, estimulado parcialmente por los procesos de integración económica y sobre todo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶. El impacto de esta jurisprudencia en nuestros países ha hallado respaldo en las extendidas cláusulas constitucionales de apertura a la garantía internacional de los derechos y en la doctrina del bloque de la constitucionalidad, lo que se ha visto reforzado en virtud del control de convencionalidad. A esto se agrega

¹⁴ SOMMERMANN, *op. cit.*, págs. 638 y ss.

¹⁵ JOSEF LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, *op. cit.*, págs. 31 y ss. y 427 y ss.

¹⁶ CARLOS AYALA, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", en *Estudios de derecho público* (Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón), vol. 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, págs. 153 y ss.

el despliegue de ciertas corrientes constitucionales compartidas en la región¹⁷, todo lo cual ha llevado a considerar con más atención los desarrollos de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y ha dado lugar a la formación de un *ius constitutionale commune* en América Latina¹⁸.

En relación con la influencia en Latinoamérica de la doctrina europea en materia de derechos fundamentales, España y Portugal han cumplido funciones de puente entre los dos “mundos”. Las afinidades entre las visiones de estos derechos en uno y otro lado del Atlántico están acompañadas de numerosas diferencias, relativas a la especial importancia otorgada entre nosotros a la protección internacional de los derechos humanos, a la significación de la tutela de los derechos sociales y al resguardo de la identidad de los pueblos o comunidades indígenas, entre otros aspectos.

Sin perjuicio de esas diferencias, en materia de derechos humanos se ha intensificado la exigencia de reconocimiento de un objeto común de garantía, y los estudios constitucionales se enfocan en categorías transversales a diversos sistemas constitucionales vinculadas al contenido, régimen jurídico y protección de los derechos fundamentales. Esta obra quiere contribuir a nutrir el “Derecho Constitucional transnacional”¹⁹ en formación, sustentado en los derechos fundamentales.

Este estudio también tiene una perspectiva comparativa, pues esta indagación sobre las condiciones para la restricción de los derechos fundamentales se hace con fundamento en distintos ordenamientos. Se prestará especial atención a la doctrina y jurisprudencia alemanas, consideradas una referencia obligada en la materia, por su contribución a la construcción de una Teoría de los Derechos Fundamentales que contiene numerosos elementos de relevancia general. Serán incorporados, además, aportes doctrinarios o jurisprudenciales provenientes del Derecho español y del Derecho colombiano, en los cuales se han adoptado y desarrollado, con matices específicos, categorías pertenecientes a la Teoría de los Derechos Fundamentales.

La finalidad directiva de la investigación es analizar los principios y técnicas básicos en el tratamiento de las restricciones a los derechos fundamentales, dejando de lado ciertas regulaciones particulares, secundarias o accidentales, de alguno de estos sistemas jurídicos, como sucede, por ejemplo, con la pre-

¹⁷ JESÚS M. CASAL, “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, en *Rechtsgeschichte*, 16 (2010), págs. 212 y ss.

¹⁸ ARMIN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (Coord.); *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, ts. I y II.

¹⁹ JAN-REINARD SIECKMANN, “Menschenrechte als transnationale Verfassungsrecht“, en MARTIN BOROWSKI y otros, *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2017, págs. 411 y ss.

visión de la Ley Fundamental alemana según la cual las leyes que restrinjan algún derecho fundamental deben incluir en su texto la mención del artículo constitucional contentivo de ese derecho, lo cual no será objeto de un examen detenido. Adicionalmente, es preciso advertir que esta investigación no profundizará en requerimientos formales específicos referidos a la observancia de la reserva legal.

Por último, este estudio incluye aspectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, básicamente en dos campos: primero, en la consideración de su incidencia sobre el tratamiento de temas constitucionales de la teoría de los derechos y, segundo, en el análisis de la significación de la noción de sociedad democrática prevista en instrumentos internacionales de derechos humanos en la evaluación de la licitud de las restricciones establecidas sobre estos derechos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a las condiciones para la limitación de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es distinto el ámbito material y espacial del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ni siquiera en lo concerniente a los derechos respectivamente consagrados cabría hablar de una identidad, no solo porque los derechos reconocidos en una y otra esfera pueden no coincidir en su número y alcance, sino también porque es posible constitucionalizar un derecho que no merezca el calificativo de derecho humano o derecho inherente a la persona y que carezca por lo tanto de la pretensión de universalidad propia de estos últimos, a lo que hay que sumar los eventuales matices en el tratamiento dogmático de los derechos. No obstante, desde una perspectiva más general, importa constatar que estamos asistiendo a una progresiva convergencia y mutua influencia entre el reconocimiento y protección de los derechos inherentes a la persona en el plano nacional y en el internacional, que también se hace apreciable en el examen de la teoría de los derechos.

3. PRECISIONES CONCEPTUALES

A) *Derechos humanos, derechos constitucionales o derechos fundamentales*

De lo hasta ahora expuesto, y del título de este trabajo, se desprende que se ha optado por la expresión *derechos fundamentales*, para aludir a los derechos garantizados constitucionalmente, con las precisiones que seguidamente se formularán. Al igual que PECES-BARBA, pienso que al tratar este tema no debe incurrirse en ningún sustancialismo lingüístico, es decir, en la creencia de que cada uno de los términos enunciados corresponde a una esencia de la que es inseparable²⁰. Como sucede con todo vocablo, su significación depende de

²⁰ GREGORIO PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pág. 37.

una estipulación de sentido, condicionada por el uso y el contexto cultural. A veces los textos jurídicos adoptan resueltamente un término para referirse a un determinado contenido, marcando la pauta para el análisis dogmático, pero en la materia que nos ocupa ello no siempre ocurre, por el carácter poco sistemático de algunos catálogos de derechos y por el empleo de vocablos diversos para designar a los derechos allí reconocidos. Ante esta ausencia de uniformidad semántica, se acude a categorías dogmáticas que deben ser definidas, así como debe quedar evidenciada la plausibilidad de su delimitación.

En relación con nuestro objeto de estudio, se entrecruzan los conceptos de derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales, entre otros, sin que resulte fácil establecer los linderos conceptuales entre cada uno de ellos. Esto se explica por la polisemia que acompaña a algunas de esas expresiones y por la variedad de perspectivas desde las cuales son utilizadas. A lo anterior se suma la discusión doctrinal en torno a su exacta definición, especialmente en relación con las nociones de derechos humanos y de derechos fundamentales. Sin pretender resolver esta controversia, que a menudo trasciende de lo terminológico a lo filosófico, en virtud de la estrecha conexión entre la fundamentación de estos derechos y el esclarecimiento de sus contornos conceptuales, se procurará esbozar las principales orientaciones que se observan en la doctrina comparada, para explicar la elección del término derechos fundamentales.

Los derechos humanos son, desde una perspectiva preponderantemente filosófica, el concepto fundante desde el cual se construyen jurídicamente los derechos constitucionales o derechos fundamentales, o los derechos humanos técnicamente entendidos, como derechos proclamados y protegidos internacionalmente. Diversos estudios dedicados a estos derechos procuran identificar sus fuentes o premisas éticas e histórico-políticas, para lo cual se acude por lo general a la dignidad humana que les sirve de fundamento y a la idea (o ficción) del estado de naturaleza y del contrato social, y se enfatiza su carácter de derechos que corresponden a la persona en su condición de tal y no en virtud de un título jurídico (adquisitivo), así como la pretensión racional de universalidad que les es propia²¹.

Los derechos humanos también son considerados como categoría inscrita en el Derecho Internacional Público, plasmada en tratados u otros instrumentos internacionales y cuya existencia puede ser afirmada a partir de las fuentes

²¹ Cfr. ROBERT ALEXY, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, 8, 2000, págs. 21 y ss.; E. TUGENDHAT, *Justicia y derechos humanos*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1992; ASDRÚBAL AGUIAR, *La protección internacional de los derechos del hombre*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1987, págs. 29 y ss.; ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 21 y ss.; EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, págs. 77 y ss.

jurídicas correspondientes²². En ocasiones esta noción jurídico-positiva es usada con una acepción genérica, aplicable a la consagración y protección de los derechos inherentes a la persona en el plano tanto interno como internacional, indistintamente. Solo con esta significación el concepto de derechos humanos resultaría útil para delimitar el objeto de la presente investigación, que no tiene por fin una indagación filosófica ni principalmente internacional sobre los derechos, pero en la actualidad la primera vertiente normativa del concepto, la internacional, está consolidada y hace aconsejable evitar la adopción del concepto de derechos humanos en un estudio cuyo enfoque es básicamente constitucional. Además, pese a sus grandes y crecientes convergencias, algunas de las cuales serán puestas de relieve en este trabajo, no deben desconocerse las diferencias entre el régimen internacional y el constitucional de los derechos de la persona, que comprenden el contenido y a veces el número de los derechos consagrados, así como las cláusulas o normas sobre su restricción. Estas divergencias son aceptables, siempre que, en lo concerniente a los derechos internacionalmente reconocidos, los mínimos exigidos sean satisfechos internamente.

La noción de derechos constitucionales es la que ofrece mayor claridad entre las arriba mencionadas. Al hablar de derechos constitucionales suele hacerse referencia al conjunto de derechos consagrados en un instrumento o instrumentos normativos del máximo rango, que integran la Constitución de un país. Esta perspectiva goza de una particular nitidez, pues se apoya en el dato empírico de la positivización en la norma constitucional de facultades que merezcan el calificativo de derechos. Este último término adolece por sí solo de una gran equivocidad y el debate sobre los perfiles dogmáticos de los derechos o derechos subjetivos es complejo y permanece abierto. Pero no es mi interés ahondar en este debate, sino centrarme en el calificativo que estos derechos reciban, lo que ahora se contrae al examen de los derechos *constitucionales*. Los derechos constitucionales son, pues, los garantizados por la Constitución de un Estado, con todo lo que ello implica en cuanto a su rango normativo y su fuerza jurídica.

Pese a la nitidez normativa o formal de esta expresión, ella nada dice acerca de las razones por las que un derecho ostenta o debe ostentar una jerarquía constitucional. Eso no significa que la expresión deba ser descartada, por cuanto el intérprete puede aportar estas razones, en atención a los procesos históricos que han conducido a la constitucionalización de ciertos derechos. En este sentido, buena parte de la doctrina latinoamericana tradicionalmente ha empleado la expresión *derechos y garantías constitucionales*²³, para

²² Vid. HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA, *Administración de justicia y derecho internacional de los Derechos Humanos*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1993, págs. 17 y ss.

²³ Vid. ALLAN BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. 2, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, págs. 463 y ss.; *Las garantías constitucionales de los Derechos*

referirse a derechos básicos de la persona consagrados en la Constitución y a las garantías para hacerlos efectivos. Pero la connotación marcadamente formal del término, junto a la recepción de aportes teóricos provenientes de ordenamientos europeos, ha abierto camino, también en Latinoamérica, a la expresión derechos fundamentales.

El concepto de derechos fundamentales surge en Europa y se ha extendido con gran amplitud en este continente. En cuanto al origen del término, algunos lo sitúan en la Francia prerrevolucionaria (*droits fondamentaux*) y otros han hallado algún antecedente en acuerdos de las colonias británicas en Norteamérica, en el siglo xvii (*fundamental rights*). Pero la expresión se consolidaría jurídicamente en Alemania, a partir de su irrupción en el debate constituyente de 1848-1849, que conduciría a la aprobación de la Constitución de 1849 (*Verfassung der Paulskirche*), la cual no llegó a entrar en vigor. Estos derechos serían luego consagrados en la Constitución de Weimar de 1919 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949²⁴.

La Ley Fundamental de Bonn otorgó a estos derechos una verdadera virtualidad jurídica y los acompañó de reglas y medios de garantía especiales, lo cual, junto a las contribuciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal, permitió la protección efectiva de estos derechos y la formación, en diálogo con la doctrina jurídica, de un acervo de principios que formaron una sólida dogmática de los derechos fundamentales. Ello explica la influencia que esta ha alcanzado fuera de las fronteras alemanas, en Austria, Suiza y, más allá del ámbito germánico, en España, Portugal y —en menor medida— en Italia. En el caso portugués y español, las Constituciones democráticas de 1976 y 1978, así como la doctrina y la jurisprudencia constitucional, siguen de cerca la regulación alemana de los derechos fundamentales.

Un paso decisivo hacia una mayor proyección europea del concepto fue dado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al sostener, desde 1969, que le corresponde proteger los derechos fundamentales de la persona en cuanto principios generales del Derecho comunitario, los cuales se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. De esta forma, la expresión derechos fundamentales empezó a ser utilizada para denominar ese conjunto de derechos básicos de la persona que, como patrimonio constitucional común, debían ser tutelados en la integración europea, dando lugar a un desarrollo jurisprudencial que ha desembocado en la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una de las

del Hombre, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976.; MARTÍN RISSO FERRAND, *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, págs. 462 y ss.

²⁴ Vid. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pág. 30; KLAUS STERN, “Idee der Menschenrechte und positivistät der Grundrechte”, en J. ISENSEE/J. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. V, Heidelberg, Müller, 1992, págs. 3 y ss.

singularidades de esta evolución es que aquí los derechos fundamentales se enlazan con los derechos humanos, sin perder su sentido propio, dado que aquellos son interpretados teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵.

Así, la expresión derechos fundamentales ha trascendido a la esfera supranacional o comunitaria, lo cual explica que hoy sea frecuente encontrar obras jurídicas dedicadas al estudio de los “derechos fundamentales europeos”, en alusión a los amparados en el ámbito de la Unión Europea, como también la referencia a un espacio europeo de los derechos fundamentales o a un Derecho Constitucional europeo, dentro del cual los derechos fundamentales ocupan un lugar central²⁶.

Paralelamente a esta relevancia normativa interna y comunitaria de los derechos fundamentales, se han producido contribuciones doctrinales que examinan estos derechos desde la óptica de la Filosofía del Derecho, o de la Teoría del Derecho y del Derecho Constitucional. El primer enfoque procura esclarecer las bases morales o racionales de los derechos fundamentales, entendidos a menudo como expresión sinónima de la de derechos humanos, en la acepción filosófica de esta última. A veces se introduce, sin embargo, el matiz de que los derechos humanos consisten en exigencias axiológicas derivadas de la dignidad humana que deben recibir un reconocimiento normativo, mientras que los derechos fundamentales se caracterizan por haber logrado ya la positivización²⁷. La segunda visión trata de establecer, al margen de la literalidad de una determinada Constitución, es decir, con prescindencia del uso del término derechos fundamentales en sus disposiciones, los contornos teóricos de la categoría de los derechos fundamentales, como concepto capital del constitucionalismo. Los estudios correspondientes usan la expresión derechos fundamentales para efectuar análisis teórico-generales o dogmático-comparativos centrados en los derechos constitucionalmente asegurados²⁸.

En la actualidad el término derechos fundamentales sobrepasa el análisis dogmático del ordenamiento jurídico alemán, o de otros ordenamientos

²⁵ Vid. TORSTEN STEIN, “La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, págs. 419 y ss.

²⁶ Vid. DIRK EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 2003.

²⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 44 y ss.

²⁸ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 37 y ss.; EVA BREMS (Ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Oxford-Portland, Intersentia, 2008; ALBRECHT WEBER, *Fundamental Rights in Europe and North America*, La Haya-Londres-Nueva York, Kluwer Law International, 2001; MIGUEL CARBONELL, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.

que incorporen de forma expresa esta fórmula. Incluso en los países cuyas Constituciones los mencionan, se elaboran doctrinas que no se aferran a los concretos datos semánticos, con frecuencia asistemáticos, sino que los reinterpretan para construir una noción de derechos fundamentales coherente y operativa. Un ejemplo de ello lo ofrece el Derecho español, pues su Título I bautiza a todos los derechos allí consagrados como fundamentales, a pesar de que solo la Sección 1ª de su Capítulo Segundo alude a los mismos, lo que no ha impedido a la mayoría de los autores sostener que todos los derechos previstos en el Capítulo Segundo del Título I, no en cambio los del Capítulo Tercero, relativo a los principios rectores de la política económica y social, merecen el calificativo de derechos fundamentales²⁹. En igual sentido apunta el Derecho colombiano³⁰.

Sin perjuicio de las diversas acepciones de los derechos fundamentales, una distinción que goza de amplia aceptación es la que reserva la expresión *derechos humanos* al plano de la proclamación y protección internacional de los derechos inherentes a la persona, mientras que la de *derechos fundamentales* es aplicada al reconocimiento y garantía de estos derechos, u otros considerados trascendentales en una comunidad política determinada, en el plano constitucional³¹. Seguiré esta distinción, dejando a salvo los puntos de conexión existentes entre ambos planos y las matizaciones que haré sobre el contenido posible de los derechos fundamentales. A continuación se intentará destacar los rasgos característicos de los derechos fundamentales, los cuales comprenden notas tanto formales como materiales, y se precisará el tipo de derechos fundamentales que, desde la óptica de sus restricciones, será examinado en este estudio.

Como apuntamiento terminológico final conviene advertir que la expresión derechos fundamentales también ha sido empleada en contextos o con sentidos distintos a los considerados hasta ahora. Así, se ha afirmado que, en materia

²⁹ Cfr., por todos, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 17 y ss.

³⁰ MANUEL CEPEDA, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997; NÉSTOR OSUNA PATIÑO, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

³¹ *Vid.*, en este sentido, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos”, en *Politeia* 26, 2001, pág. 115.; PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pág. 31; KLAUS STERN, *op. cit.*, págs. 3 y ss.; PEDRO CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, págs. 35 y ss. En la dirección de asociar los derechos fundamentales con los derechos constitucionalmente asegurados cfr. RICCARDO GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2007, págs. 215 y ss. En cuanto a la comprensión de los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados o positivizados cfr. MIGUEL CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, 2006, págs. 6 y ss.

de derechos humanos habría un grupo reducido de los derechos consagrados en tratados internacionales que merecerían el calificativo de fundamentales³². Sin menoscabo de la validez de estas distinciones, las mismas se sitúan en coordenadas distintas a las de este trabajo, pues, como ya adelanté, el conjunto de derechos que será examinado desde el flanco de sus restricciones no se determina con criterios puramente materiales, como el de su relevancia dentro de la Constitución, ni se pretende analizar esta temática respecto de un grupo reducido o prioritario de los derechos amparados constitucional o internacionalmente. Ello sin perjuicio de que el tratamiento de las restricciones a los derechos pueda tener modulaciones relacionadas con la significación general o abstracta del derecho afectado, a lo cual luego me referiré.

B) *Rasgos característicos de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales pueden ser definidos como derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o todo ciudadano en su condición de tal, por ser considerados primordiales para el pleno desarrollo del individuo. Estos derechos son en principio inherentes al ser humano, al igual que los derechos humanos propiamente dichos, pues históricamente esta ha sido la idea directiva que ha impulsado la consagración constitucional de determinados derechos, pero a este conjunto básico de derechos pueden sumarse otros que respondan a las peculiaridades de la evolución institucional y de la cultura jurídica de un país, que la Constitución correspondiente proclame aunque no merezcan el calificativo de ser inherentes a la persona, lo cual no forma parte, sin embargo, de la médula o eje conceptual de los derechos fundamentales.

Esta aproximación conceptual comprende dos elementos principales, uno formal, relativo a la garantía constitucional del derecho, que implica algo más que su previsión en la Constitución, y otro material, referido a la significación sustantiva de los derechos protegidos. Ambos elementos están presentes en la mayoría de las tentativas de definición o descripción de los derechos fundamentales.

Para confirmar este aserto pueden traerse a colación opiniones como la de STERN, quien estima que los derechos fundamentales se caracterizan por su “fundamentalidad, positividad y constitucionalidad”³³. La fundamentalidad se relaciona con su significación para la persona y para el sistema político-jurídico, la positividad con su condición de normas del derecho positivo y no de simples exigencias de derecho natural, y su constitucionalidad refleja la manera en que esa positividad se concreta en un ordenamiento jurídico.

En sentido análogo, ALEXY ha atribuido cuatro rasgos a los derechos fundamentales: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia

³² Vid. FAÚNDEZ, *op. cit.*, pág. 349.

³³ STERN, *op. cit.*, págs. 3 y ss.

de su objeto y su máximo grado de indeterminación. Su máximo rango se colige de la inserción de los derechos en la Constitución, norma suprema del ordenamiento; su máxima fuerza jurídica se basa en lo establecido en la propia Ley Fundamental, según la cual estos derechos vinculan a todos los poderes públicos, como disposiciones de eficacia inmediata (art. 1.3 LF); la máxima importancia de su objeto consiste en la relevancia del contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad; su máximo grado de indeterminación, por último, se pone de manifiesto en el carácter sucinto o lapidario —o abierto— de las disposiciones que los consagran³⁴. Los dos primeros aspectos mencionados guardan conexión con la nota formal de los derechos proclamados, mientras que el tercero atiende a su significación material. De esta manera queda plasmada, en la caracterización de ALEXY, la faceta formal y la faceta material antes señaladas. El último aspecto, relativo al máximo grado de indeterminación, es también formal y se refiere a la textura o estructura normativa de los derechos fundamentales. Este es un rasgo de los derechos fundamentales, o de los preceptos que los consagran, que tiene gran repercusión en su interpretación y en el papel que la jurisprudencia constitucional debe desempeñar en la precisión de su contenido, a lo cual luego me referiré.

Desde la perspectiva de la Teoría del Derecho suele destacarse la nota de la universalidad como propia de los derechos fundamentales, pero al respecto existen muchas discrepancias. Una difundida opinión favorable a la universalidad es la de FERRAJOLI, quien a partir de un enfoque puramente formal o estructural define los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”³⁵.

Esta definición tiene, según el autor, un carácter teórico y formal o estructural. Teórico porque, si bien toma en cuenta la regulación constitucional o legal de los derechos fundamentales en las actuales democracias, hace abstracción de su concreta formulación positiva y pretende fijar principios de valor general. Formal o estructural, porque no atiende a los contenidos de los derechos proclamados universalmente, de manera que “un derecho absolutamente fútil”, materialmente hablando, pero formalmente universal, sería un derecho fundamental³⁶.

Esta visión solamente formal (o estructural) del concepto de derechos fundamentales suscita serias dudas, entre otras razones porque sin considerar el contenido de estos derechos es muy difícil entender y justificar su universalidad. La vocación de universalidad, más que la universalidad, de los derechos

³⁴ ALEXY, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en MIGUEL CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 36 y ss.

³⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 37.

³⁶ Ídem, pág. 38.

fundamentales se explica por la naturaleza material de los derechos protegidos, que son reconocidos por ser inherentes a la persona, de forma que esos derechos potencian la universalidad del género humano, que se ve reflejada en los derechos fundamentales y, más aún, en los derechos humanos. La universalidad está por tanto asociada a la fundamentalidad de los derechos. Algunas matizaciones habría que hacer para captar la pretensión de universalidad de ciertos derechos, pero ello no cambia sustancialmente los términos de la cuestión. Los derechos políticos, por lo general privativos de los nacionales del Estado en que serán ejercidos, también pueden ser examinados desde la óptica de la inherencia a la persona, dado que, como hoy establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos, toda persona tiene derecho a la participación política en su país. En lo que atañe a derechos de corte social o prestacional, algunos de los cuales a veces quedan circunscritos a los ciudadanos, la tendencia constitucional e internacional apunta hacia la garantía de estándares mínimos para todos los habitantes de un Estado. Por otro lado, puede haber ciertamente derechos “fútiles” otorgados con exclusividad a los nacionales de un Estado o a toda persona, pero en este caso cabría dudar de su carácter de derechos fundamentales.

El planteamiento por FERRAJOLI de la nota de la universalidad en relación con los derechos fundamentales, y no solo respecto de los derechos humanos como es habitual, reviste gran interés. En ocasiones el ámbito de validez limitado de cada ordenamiento jurídico, sumado a la existencia de derechos constitucionales cuya titularidad no corresponde a toda persona, ha llevado a negar la universalidad como rasgo de los derechos fundamentales. Igualmente, el recorrido histórico de los derechos del hombre o de las libertades públicas, de los derechos fundamentales, o de los derechos humanos, ha sido en ocasiones representado como un proceso dialéctico en el que la original universalidad abstracta de los derechos (naturales) contrasta con la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, hasta desembocar en la síntesis de su protección universal y positiva. Sin embargo, los derechos fundamentales y su evolución también pueden ser visualizados desde la óptica de la universalidad, con las matizaciones antes formuladas, y la tendencia a la universalización puede ser concebida como un avance continuo, no exento de vicisitudes, hacia estadios cada vez más amplios de realización, que en una primera etapa discurre por los cauces del derecho nacional —los únicos que en realidad podían ser jurídicamente transitados por tales derechos en los siglos XVIII y XIX—, y que luego trasciende a la escena internacional, tras la evidencia histórica de la insuficiencia y los riesgos de una protección de tales derechos reducida a los confines de cada país.

Conviene ahora retomar la caracterización formal de los derechos fundamentales como derechos constitucionalmente garantizados. Esta garantía constitucional comprende aspectos que antes fueron mencionados, como el

máximo rango y la máxima fuerza jurídica. El máximo rango se deriva de la supremacía de la Constitución, y la máxima fuerza jurídica se sustenta en la operatividad normativa de las disposiciones constitucionales, a lo que se suman previsiones constitucionales dirigidas a subrayar la vinculación de todos los poderes públicos, incluso del legislador, a la Constitución y a los derechos en ella reconocidos. En esta dirección apuntan el citado artículo 1.3 de la Ley Fundamental y el artículo 53.1 de la Constitución española, que contemplan la vinculación general de la Constitución y reafirman la operatividad de los derechos aun en ausencia de una ley de desarrollo. Además, esta máxima fuerza jurídica no sería tal, ni cabría hablar de la *garantía* constitucional de derechos, si no estuvieran al alcance del individuo los medios procesales para hacer valer los derechos fundamentales. Esta visión de los derechos fundamentales también se ha hecho explícita en otros ordenamientos³⁷.

La alusión al contenido esencial del derecho se explica por los datos normativos de la Constitución española, que a la facultad legislativa de regular los derechos previstos en el Capítulo Segundo del Título I, impone la barrera de respetar su contenido esencial (art. 53.1), lo cual facilita además la distinción entre estos derechos, propiamente fundamentales, y los del Capítulo Tercero, que no tendrían tal condición.

También en la doctrina española ha sido puesto de relieve un rasgo relevante de los derechos fundamentales, el cual consiste en la resistencia (jurídica) que, en virtud de su carácter constitucional, oponen a cualquier intento estatal de reducir sus posibilidades de goce o ejercicio³⁸. Es una nota en verdad implícita en el rango constitucional, fuerza normativa y carácter vinculante de los derechos fundamentales, pero que resulta útil para examinar las relaciones del legislador con los derechos fundamentales. Se trataría de un concepto gradual o relativo, dado que estos derechos generalmente admiten restricciones, las cuales, a la luz de esta idea de resistencia, se sitúan contracorriente, por lo que los intentos legislativos de limitar los derechos fundamentales han de recorrer un amplio trecho y superar diversas pruebas para erigirse en restricciones válidas. La idea de resistencia se vincula con la de los derechos fundamentales como principios, o como principios de optimización, que será considerada posteriormente.

C) *Derechos comprendidos por la noción de derechos fundamentales*

En aras de una mayor precisión de la noción de derechos fundamentales, conviene preguntarse qué derechos quedan comprendidos en el concepto. Resulta claro que son derechos fundamentales los que reúnan los rasgos ya

³⁷ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, págs. 35 y ss.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 95 y ss.

señalados, pero el asunto demanda más atención al considerar las posturas que rechazan la admisión de ciertas categorías de derechos o aspiraciones en el elenco de los derechos fundamentales. También importa aclarar si el tema de las restricciones de los derechos fundamentales será examinado globalmente, en atención a todos los derechos de esta índole, o solo en relación con algunos de ellos.

La necesidad de identificar dentro del catálogo de derechos aquellos que merecen el calificativo de fundamentales ha surgido especialmente en ordenamientos cuyas Constituciones poseen una generosa declaración de derechos, en la que se entremezclan derechos, garantías institucionales y determinaciones sobre fines del Estado. El problema de delimitación se suscita sobre todo entre los derechos fundamentales y las determinaciones sobre fines del Estado. La Constitución española es un buen ejemplo de un intento por combinar la prolijidad del catálogo de derechos con la distinción entre los derechos fundamentales y otras categorías. La verdad es que el texto por sí solo no lo logra, como ya adelantaba, pues el uso de ese concepto es poco sistemático, pero la doctrina, con apoyo en la jurisprudencia, ha sabido decantar las fórmulas constitucionales hacia una interpretación que separa de los derechos fundamentales los principios rectores de la política económica y social previstos en el Capítulo tercero del Título I, dado que la propia Constitución señala que estos principios “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.2). Este condicionamiento de tales principios a la aprobación de las leyes de desarrollo los excluye, según una extendida opinión, del concepto de derechos fundamentales³⁹.

Ha sido puesta en duda la racionalidad de la inserción de algunos derechos en el Capítulo Tercero en lugar de en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, como también de la fijación de la frontera de los derechos fundamentales entre el Capítulo Segundo y el Capítulo Tercero, pero la orientación de la Constitución española es la ya señalada. En cualquier caso, la esbozada delimitación del alcance de los derechos fundamentales puede ser válida en el ordenamiento constitucional español, lo cual no implica que esa sea la solución aconsejable para otros sistemas. En particular, las pretensiones o aspiraciones recogidas en dicho Capítulo Tercero no deben estar necesariamente excluidas del concepto de derechos fundamentales y de las correspondientes garantías. Por el contrario, algunas de las disposiciones de ese Capítulo aluden a derechos, como la igualdad entre los hijos con independencia de la filiación, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente adecuado, entre otros, que podrían estar incluidos dentro de los derechos fundamentales, como ocurre

³⁹ *Vid.*, la síntesis y matizaciones de JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 17 y ss.

en algunas Constituciones. De ahí que certeramente se haya aseverado que “si los derechos sociales que derivan de los denominados principios rectores del capítulo III se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales,... sino que ello obedece más bien a la voluntad constituyente”⁴⁰.

El centro del debate en torno a la amplitud de la noción de derechos fundamentales gravita, pues, sobre los llamados derechos sociales, que algunos autores excluyen del ámbito de aquel concepto. Ciertamente, las concepciones tradicionales sobre los derechos fundamentales han sido adversas a admitir derechos de esa índole en el elenco de derechos constitucionalmente garantizados. La propia Ley Fundamental es una muestra de una declaración de derechos de orientación preponderantemente liberal, reacia al reconocimiento de derechos de esa clase, aunque no tanto como suele creerse, pues asegura algunos derechos típicamente prestacionales, como el derecho de toda madre a la protección y asistencia social (art. 6.4).

No obstante, en los últimos lustros han surgido estudios y se han sentado criterios jurisprudenciales que están conduciendo a un replanteamiento de los términos de la discusión. En primer lugar, ha sido puesto de manifiesto que la categoría de los derechos sociales carece de la homogeneidad conceptual con que se le pretendía emplear, para contraponerla a la de los derechos de libertad. Dentro de los derechos sociales, como segunda generación u oleada de derechos, se encuentran derechos de estructura similar a la de los clásicos derechos liberales, tal como sucede con el derecho a la libertad sindical. En paralelo, los clásicos derechos de libertad poseen relevantes dimensiones prestacionales y algunos son típicamente prestacionales, por lo que el contenido prestacional del derecho, sobre el cual han gravitado las reservas a la aceptación de los derechos denominados sociales como verdaderos derechos, no es exclusivo de estos. En segundo lugar, se observa la tendencia a abandonar la tajante separación entre los derechos sociales y otros derechos constitucionales y a sustituirla por una adecuada precisión dogmática de las formas de operatividad y garantía de los derechos prestacionales⁴¹.

La Constitución Política de Colombia es igualmente ilustrativa sobre lo endeble que puede llegar a ser la formulación constitucional de compartimientos separados entre los derechos de la persona, con una inclinación a colocar a los derechos predominantemente prestacionales en una posición secundaria desde el punto de vista de sus garantías. Así, dicha Constitución denomina como fundamentales a los derechos consagrados en el Capítulo I de su Título II, mientras que su Capítulo II está dedicado a “los derechos sociales, económicos y cul-

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, *Estudios.*, *op. cit.*, pág. 190.

⁴¹ Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 419 y ss.

turales”. Los derechos del Capítulo I quedan sujetos a un procedimiento especial, eventualmente más agravado, de reforma (art. 377). Asimismo, la gran mayoría de los derechos allí recogidos gozan, según el artículo 85 de la Constitución, de aplicación inmediata y su artículo 86 reconoce la acción de tutela para la protección de los “derechos constitucionales fundamentales”, lo que pudiera entenderse referido exclusivamente a los derechos incluidos en el Capítulo I del Título II, como inicialmente lo interpretó el Consejo de Estado colombiano⁴². Esta posición se basa en un criterio formal que fue considerado sin embargo “insuficiente, incompleto e inapropiado”⁴³. Ello porque, entre otras razones, algunos derechos ubicados fuera de ese Capítulo eran calificados expresamente como fundamentales y porque el artículo 94 de esa Constitución, en términos similares al artículo 50 de la Constitución de Venezuela de 1961 y al artículo 22 de la vigente, contiene una apertura a derechos inherentes a la persona humana que no figuren en el texto constitucional y “es claro que los derechos inherentes a la persona son fundamentales”⁴⁴. La Corte Constitucional de Colombia optó tempranamente por una lectura del asunto que no atiende únicamente al criterio formal apuntado y que tiene en cuenta las circunstancias del caso⁴⁵. Por esta vía han sido amparados, mediante la acción de tutela, facetas prestacionales de ciertos derechos, o derechos típicamente prestacionales⁴⁶, como el derecho a la salud, situados fuera del Capítulo I. El derecho a la salud ha sido ya protegido jurisprudencialmente como un derecho fundamental autónomo⁴⁷.

Seguir una modalidad de consagración generosa respecto de derechos fundamentales sociales o de carácter prestacional tiene consecuencias jurídicas de las que se debe ser consciente en el proceso de elaboración constitucional. La elección entre una u otra opción no es, sin embargo, completamente libre, pues la técnica de inserción de esos derechos no debe ir en detrimento de derechos humanos internacionalmente reconocidos, que los Estados se hayan comprometido a proteger.

No son ya de recibo, en todo caso, las tesis que han pretendido descartar la presencia de derechos principalmente prestacionales en un catálogo de derechos fundamentales. No hay razones para excluir de plano a los primeros del estatus jurídico y de los niveles de protección propios de los segundos. Así, la garantía del derecho a la salud ofrece sin duda problemas de implementación

⁴² MANUEL CEPEDA, *op. cit.*, pág. 2.

⁴³ Ídem, pág. 3.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Idem, págs. 4 y ss.

⁴⁶ ÓSCAR DUEÑAS, *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000, págs. 7 y ss.

⁴⁷ *Vid.* entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-010 de 2019 y T-001 de 2018.

especiales, dado que su satisfacción depende en cierta medida de la disponibilidad de recursos económicos, pero dentro de los límites de lo posible para cada país son muchas las situaciones en las que este derecho, como derecho directamente invocable desde la Constitución (originario), puede hacerse valer judicialmente con una eficacia similar a la de los derechos de libertad. La protección de la salud por el Estado no solo se manifiesta mediante la construcción de nuevos hospitales y el mejoramiento de la infraestructura y los servicios sanitarios, que no siempre será posible en virtud de las limitaciones presupuestarias, sino también mediante la correcta administración y uso de lo disponible. En este sentido, en el ámbito internacional han sido reconocidas obligaciones estatales de cumplimiento inmediato en relación con este y otros derechos sociales, que ilustran sobre sus virtualidades jurídicas⁴⁸.

Una muestra de la relatividad de la contraposición tradicional entre los derechos fundamentales y las aspiraciones colectivas que estarían reflejadas en los derechos sociales, es la incorporación de algunos derechos de gran contenido prestacional y social en declaraciones de derechos fundamentales supuestamente homogéneas, como sucede con el artículo 27 de la Constitución española, perteneciente al núcleo duro de los derechos fundamentales, que goza de la tutela del amparo y cuyo desarrollo normativo debe producirse mediante una ley orgánica. Dicho precepto consagra el derecho de todos a la educación, con implicaciones prestacionales, ello a pesar de las cargas económicas públicas que su disfrute comporta y de la posibilidad de satisfacción progresiva en función de los recursos disponibles, lo cual no ha conducido a negar su carácter de derecho fundamental, ni siquiera en relación con estos aspectos prestacionales.

Algo parecido sucede con los criterios jurisprudenciales que, en sistemas con declaraciones de derechos concisas y predominantemente liberales, como la de la Ley Fundamental, han incorporado al ámbito protegido por un derecho fundamental contenidos relacionados con un fin estatal, externo al catálogo de derechos fundamentales, lo cual ha sucedido en materia de tutela del medio ambiente y de la salud, entre otras. El reconocimiento de las dimensiones prestacionales de ciertos derechos fundamentales ha conducido a desarrollos de gran calado, como lo evidencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de acceso a la educación superior, derivado de la libertad de elección de profesión, puesto de trabajo o centro de enseñanza (profesional) previsto en el artículo 12.1 de la Ley Fundamental, en concordancia con el principio general de igualdad y el principio del Estado social. Pese a que, como admitió el Tribunal, tal derecho fue concebido principalmente como un derecho de defensa frente a intervenciones estatales sobre la libertad

⁴⁸ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, págs. 65 y ss.

de elección en los referidos campos, decidió que aquel también comprende el acceso a las instituciones educativas, con lo cual el individuo participa o disfruta de prestaciones estatales (*Teilhabe an staatlichen Leistungen*), y deja abierta la posibilidad de reconocer un mandato constitucional y, en ciertos supuestos, una pretensión individual, judicialmente exigible, de proporcionar puestos de estudio suficientes, adicionales a los existentes, en las distintas disciplinas⁴⁹.

En el Derecho alemán impera la visión según la cual el legislador debe configurar el contenido de las prestaciones exigibles relacionadas con una norma constitucional de la cual se deriven obligaciones de esa índole. Ello con el trasfondo de una Constitución reacia a la consagración de derechos sociales o principalmente prestacionales⁵⁰. De ahí que la admisión de contenidos iusfundamentales o derechos de carácter prestacional haya sido producto principalmente de la jurisprudencia constitucional, la cual ha dejado a salvo la reserva del legislador en la determinación concreta de la medida positiva reclamable, cuya obra normativa queda no obstante sujeta a control de constitucionalidad. Las posibilidades de este control eran en un comienzo un tanto inciertas, de la mano de categorías como la de una reserva de lo posible que correspondería al legislador apreciar o la del reconocimiento del carácter meramente mediato o derivado de eventuales derechos constitucionales prestacionales que no estén expresamente consagrados en la Ley Fundamental, y dada la dificultad de canalizar procesalmente las respectivas posiciones subjetivas⁵¹, pero la jurisprudencia se ha decantado en la dirección de aceptar la garantía judicial de derechos fundamentales prestacionales, al menos en relación con la protección de la dignidad humana⁵².

Una sentencia demostrativa de esta orientación es la dictada el 9 de febrero de 2010 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, relacionada con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas contrarias al derecho a un mínimo existencial⁵³. El asunto fue planteado ante dicho Tribunal en virtud de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas porque en tres procesos tramitados ante tribunales de la jurisdicción social se reclamaba el pago o reconocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación, lo cual había sido negado en primera instan-

⁴⁹ BVerfGE 33, 303 (329 y ss.).

⁵⁰ Son prestacionales los derechos garantizados en el art. 6, párr. 4 (derecho de la madre a la protección y asistencia), y en el art. 1, párr. 1, frase segunda (derecho a la protección, no solo al respeto, de la dignidad humana), de la Ley Fundamental. Esta vertiente prestacional de la garantía de la dignidad humana se ha deducido al interpretar ese derecho en concordancia con el principio del Estado social (art. 20, párr. 1).

⁵¹ Vid. MICHAEL SACHS, *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Berlín, Springer, 2002, págs. 39 y ss.

⁵² LOTHAR MICHAEL/MARTIN MORLOK, *Grundrechte*, Baden-Baden, 2020, pág. 269.

⁵³ BVerfG, 1 BvL 1/09 de 9 febrero 2010.

cia pero dio lugar, ante el tribunal de apelación o de revisión, con apoyo en la opinión de expertos, a que se elevara la cuestión de inconstitucionalidad, pues los tribunales correspondientes consideraban que la regulación era, en aspectos diversos, inconstitucional. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución.

Sin entrar en los detalles de la controversia interesa subrayar que el Tribunal Constitucional Federal aseveró que había sido lesionado el “derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana”, derivado del artículo 1, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana), en conexión con el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental (principio del Estado social). Este derecho fundamental, que se traduce en una “pretensión prestacional constitucional inmediata”, fue calificado de “indisponible” por el legislador, sin perjuicio de que la formulación concreta de las prestaciones destinadas a proteger ese mínimo existencial es tarea del legislador, que cuenta con un importante campo de configuración normativa en la materia. Por otra parte, se reiteró que el control judicial correspondiente ha de limitarse, en lo que atañe al resultado o alcance específico de la prestación, a verificar si esta es evidentemente insuficiente, pero se agregó que este control de evidencia va acompañado de un control sobre la razonabilidad y transparencia del procedimiento o método seguidos para fijar la cuantía de aquella. Estos criterios no se consideraron cumplidos en el caso examinado, lo que condujo a una declaración de (mera) inconstitucionalidad y a la fijación de un plazo dentro del cual las disposiciones afectadas debían ser revisadas por el legislador a través de un método aceptable. Con la particularidad de que, en el caso de normas que al reconocer ciertos beneficios partían de las situaciones regulares o promedio, lo cual no fue objetado por la sentencia, pero no comprendían los supuestos singulares de personas que tuvieran ciertas necesidades especiales adicionales asociadas a la garantía del mínimo existencial, lo que sí fue estimado inconstitucional, el Tribunal Constitucional Federal ordenó a la Federación dar cobertura a esas prestaciones superiores a las previsiones legislativas hasta la promulgación de la nueva regulación, según los criterios contenidos en ese fallo judicial.

Obsérvese que esta sentencia, si bien mantiene la posición de principio relativa al papel de los jueces y del legislador en esta materia, refuerza el anclaje constitucional subjetivo del derecho reconocido al considerar la pretensión prestacional respectiva como inmediatamente constitucional. Además, la concreción de las prestaciones reclamables quedó en manos del legislador, pero ello no impidió al Tribunal Constitucional Federal dictar una orden provisional dirigida a asegurar, en las situaciones especiales señaladas, beneficios eventualmente superiores a los legalmente establecidos. A lo cual se añade un *iter* procesal en el cual la exigencia subjetiva inicial de mayores prestaciones pudo

canalizarse mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces correspondientes. De esta forma, la aproximación alemana al problema de la justiciabilidad de derechos prestacionales en ausencia o por encima de la ley tiene algunos puntos de conexión con la perspectiva dominante en Latinoamérica.

La posibilidad de reclamar judicialmente la satisfacción de una pretensión subjetiva ha sido invocada a menudo como condición para el reconocimiento de un verdadero derecho, y con base en ello algunos han negado esta cualidad a los derechos llamados sociales. Sin embargo, su tutela jurisdiccional a veces no se encuentra contemplada porque en un estadio determinado del pensamiento jurídico, de la praxis judicial o de la regulación procesal de un ordenamiento jurídico a ciertos derechos no se les reconoce la justiciabilidad. Es decir, la falta de justiciabilidad puede ser una deficiencia o carencia del ordenamiento en la protección de un derecho, antes que un criterio que excluya la existencia del derecho⁵⁴. Téngase presente que en la Teoría del Derecho se objeta la tesis según la cual es imprescindible que alguien cuente con el poder jurídico de exigir judicialmente a otro la observancia de una pretensión para que pueda hablarse de un derecho subjetivo. Con razón se ha dicho que “La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad; cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho este es también justiciable”⁵⁵. Por otro lado, la justiciabilidad es un atributo que admite gradaciones, ya que entre el ejercicio de acciones judiciales demandando de manera directa el cumplimiento pleno de pretensiones subjetivas originarias fundadas en la Constitución y la sola posibilidad de impugnar las leyes que ignoren enteramente pretensiones subjetivas prestacionales hay puntos intermedios.

No sería pertinente ahondar más en este asunto. Basta con advertir que el presente estudio sobre las restricciones a los derechos fundamentales dejará de lado las particularidades que suscita la aplicación del concepto de restricción (legislativa) a los derechos prestacionales. Se trata de una temática que ha sido objeto de importantes aportes doctrinales, que apuntan, aunque no de manera pacífica, en la dirección de someter tales derechos, al igual que las acciones u omisiones del Estado respecto de los mismos, a un esquema dogmático semejante al empleado con los derechos de libertad, pero matizado en

⁵⁴ NÉSTOR OSUNA PATIÑO, *op. cit.*, pág. 24. *Vid.*, igualmente, RODOLFO ARANGO, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”, en ARMIN VON BOGDANDY y otros (Eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, 2011, págs. 17 y ss.; *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

⁵⁵ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, pág. 496.

muchos aspectos⁵⁶. Sí aludiré, en cambio, a los problemas dogmáticos que plantea el reconocimiento de algunas facetas prestacionales de los derechos fundamentales, sobre todo cuando son invocadas para justificar la restricción de un derecho fundamental.

También importa aclarar que, dentro de las clases o tipos de derechos fundamentales usualmente admitidos, a partir de criterios estructurales o funcionales, esta investigación se centrará en los derechos de defensa, los cuales amparan esferas de libertad individual que pretenden permanecer exentas de intervenciones estatales. Esta clase de derechos se distingue de los derechos de prestación (en sentido amplio) y de los derechos de igualdad. Tal como sucede respecto de los derechos de prestación, existen matices, según algunos, o verdaderas diferencias, según otros, entre los derechos de igualdad y los derechos de defensa, que hacen discutible la aplicación a los primeros del esquema dogmático elaborado para examinar la licitud de las intervenciones estatales en los segundos, lo cual no será profundizado en este trabajo.

⁵⁶ MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998, págs. 123 y ss.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES

Una premisa capital para el desarrollo de cualquier estudio sobre la restricción de derechos fundamentales es la consideración de la posibilidad misma de la limitación de estos derechos, así como la determinación del sentido atribuido a la noción de restricción y su diferenciación de conceptos afines. Aunque la existencia de limitaciones a los derechos fundamentales tal vez parezca una evidencia que no requeriría de especial sustentación, son muchas las discusiones y dudas que su admisión ha suscitado, lo cual ha tenido grandes consecuencias en la construcción de las teorías de los derechos fundamentales. Puede afirmarse que uno de los grandes criterios divisorios de las posturas doctrinales vertidas en materia de derechos fundamentales gravita sobre la visión que se tenga acerca de los derechos y sus límites, pues mientras algunos procuran resolver previamente, en la fase misma de definición del alcance protector del derecho, problemas relacionados con el eventual choque del derecho con otros bienes jurídicos, muchos tienden a interpretar de forma amplia su supuesto de hecho para luego verificar, desde el ángulo de las restricciones, si procede o no la garantía definitiva de la posición subjetiva aducida.

En este contexto, se observa una tensión entre los derechos y sus limitaciones, en la cual los primeros hacen valer su condición de norma constitucional que vincula de manera general e inmediata, sin estar supeditada a disposiciones subalternas, y las segundas se presentan con el respaldo de los propios preceptos constitucionales, que autorizan la imposición de restricciones, o de otros derechos o bienes constitucionales que demandan tutela. Mientras que los primeros ofrecen mucho, las segundas los reconducen a los cauces de lo posible o de lo políticamente aceptado en un determinado ordenamiento y en las concretas circunstancias en que este es aplicado, sin que sea lícito hacerlo de manera injustificada o excesiva.

1. LA ADMISIÓN DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es preciso comenzar por el examen de la admisibilidad de las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, lo cual me lleva a partir de una constatación que raya en lo obvio pero que no ha estado exenta de discusiones teóricas: los derechos fundamentales son en principio limitables y, más aún,

por lo general están llamados a soportar alguna restricción de su ejercicio. Es conveniente examinar escalonadamente diversas manifestaciones de la limitabilidad de los derechos fundamentales.

El primer límite de los derechos viene dado por su propia extensión material o, en otras palabras, por sus linderos, pues no hay un derecho materialmente universal o de ámbito indeterminado¹. La Constitución, al consagrar un derecho, le imprime el sello de un determinado contenido normativo, que puede ser genérico pero no por ello inconmensurable. En este primer sentido de los límites, más bien impropio, todo derecho es limitado, pues tiene contornos que el intérprete debe dilucidar. Sin necesidad de entrar a examinar la existencia de posibles límites inmanentes a los derechos, a lo que luego me referiré, es indudable que cada derecho posee una silueta que demarca su ámbito protector. Este primer nivel de los límites puede quedar comprendido en el término de limitación constitucional del derecho, sobre lo cual volveré.

Sin embargo, en un sentido más exacto del término, los derechos fundamentales se encuentran no solo delimitados sino que por lo general son además limitables. Limitables desde afuera, en virtud de la intervención de los órganos competentes del Estado y siempre que hayan sido colmadas las condiciones establecidas en la Constitución. De ahí que no pueda sostenerse, a mi juicio, que los derechos humanos o fundamentales son absolutos², pues comúnmente sucede lo contrario, es decir, que admiten, dados ciertos presupuestos, su limitación. Pocos derechos humanos o derechos fundamentales pueden calificarse de absolutos.

Uno de los derechos que suele ser invocado al hablar de derechos absolutos es el derecho a la vida, dado que representa la base para el disfrute de los demás derechos. No obstante, en los Estados que aún prevén y aplican la pena de muerte, previa realización de un proceso rodeado de todas las garantías y sin quebrantar los tratados internacionales que se hayan ratificado u otras obligaciones internacionales, cabría decir que tal derecho ha sufrido una restricción. Fuera de este caso excepcional, y que se sitúa a contracorriente con el desarrollo del Derecho Penal y del Derecho Internacional Público, puede mencionarse el caso de la muerte de una persona provocada en legítima defensa de la vida de otra, el cual, aunque no suponga una restricción al derecho a la vida contemplado globalmente, en la medida en que la acción defensiva

¹ Ni siquiera en ordenamientos que, como el alemán, reconocen un derecho general de libertad, de contornos no del todo definidos, al cual cuando menos cabe contraponer un derecho general de igualdad; *vid.* ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 376.

² *Vid.*, sin embargo, la opinión de GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, quien los considera absolutos, aunque desde otra perspectiva, como luego apreciaremos: JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, “Los límites de los derechos fundamentales”, en BETEGÓN/LAPORTA/DE PÁRAMO/PRIETO SANCHÍS (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 437 y ss.

contra el agresor vaya dirigida a proteger la vida y no otro bien subalterno, basta para descartar el carácter absoluto del derecho respecto de su titular. Un poco más allá parece situarse el uso de armas de fuego en supuestos como los previstos en el artículo 2.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³, pues si no está en peligro la vida de otra persona podría incluso hablarse de una restricción de este derecho, aunque la tendencia en esta materia debe ser considerar ilícitas las medidas coactivas letales desligadas de la protección de la vida de otro u otros.

El carácter absoluto de los derechos humanos o fundamentales ha sido defendido desde la óptica de una teoría de la justicia basada en los derechos y en conexión con la significación que ostentan en el sistema jurídico, que determinaría su preeminencia sobre otros bienes o exigencias. El carácter absoluto de cada derecho solo quedaría relativizado ante otro derecho, o a lo sumo ante bienes colectivos enunciados en la Constitución que habrían de ser asumidos como instrumentales respecto de los derechos y que pueden justificar limitaciones externas⁴. Que solo la libertad pueda limitar a la libertad es un postulado contrario a la evidencia, el cual ha sido desvirtuado con buenos argumentos⁵. Que la libertad solo pueda ser limitada por la libertad misma o por bienes colectivos instrumentalizados a ella es también objetable. No solo porque la sociedad es algo más que una simple agregación de individuos, sino por la dificultad de escindir los bienes colectivos ontológicamente instrumentalizados de los que no lo estarían. La admisión de limitaciones (externas) a los derechos con apoyo en tales bienes colectivos basta, en todo caso, para negar el carácter absoluto de aquellos. La instrumentalización de los bienes colectivos a los derechos fundamentales es, por lo demás, una salida que no pasa de ser retórica si no es capaz de exhibir una diferenciación racional entre bienes constitucionales que estarían (directamente) al servicio de los derechos y otros que no lo están, negando respecto de los segundos su aptitud para fundar limitaciones. Sin embargo, tampoco cabe aseverar que no hay derechos absolutos⁶.

³ Art. 2.2: “La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

”a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

”b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

”c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

⁴ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *op. cit.*, págs. 444 y ss.

⁵ *Vid.* JOSEPH RAZ, “Right-based moralities”, en *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, págs. 193-216; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Estudios...*, *op. cit.*, pág. 86; GREGORIO PECES-BARBA, *op. cit.*, págs. 587 y ss.

⁶ Como afirma JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, *Los Límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 35 y ss.

Pese al individualismo que acompañó su primera formulación, los derechos del hombre se insertan en un contexto social y político sin el cual no pueden ser comprendidos. La pertenencia de la persona a la sociedad política, al tiempo que explica la importancia del reconocimiento de sus derechos fundamentales como límites frente a los gobernantes, abona también la necesaria convivencia de unos derechos con otros y, por consiguiente, su mutua contención, lo que se traduce en el establecimiento de restricciones legislativas. Ningún derecho consistente en realizar acciones individuales que pueden afectar la esfera subjetiva de los demás puede ser absoluto, ya que tal derecho desquiciaría el orden social y devoraría a los derechos con los que entre en colisión.

Pero algunos derechos, relativos a ciertos atributos de la persona o a situaciones a las que no es lícito someterla, pueden ser reconocidos en términos absolutos; así ocurre en instrumentos internacionales y en preceptos constitucionales con la prohibición de la tortura o de la esclavitud, o con el derecho al nombre, a la personalidad jurídica o a una nacionalidad, entre otros. Se ha objetado el carácter absoluto de derechos como la prohibición de la tortura, con el argumento de que en este supuesto no estaríamos ante un verdadero derecho autónomo, sino ante elementos o garantías especiales del derecho a la integridad física⁷, pero este planteamiento no luce concluyente, pues la conexión que pueda establecerse entre una prohibición específica y un derecho más general no despoja a aquella de su carácter absoluto. Un asunto distinto, que no será considerado en este momento, es si la caracterización de estas prohibiciones como normas que tendrían la naturaleza de reglas, con arreglo a la diferenciación desarrollada por ALEXY, conduciría a aceptar que, pese a su condición de mandatos definitivos, no son absolutos pues serían susceptibles de ponderaciones y, en consecuencia, podrían ceder en ciertas circunstancias ante principios opuestos.

⁷ Ídem, págs. 41 y ss. Aquí el autor alude a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han considerado diversas circunstancias para concluir en la existencia de tratamientos que puedan calificarse como tortura (métodos empleados, duración, efectos físicos y psíquicos, edad y estado de salud del afectado) lo cual, según el autor, llevaría aparejado un análisis de proporcionalidad, y menciona la posibilidad de que, en relación con el delito de torturas, operen causas excluyentes de la responsabilidad penal (estado de necesidad, inimputabilidad, indulto). Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha admitido que la prohibición de tortura sea limitable y la consideración del contexto y circunstancias de aplicación de un determinado trato a un detenido no implica realizar un examen de la proporcionalidad de una supuesta limitación, sino representa una interpretación del concepto relativamente indeterminado de tortura, que no ha de cambiar porque el Estado invoque razones de mucho peso para practicarla. En cuanto a la eventual exclusión de la responsabilidad penal (individual) en casos particulares, la misma está severamente limitada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en los casos en que proceda, no debe ser confundida con la violación de derechos humanos que siempre se produce cuando una persona es torturada.

Al carácter limitable de la mayoría de los derechos hay que sumar la circunstancia de que frecuentemente lo son y con cierta amplitud. La limitación de derechos fundamentales no es un episodio esporádico o inusitado en la dinámica de los derechos sino más bien una experiencia común. El ordenamiento jurídico contiene innumerables disposiciones que introducen condicionamientos o limitaciones al disfrute o ejercicio de derechos constitucionales, cuyo carácter restrictivo a menudo pasa inadvertido, porque los cuerpos normativos correspondientes solo tangencialmente inciden en un derecho o porque se considera obvia la justificación de la restricción. Basta echar un vistazo al Código Penal o a la legislación procesal penal de países democráticos para comprobar la veracidad de este aserto. Los derechos están pues llamados a menudo a convivir con restricciones, lo que no excluye que algunas de estas puedan ser combatidas aduciendo su inconstitucionalidad. Los derechos fundamentales no han de sufrir necesariamente restricciones, por lo que el derecho y su restricción son cosas distintas y escindibles, pero es posible y probable que sean sometidos a restricciones, para garantizar otros derechos o bienes jurídicos de especial entidad.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, al sostener:

“[L]os derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos”⁸.

Esta habitual injerencia del Estado en zonas abarcadas por derechos fundamentales, y el diverso alcance de la regulación de los derechos efectuada por el legislador, que no siempre lo hace para restringirlos sino también para complementar su contenido, ha llevado a algunos a un replanteamiento de las relaciones entre la ley y los derechos que subraya su contribución a la configuración del derecho⁹. No obstante, la admisión de una extensa regulación legislativa de los derechos no ha de conducir a clausurar el arsenal de técnicas protectoras de los derechos fundamentales frente a leyes restrictivas, mucho menos a redefinir los mismos a partir de su configuración legal. Ello obliga, ante todo, desde la perspectiva del constitucionalismo, a afinar los controles jurídico-institucionales destinados a evitar que, en un tiempo en el que el Estado

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sent. C-246 de 2017.

⁹ *Vid.*, por todos, PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Müller, 1983.

social demanda en variados terrenos la intervención estatal, los derechos sean limitados de manera injustificada. Porque conceptualmente en la democracia constitucional la regla sigue siendo la libertad y su limitación la excepción, como tendré ocasión de explicar.

Esto pone de relieve la importancia del estudio de las restricciones de los derechos y de las condiciones para su fijación en toda democracia constitucional, por cuanto el derecho fundamental no es tanto lo que la Constitución genéricamente proclama, cuanto la fuerza jurídica que aquel haya efectivamente desplegado para limitar el ejercicio del poder y lo que reste del derecho tras considerar sus restricciones. El derecho consagrado tiene un valor jurídico esencial *antes* o *durante* la operación de restricción, pues contiene los criterios para medir la constitucionalidad de las disposiciones limitadoras, pero una vez que estas han superado esa prueba, explícitamente, mediante una sentencia judicial que declara su licitud, o tácitamente, en razón de su aceptación general y mientras aquella no sea desvirtuada, esas disposiciones se convierten en auténticas restricciones. Para los titulares del derecho, y para el cabal funcionamiento de la democracia constitucional es, por tanto, primordial que el derecho no haya sido limitado sin justificación, y es también relevante saber cuáles son los espacios reales de libertad que los poderes públicos, incluyendo al poder judicial, encargado de examinar la licitud de las leyes restrictivas, han dejado a salvo.

Por eso se ha afirmado que la previsión de un amplio ámbito protegido en materia de derechos no es un indicador de la robustez de la tutela jurídica de la que estos gozan, la cual ha de medirse más bien con base en los presupuestos exigidos para imponer restricciones, siendo esencial la existencia de controles adecuados¹⁰. De nada sirve que el constituyente haya sido generoso al plasmar derechos fundamentales, si lo que estos prometen es recortado severamente por los poderes constituidos, hasta el punto de poner en duda su lealtad al pacto constitucional. Cuando las Constituciones reconocen derechos fundamentales pretenden que estos alcancen una vigencia efectiva y tan amplia como sea posible, lo cual no debe ser burlado mediante restricciones legislativas excesivas, por lo que la validez de las mismas está supeditada al respeto del principio de proporcionalidad y del contenido esencial del derecho, entre otras exigencias, según se analizará más adelante.

Al abordar conceptualmente la posibilidad de las restricciones a los derechos fundamentales suele plantearse un interrogante al cual destinaré el próximo apartado: ¿cómo puede el legislador restringir lo que viene ya delimitado y garantizado por la Constitución?

¹⁰ ANIKA LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften*, Baden Baden, Nomos, 2004, pág. 19

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU LIMITACIÓN LEGAL

No deja de suscitar dudas establecer que un derecho fundamental, asegurado por tanto constitucionalmente, pueda ser limitado o restringido por normas de rango inferior, como lo son las leyes. Si un derecho está consagrado en la Constitución y ella misma lo configura o delimita, es difícil aceptar que uno de los poderes constituidos lo restrinja. Pero esta dificultad comienza a disiparse si tenemos en cuenta que el legislador, cuando regula el derecho fundamental, no pretende ni puede reducir el alcance de la garantía constitucional del derecho, sino tan solo complementar la normativa constitucional ciñéndose estrictamente a ella. El legislador no puede negar lo que la Constitución ha garantizado. La clave está pues en definir lo que en materia de derechos ha sido garantizado por la Constitución.

Cuando la Constitución reconoce la libertad personal o la libertad de expresión no está prescribiendo que las personas no pueden ser detenidas en circunstancia alguna o que pueden expresar sus pensamientos sin miramientos ni barreras de ninguna clase. Solo está asegurando esferas de libertad de las que en principio sus titulares han de disfrutar pero que pueden ser acortadas o comprimidas si se cumplen las condiciones que la propia Constitución impone, las cuales van dirigidas a reservar a una instancia democrática, plural y representativa la deliberación sobre la necesidad de la injerencia y a excluir restricciones injustificadas o excesivas. La garantía constitucional del derecho comprende estas exigencias que debe satisfacer todo intento estatal de restringir el derecho y no solo el ofrecimiento de espacios para el disfrute del derecho. Ambos elementos son expresión de los derechos fundamentales y ello explica que las leyes que los restringen no cercenan o relativizan mandatos constitucionales ligados al derecho, sino que, por el contrario, han tenido que observarlos para ser válidas.

En la dogmática de los derechos fundamentales la diferencia entre lo “prometido” por el derecho fundamental y lo que este realmente asegura ha sido explicada con diversas herramientas conceptuales y terminológicas. Resulta ilustrativa la distinción realizada por GALLWAS entre dos formas de garantía de los derechos fundamentales: la que se refiere a la sustancia del derecho consagrado y la que comprende exigencias formales que los poderes públicos deben observar para limitarlo. Cuando las disposiciones constitucionales relativizan o prevén la posibilidad de relativizar las modalidades de actuación en principio (*prinzipiell*) amparadas por un derecho fundamental, dan cabida a su limitación, la cual será conforme a la Constitución si llena los requisitos establecidos para tal fin¹¹. Bajo variadas formulaciones, pero con una orien-

¹¹ HANS-ULLRICH GALLWAS, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970; *vid.* también, del mismo autor, *Grundrechte*, Neuwied, Luchterhand, 1995, págs. 2-3, 28-30.

tación similar, es usual diferenciar el ámbito inicialmente protegido por el derecho del ámbito de su garantía efectiva, situándose en medio de los dos la posibilidad de la restricción¹².

La distinción entre reglas y principios y su desarrollo en el campo de los derechos fundamentales clarifica aún más estos rasgos de la garantía jurídica que proporcionan los derechos fundamentales, al subrayar que las disposiciones sobre derechos fundamentales comprenden tanto principios como reglas. Los primeros son mandatos *prima facie*, no definitivos, que obligan a preservar o realizar el contenido de cada derecho tan ampliamente como sea posible, lo cual se traduce, para su titular, en que en principio puede disfrutarlo a plenitud, sin que ello impida someterlo a restricciones cuando lo exijan principios opuestos. Las segundas son en cambio mandatos definitivos, que integran una totalidad, esto es, un derecho fundamental, junto con el principio con el que están vinculados¹³.

Sin perjuicio de las precisiones que haré respecto de esta distinción, una de sus implicaciones más relevantes es que de los derechos fundamentales, en cuanto principios, no se derivan posiciones jurídicas definitivas, sino solo *prima facie*, aunque pueden hacerse definitivas si, al presentarse una colisión con otros derechos o principios contrapuestos, los doblegan tras superar exitosamente una ponderación referida al caso o situación concreta. Las reglas como las contenidas en el artículo 104.2 de la Ley Fundamental que excluye una detención policial que sobrepase el día siguiente al de la privación de libertad, y en los artículos 28 y 32 de la Constitución colombiana, que prohíben la detención sin una orden judicial, salvo el caso de flagrancia, sí tienen el carácter de mandatos definitivos, aunque según la teoría de los principios no necesariamente son absolutos, como veremos.

En suma, la intervención restrictiva del legislador en los derechos fundamentales no es en sí misma ilícita. La base constitucional formal de la ley restrictiva suele hallarse en una disposición de la Constitución que prevé la intervención normativa del legislador en el derecho o derechos proclamados, mediante cláusulas generales de reserva-restricción referidas a todos los derechos, o cláusulas específicas de algunos de ellos. De esta forma, la propia Constitución abre las puertas para la limitación, por la ley, del derecho o derechos consagrados.

Sin embargo, en el Derecho alemán la situación se complica porque la Ley Fundamental enuncia varios derechos que están previstos sin reserva, es decir, sin incluir una reserva o remisión a la ley que permita introducir restricciones,

¹² ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 81 y ss.; M. BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 29 y ss.; GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988, págs. 25 y ss.

¹³ ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 81-138, 240 y ss.

y que se formulan sin aludir a límite alguno, a pesar de que el ejercicio de algunos de ellos, como la libertad religiosa o de conciencia o la libertad artística o científica (arts. 4.1, 4.2 y 5.3), fácilmente pueden provocar colisiones con otros derechos o bienes jurídicos. Este asunto será luego examinado con más detenimiento, pero es importante ahora señalar que la jurisprudencia se ha inclinado por aceptar la regulación legislativa de derechos consagrados sin reserva, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución que tiene en cuenta no solo cada derecho en forma aislada, sino también los demás derechos y bienes constitucionales, cuya protección puede justificar la restricción de aquellos derechos (*kollidierendes Verfassungsrecht*)¹⁴.

Es importante aclarar que lo expuesto supone asumir una visión de los derechos que se aviene en lo esencial con la denominada teoría externa sobre los límites de los derechos fundamentales, por oposición a la teoría interna. Para esta última teoría, en su versión más extrema¹⁵, el derecho constitucionalmente delimitado no puede ser adicional y externamente restringido, en virtud de la perspectiva sistemática desde la cual cada derecho ha de ser analizado. El derecho fundamental no es solo lo que prescribe la disposición específica que lo proclama, sino lo que a partir de ella cabe interpretar a la luz del conjunto normativo en que se inserta. Así, la libertad de expresión no protegería la manifestación de toda clase de ideas u opiniones en cualquier circunstancia, sino la de aquellas que en una consideración global del ordenamiento constitucional, o del ordenamiento a secas, son admisibles. El derecho fundamental no podría ser propiamente restringido por el legislador, al cual le correspondería concretar o explicitar sus límites (inmanentes), como manifestación del contenido del derecho. La esfera de libertad jurídicamente amparada por el derecho fundamental coincidiría con la situación de pleno disfrute del derecho, por lo que la distinción entre la protección *prima facie* y la protección definitiva, resultante de la inexistencia de una restricción válida, pierde sentido.

Luego tendré ocasión de abordar con mayor detalle esta teoría. Por lo pronto es suficiente con señalar que la teoría interna, al negar las restricciones establecidas externamente sobre el derecho fundamental y aceptar solo límites internos o inmanentes, no asegura mayores ámbitos de libertad. Al contrario, los pone en riesgo al permitir la entrada de consideraciones de diversa índole, externas al derecho mismo individualmente considerado, en la determinación,

¹⁴ Vid., entre otras sentencias, *BVerfGE* 30, 173; 49, 24. BODO PIEROTH/BERNHARD SCHLINK, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Heidelberg Müller, 2009, pág. 78; MICHAEL SACHS, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, en KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, Múnich, C. H. Beck, 1994, págs. 513 y ss., con más referencias jurisprudenciales y doctrinales.

¹⁵ Sobre las distintas versiones de la teoría interna vid. BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 31 y ss.

por no decir reducción, de la esfera que protege, sin sujetarse a los pasos racionales, y a veces ni siquiera a las garantías formales, que la teoría externa reclama para evitar restricciones injustificadas o arbitrarias.

3. LA LIBERTAD COMO REGLA Y LA RESTRICCIÓN COMO EXCEPCIÓN

La esbozada caracterización de la relación entre el derecho fundamental y sus restricciones encuentra un basamento más general en el *modelo o esquema de la regla y la excepción*, aplicado a la libertad y a las limitaciones establecidas por el Estado. Este modelo o esquema, en su aplicación a la relación entre la libertad y el poder político, ha sido defendido desde dos ópticas que no son excluyentes. Según algunos autores este esquema es puramente formal¹⁶, o neutral¹⁷, es decir, nada dice acerca del peso o magnitud de los contenidos, individuales o colectivos, que han de ser considerados dentro de la regla de la libertad o dentro de la excepción de la restricción. Se trataría de un mecanismo técnico que ordena el examen de las limitaciones a los derechos fundamentales, y que se manifiesta en la premisa de que todo lo no prohibido está permitido, estimada por muchos un presupuesto lógico de todo ordenamiento estatal y no solo de los de orientación liberal¹⁸. Mientras que, con un enfoque que incorpora lo material, se ha sostenido que tras dicho mecanismo puede o ha de encontrarse una opción constitucional a favor de la libertad, que tiene consecuencias dogmáticas o hermenéuticas¹⁹.

Pese a su carácter primeramente formal, resulta difícil desvincular tal mecanismo de los principios materiales fundamentales del Estado constitucional. En el acervo político y filosófico de esta clase de Estado se encuentra la idea de que las libertades que en el estado de naturaleza, concebido como ficción y no como realidad histórica, eran derechos naturales, no solo sobrevivieron a la creación de la sociedad política, insertos ahora en un ordenamiento jurídico, sino que también determinan la razón de la existencia del Estado y trazan los límites de su legitimidad. Esta concepción original sobre el ámbito de las libertades y el de la autoridad quedó plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que erige la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre en finalidad de todas las asociaciones políticas y que coloca a la libertad y a los derechos como la regla

¹⁶ JÜRGEN SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Shadel, 1977, págs. 60 y ss.

¹⁷ SACHS, “Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte”, en STERN, *Das Staatsrecht...*, *op. cit.*, págs. 17-18.

¹⁸ *Vid.*, por todos, SCHWABE, *ídem.*

¹⁹ GALLWAS, *Faktische...*, *op. cit.*, págs. 46-48; *vid.* también la posición claramente material que, desde la perspectiva de la cláusula general de libertad, ha mantenido LUÍS MARÍA DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

y a su limitación como la excepción, necesitada de una base legal y de justificación suficiente²⁰.

A estas relaciones entre la libertad y la autoridad se refirió SCHMITT, al analizar los dos principios esenciales del Estado burgués de Derecho y de las Constituciones modernas: un principio sobre la distribución o reparto (sustantivo) y uno sobre la organización del poder. El primero se traduce en que la libertad de los individuos es *ilimitada en principio*, a diferencia de la potestad del Estado para intervenir en esta esfera, que *por principio es limitada*; su cristalización jurídico-constitucional son los derechos fundamentales. El segundo principio está al servicio del señalado reparto y consiste en la separación o división de los poderes²¹.

Estos postulados han sufrido modificaciones, que se vinculan, primeramente, con la transición del Estado *liberal-burgués* al Estado *social* de Derecho, la cual ha comportado una intensificación de las injerencias de los poderes públicos en la sociedad, y la asunción de sus nuevas funciones no como simples desarrollos fácticos o circunstanciales sino como expresión del concepto constitucional del Estado. Además, los derechos fundamentales o constitucionales ya no son mayoritariamente concebidos como las libertades naturales o pre-estatales de un individuo aislado, sino como derechos jurídicamente definidos, que se relacionan con atributos o situaciones de la persona y con su pertenencia a la comunidad, con variados enfoques y énfasis.

Sin embargo, el principio de que la regla es la libertad y su restricción la excepción conserva su valor y su conexión con las opciones constitucionales básicas. El carácter social del Estado o, como suele sostenerse en el Derecho alemán, el principio del Estado social, no implica abandonar los pilares jurídico-políticos del Estado de libertades, en particular la contraposición teórica entre la idea de la libertad como punto de partida, como contenido sustantivo independiente del reconocimiento del Estado y de sus leyes, por un lado, y un poder estatal puesto al servicio de los derechos de la persona y obligado a justificarse cada vez que pretenda recortar la libertad constitucionalmente asegurada, por otro

²⁰ Así se desprende de los arts. 2, 4 y 5 de la Declaración, entre otros:

Art. 2. “La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión”.

Art. 4. “La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

Art. 5. “La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena”.

²¹ SCHMITT, *op. cit.*, págs. 126-127.

lado. En cumplimiento de sus fines sociales, e incluso del deber de proteger derechos fundamentales clásicos o de satisfacer derechos sociales (prestacionales), el Estado está llamado a desempeñar un papel no solo de invasión o injerencia en una esfera subjetiva en principio inexpugnable, sino también de tutela, configuración y satisfacción de los propios derechos fundamentales, así como de compatibilización de su ejercicio con otros derechos y con intereses públicos. La lesión de estos derechos puede derivarse tanto de las acciones como de las omisiones de las autoridades públicas. Pero la posición sustantiva de la libertad y del poder político en el sistema jurídico, conforme al esquema de la regla y la excepción, no se invierte ni se disuelve, aunque resulte mitigada significativamente.

De la relevancia o conexión material del esquema de la regla y la excepción no se colige una aproximación cuantitativa²² en la cual los espacios de intervención estatal deban ser en la realidad muy pocos, en virtud de la excepcionalidad de las restricciones. Pero sí se deduce una carga argumentativa especial y controles finamente articulados dirigidos a impedir restricciones injustificadas de los derechos fundamentales fundadas en intereses colectivos. Y ello se explica no necesariamente porque los primeros sean más importantes que los segundos, sino sobre todo por el punto de partida teórico e histórico del Estado constitucional: la necesidad de frenar o contener al poder estatal, en atención a los daños que para la libertad pueden derivarse de su extralimitación y de su degeneración en despotismo. Aun aplicando correctamente estos principios y controles, el alcance de la intervención estatal en la vida social y particular puede ser bastante grande, lo que, desde la óptica de los derechos fundamentales, es aceptable si no se comprimen las libertades hasta el punto de pretender suprimirlas, frente a lo cual puede entrar en escena la garantía del contenido esencial de tales derechos.

Una plasmación constitucional de las relaciones entre la libertad y sus restricciones en el Estado constitucional se halla en los artículos 2.1 de la Ley Fundamental y 16 de la Constitución colombiana, que consagran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, asumido como principio, que en el caso alemán ampara las manifestaciones genéricas o inespecíficas de la libertad humana y solo puede ser limitado si su ejercicio lesiona los derechos de los demás o el orden constitucional o la ley moral (art. 2.1 LF), y en Colombia (art. 16) se refiere especialmente a la protección de la autonomía individual y representa un principio constitucional que es “orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales”²³. En ambos ordenamientos es posible

²² Sobre la significación cuantitativa y no solo metodológica que, en concepciones como la de SCHMITT, se atribuye al principio de la libertad como regla y la restricción como excepción, cfr., en sentido crítico, LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, págs. 67 y ss.

²³ Sent. T-542 de 1992.

interpretar que el respectivo precepto no solo reconoce un derecho residual de libertad, sino también explicita la adopción constitucional del principio formal-material de la libertad como regla y de su limitación como excepción. El respaldo normativo de la concepción material que subyace o acompaña al esquema de la regla y la excepción se encuentra además, en cuanto concierne a la Ley Fundamental, en los preceptos que colocan a la *dignidad humana* y a los *derechos humanos* como cimientos del ordenamiento jurídico-político (arts. 1.1, 1.2 y 79.3 LF), y en la especial fuerza jurídica reconocida a los derechos fundamentales (art. 1.3 LF). La Constitución colombiana posee una orientación similar, aunque la proclamación de la dignidad humana y de los derechos constitucionales (arts. 1º y 2º) se entrecruza con objetivos colectivos, como “la solidaridad”, “la prevalencia del interés general”, “la prosperidad general”, “la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (arts. 1º y 2º), por lo que cabe sostener que su talante liberal no es tan marcado como el de la Ley Fundamental. Esta conclusión resulta abonada por la generosa consagración de derechos sociales o prestacionales en la Constitución, aunque esto no lleva consigo una alteración cualitativa de los principios antes bosquejados sino una diferencia de grado.

En relación con la Ley Fundamental, LINDNER afirma que el modelo o mecanismo de la regla y la excepción, concebido formal y materialmente, tendría cuatro componentes. Primero, la presunción de partida a favor de una protección de la libertad exenta de lagunas, que se hace patente en la comprensión de los derechos fundamentales como posibilidades de realización de las libertades —o intereses individuales—, amparada constitucionalmente, y en el reconocimiento de un derecho general de libertad que acoge toda libertad no comprendida por derechos especiales. Segundo, la admisión de la relativización de tal presunción, es decir, de la limitación de la libertad, a título excepcional. Tercero, la exigencia de una fundamentación constitucional para la relativización o excepción, y cuarto, un principio de reparto de la carga de la argumentación o justificación, el cual hace recaer sobre el Estado la obligación de demostrar que el acortamiento de la libertad tiene sólido sustento, cuya inobservancia determina el pleno disfrute de la libertad²⁴.

El primer componente es característico de la Ley Fundamental, en virtud de lo dispuesto en su artículo 2.1 y de la interpretación jurisprudencial que este ha recibido. Importa advertir, sin embargo, que el esquema de la regla y la excepción no necesariamente ha de comportar la consagración de una protección omnicompreensiva de la libertad mediante los derechos fundamentales, pues las Constituciones pueden delimitar las parcelas de libertad en las que estos rigen, guiadas por el propósito, cabe añadir, de reconocer todo derecho inherente a la persona.

²⁴ JOSEF LINDNER, *op. cit.*, págs. 212 y ss.

En definitiva, la teoría de los derechos confiere generalmente a estos una singular fuerza normativa cuando se trata de afrontar intervenciones estatales en los respectivos ámbitos protegidos. Aquí los derechos despliegan de lleno su resistencia a la injerencia y desencadenan una carga de justificación que recae sobre las autoridades²⁵. Ello rige aun cuando estas hayan actuado para amparar otro derecho fundamental o bien constitucional. La consolidación de las posturas referidas a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales tiene sin duda proyecciones sobre la fijación de limitación a su ejercicio, que pueden manifestarse particularmente en la temática de la eficacia entre particulares de tales derechos o en la de los deberes estatales de protección.

Junto a la formulación del efecto de irradiación, con el cual están imbricados, los deberes de protección de los derechos fundamentales han sido calificados como puntos de inflexión en el despliegue de la Constitución como norma básica para todo el ordenamiento jurídico. Salta a la vista su significación potencial para la constitucionalización, pues el poder público tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales de la persona frente a agresiones provenientes de terceros, para impedir su vulneración, con lo cual el derecho exige no una abstención sino una actuación indeterminada en el plano constitucional. A primera vista esta construcción dogmática podría conducir a una hiperconstitucionalización, y a un intervencionismo estatal desmesurado, ya que son múltiples las medidas de protección de derechos fundamentales que ante diversas situaciones sería posible calificar de necesarias para impedir que resulten infringidos y que, según la tesis, vendrían constitucionalmente impuestas. De ahí que algunos autores hayan planteado objeciones relacionadas con la virtual supresión del campo de decisión del legislador, atrapado entre un deber constitucional de actuación derivado de la obligación de protección y la prohibición, también constitucional, de excederse en la restricción de otro derecho que normalmente estaría en conflicto²⁶. Sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina mayoritarias han formulado criterios tan abiertos respecto al despliegue de deberes de protección²⁷.

Al contrario, se ha establecido, en primer lugar, que la exigencia protectora que en ciertas condiciones puede dimanar de los derechos fundamentales va dirigida principalmente al legislador, sin perjuicio de su significación en la esfera interpretativa-aplicativa. Aquel ha de definir los supuestos y alcance de la intervención protectora, con sujeción a la reserva legal, y goza de una amplia facultad de apreciación y decisión sobre los medios que sean necesarios para encarar el riesgo de violación del derecho. Por regla general el ámbito

²⁵ MICHAEL/MORLOK, *op. cit.*, págs. 33-34 y 258.

²⁶ K.-E. HAIN, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?* DVBl, 1993, págs. 982 y ss.

²⁷ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 28 y ss. y 72-73.

del control jurisdiccional sobre el legislador se reduce a verificar, cuando la protección es necesaria, que haya sido satisfecho un mínimo aceptable. Además, la jurisprudencia es cautelosa al reconocer que está en juego esta faceta del derecho y la ha admitido básicamente en relación con la garantía del derecho a la vida u otros contenidos iusfundamentales, cuando entran en consideración circunstancias especiales²⁸. Se ha subrayado, asimismo, que la responsabilidad del Estado respecto de riesgos para la libertad provenientes de la acción de terceros no implica una obligación omnicomprendensiva de intervención, sino que se vincula con situaciones de necesidad de protección jurídica, las cuales demandan que el Estado asuma la posición de garante²⁹. La vertiente objetiva de los derechos fundamentales no puede equipararse a la de índole subjetiva en lo que atañe a su naturaleza, alcance y forma de hacerse operativa procesalmente.

La admisión de los contenidos jurídico-objetivos de los derechos fundamentales ha sido objeto de críticas que advierten sobre la evolución hacia un “Estado jurisdiccional de justicia constitucional”, lo cual tendría que contrarrestarse recuperando el concepto de derechos fundamentales reducido a los derechos subjetivos de libertad frente al Estado³⁰. Sin embargo, es muy discutible que la jurisprudencia constitucional anterior y posterior a ese pronóstico le brinde sustento, siendo además artificiosa la tesis que no acepta como posible un punto medio (o varios en una escala) entre el despliegue de efectos de principio o jurídico-objetivos de los derechos fundamentales, que conduciría progresivamente al Estado jurisdiccional, y el esquema clásico de la dimensión jurídico-subjetiva de tales derechos, como única alternativa a ese tipo de Estado, la cual preservaría la función decisiva del Parlamento para la creación del Derecho³¹. Es igualmente equívoco aseverar que bajo este último modelo la configuración del ordenamiento en sus contenidos sustanciales corresponde a la libertad política y ciudadana, no al tribunal constitucional, pues en la medida en que algunos de ellos se encuentren en la Constitución dicho tribunal tendrá algo que decir en ejercicio de su función de control y el legislador no podrá invocar una libertad política para desconocerlos. El retorno a una visión puramente jurídico-subjetiva de la eficacia de los derechos fundamentales no permite, por tanto, reservar al legislador la configuración de todos los contenidos sustanciales del ordenamiento, aunque sí pueda reducir el alcance de la intervención jurisdiccional, aunque a costa de la debida protección de los derechos frente a nuevas amenazas. En todo caso, a diferencia

²⁸ Ídem.

²⁹ MICHAEL/MORLOK, *op. cit.*, págs. 262 y ss.

³⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, págs. 133 y ss.

³¹ En la dirección de defender la pertinencia de tales vías intermedias *vid.* DIETER GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort, Suhrkamp, 1994, págs. 221 y ss.

de lo expuesto por esa tesis dicotómica, la búsqueda de vías intermedias entre las alternativas bosquejadas es lo que ha dominado en el desarrollo de la constitucionalización y de los derechos fundamentales.

4. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS RESTRICCIONES LEGISLATIVAS

A) *La distinción entre reglas y principios*

El tratamiento de las restricciones a los derechos fundamentales y, sobre todo, la explicación de la limitabilidad de estos derechos están frecuentemente acompañados de un análisis de la estructura de las normas que consagran estos derechos, es decir, de una indagación acerca de sus rasgos distintivos, en especial en lo concerniente a las peculiaridades de la vinculación jurídica que de ellas dimana.

En tiempos recientes, la tesis estructural que ha adquirido mayor relevancia es la que ha introducido y desarrollado la distinción entre reglas y principios en el campo de los derechos fundamentales. Esta distinción ha alcanzado gran difusión a partir de su tratamiento por DWORKIN³², y ha sido clarificada y matizada por ALEXY³³, quien se apoya también en aportes de la doctrina germánica³⁴ anteriores a la formulación de DWORKIN.

No es mi propósito explicar pormenorizadamente dicha tesis; baste con indicar que, de acuerdo con la concepción de ALEXY, la cual ha tenido gran repercusión en el mundo iberoamericano³⁵, las disposiciones o preceptos sobre derechos fundamentales pueden contener dos clases de normas: principios o reglas. Los primeros serían mandatos de optimización, que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios admiten un cumplimiento gradual, pues lo exigido por ellos no siempre será atendible de manera total, dados los obstáculos reales o normativos que pueden interponerse. Los obstáculos de tipo normativo son otros principios o reglas que se le opongan, lo cual ha de resolverse mediante una ponderación entre los principios en conflicto, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. Mientras que las reglas exigen un exacto cumplimiento, al ser mandatos definitivos, con la salvedad que enseguida haremos, y no solo

³² RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, págs. 14 y ss.

³³ ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 81 y ss.

³⁴ JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterliche Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr, 1956.

³⁵ Entre otras muchas obras *vid.* CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

prima facie. Si se reconoce, mediante un procedimiento de subsunción, una regla válida aplicable a un caso, esta debe ser seguida completamente. Los conflictos entre dos reglas se resuelven determinando cuál es la regla válida, mas no mediante la ponderación, pues ninguna admite gradualidad en su observancia, sin perjuicio de las situaciones en que la fuerte presión ejercida por algún principio conduzca a introducir una excepción en la regla, que ve así relativizado su carácter definitivo. Los principios se miden en la dimensión del peso, las reglas en la dimensión de la validez. El principio de proporcionalidad es un criterio fundamental para hacer viable la optimización jurídica y fáctica de los derechos como principios³⁶.

La contribución más visible de esta distinción para el estudio de los derechos fundamentales reside en que la naturaleza de los derechos fundamentales como principios, en lo que atañe a la libertad o derecho genéricamente reconocido, es precisada y analizada en sus diversas implicaciones. La novedad estriba no en la caracterización de estos derechos como principios, sino en las consecuencias que de allí se han extraído para la teoría de los derechos fundamentales. Es también importante identificar la parte de la disposición sobre derechos fundamentales que merece el calificativo y el tratamiento de regla, pero en un primer plano se encuentra la consideración de estos derechos como principios. La preponderancia de los principios queda además evidenciada en que, en último término y para mantener su carácter definitivo, las reglas dependen de la fortaleza de los principios que las respaldan, si entran en conflicto con otras reglas o con otros principios. De ahí que con cierta frecuencia se hable, indistintamente, de los derechos fundamentales como principios y se engloben con esta expresión los demás elementos de la tesis antes esbozada, también denominada teoría de los principios³⁷.

Un aspecto de esta tesis que no puede ser omitido es el sello que deja en ella el momento judicial o aplicativo del Derecho. El tratamiento de los derechos fundamentales como principios de optimización sujetos a ponderación intenta explicar tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que frecuentemente ha debido acudir a esta vía de resolución de los conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes constitucionales, lo cual tuvo una concreción muy significativa en las colisiones planteadas respecto de derechos constitucionalmente consagrados sin reserva (de restricción) alguna. La propia conceptualización de los derechos como principios está llamada a desembocar, y tal vez desde allí es concebida, en los casos concretos en que lo ordenado (*prima facie*) por un derecho fundamen-

³⁶ ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 81 y ss.

³⁷ Vid. ALEXY, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en MACCORMICK y otros, *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*, Stuttgart, Steiner, 1985, pág. 22, la expresión se encuentra también en su *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 104 y 147; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 61 y ss.

tal no se realiza, o no de manera completa, en atención a lo exigido por otro principio constitucional. Es más, el alcance de lo efectivamente requerido por una norma de derechos fundamentales se determinaría sobre todo a la luz de los precedentes sucesivamente establecidos al dirimir tales colisiones, que se traducirían en reglas para los casos futuros³⁸.

B) *Objeciones a la teoría de los principios*

Se ha extendido la comentada distinción entre reglas y principios, pero ha suscitado reservas o ha sido sometida a matizaciones que conviene examinar, sin apartarnos del propósito central de este estudio³⁹. Puede diferenciarse entre las posturas que rechazan en elementos básicos la teoría desarrollada por ALEXY y las que, aun siguiéndola en lo sustancial, formulan aclaraciones u observaciones. Algunas críticas de fondo van dirigidas contra el sentido de la distinción entre reglas y principios o contra la idea de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y advierten además sobre sus riesgosas implicaciones constitucionales. Otras objeciones responden a una distinta concepción de la teoría de las normas jurídicas o a una distinta visión teórico-normativa de las cuestiones abordadas por ALEXY.

Puede reseñarse primeramente la opinión de SACHS⁴⁰, quien ha estimado insuficiente la referencia al texto de las disposiciones sobre derechos fundamentales como indicación para el reconocimiento del nivel de las reglas; ha observado la petición de principio que pudiera comportar el perfilamiento de los principios como normas que requieren normalmente de ponderación para su aplicación; y ha puesto en duda el sentido de distinguir entre las reglas y los principios para luego integrarlos en una misma norma de derecho fundamental con carácter doble.

Adicionalmente, al objetar la comprensión de los derechos fundamentales como principios y, desde una perspectiva histórica, los intentos por definir estos derechos como normas (objetivas) con carácter directivo o de principio, carentes de una estricta fuerza vinculante, el autor subraya que, a tenor del artículo 1.3 de la Ley Fundamental, el punto de partida ha de ser la búsqueda, en toda disposición sobre derechos fundamentales, de su “contenido normativo definitivo, estrictamente vinculante”⁴¹. La circunstancia de que en un caso particular un derecho deba ceder ante otra disposición constitucional

³⁸ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 115 y ss. y 535-540.

³⁹ Algunas objeciones pueden verse en MASSIMO LA TORRE, “Nueve críticas de los derechos fundamentales de Alexy”, en AGUSTÍN MENÉNDEZ/ERIK ERIKSEN, *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs. 77 y ss.

⁴⁰ SACHS, “Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte”, en KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, Múnich, C. H. Beck, 1988, págs. 501 y ss.

⁴¹ Ídem, pág. 503.

no alteraría esta conclusión ni autorizaría a emplear el concepto de principio, que ofrece el gran peligro de llevar aparejada una relativización más amplia de la pretensión de validez del derecho fundamental como tal. La relativización que pueda producirse en el plano de la aplicación del Derecho no debería proyectarse al de la validez. Finalmente, el hecho de que la praxis de la jurisprudencia constitucional esté marcada por la ponderación y de que pueda ser adecuadamente representada mediante un modelo de los derechos fundamentales como principios, debería conducir a examinarla críticamente conforme al postulado de la estricta fuerza vinculante⁴².

Otras reservas recaen sobre la calificación de los derechos fundamentales como principios que implican mandatos de optimización. Una de ellas es la de HABERMAS⁴³, quien estima riesgoso el debilitamiento de los derechos fundamentales que resultaría de la admisión de una realización gradual, como la otra cara de una optimización que no siempre puede ser lograda, lo cual abriría la puerta a ponderaciones judiciales proclives a la irracionalidad. En la base de esta crítica, que se extiende a la jurisprudencia constitucional sobre los derechos como expresión de un orden de valores, está la idea de que ni los principios jurídicos en general ni los derechos fundamentales en particular deben ser tratados como valores. Estos tienen carácter teleológico y son susceptibles de realización parcial, mientras que las normas poseen un sentido deontológico y vinculan sin excepción a sus destinatarios.

La equiparación de los principios y de los derechos fundamentales a los valores sería su objeción central a la jurisprudencia constitucional y a la tesis de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, pues ello privaría a estos derechos de su carácter de barreras cortafuegos y, en la concepción de DWORKIN, de triunfos frente a pretensiones de imposición de fines (colectivos). De ello se derivarían una serie de consecuencias en el plano aplicativo, entre las que sobresale la tendencia a dirimir las colisiones entre derechos y otras normas constitucionales mediante ponderaciones, como si de valores se tratara, y a resolverlas irracionalmente analizando costos y beneficios, en detrimento de la naturaleza normativa de los derechos fundamentales. Todo esto convertiría al Tribunal Constitucional Federal en una instancia autoritaria, en términos argumentativos, lo cual afectaría además la esfera de competencias del legislador⁴⁴.

⁴² Ídem, págs. 504-505.

⁴³ JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, págs. 309 y ss.

⁴⁴ Ídem.; *vid.* la respuesta de ALEXY a estas objeciones de HÄBERMAS: ALEXY, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 14 y ss.; “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en BERND SCHILCHER/PETER KOLLER/BERND CHRISTIAN FUNK, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Österreich, 2000, págs. 46 y ss.

En una dirección distinta se ha objetado que los derechos como mandatos de optimización exigirían demasiado al legislador y reducirían abusivamente su libertad de configuración del ordenamiento, acrecentando correlativamente los poderes del Tribunal Constitucional. El objeto central de la crítica, en la tesis de BÖCKENFÖRDE⁴⁵, son las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han contribuido al reconocimiento de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio, lo cual a su vez se origina en la comprensión de los derechos fundamentales como un orden o sistema objetivo de valores, que informa todos los ámbitos del Derecho y que es un contenido añadido o superpuesto al contenido subjetivo clásico de los derechos de libertad o de defensa. Mediante la admisión del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, de su eficacia frente a terceros y de los deberes de protección derivados de su consagración constitucional, se estaría transformando la dogmática de los derechos fundamentales en una dirección que amplía los espacios judiciales para ponderaciones o concreciones de índole más creativa que interpretativa, con fundamento en un discutible uso del principio de proporcionalidad, lo cual reduce considerablemente el campo de acción del legislador, atado a los crecientes criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional bajo el manto de la interpretación. La traducción de tales corrientes y desarrollos en categorías dogmático-estructurales se encontraría en la postura de ALEXY de calificar los derechos fundamentales como principios que suponen mandatos de optimización⁴⁶.

Asimismo, en su intento por construir una teoría de la dogmática de los derechos fundamentales, LINDNER⁴⁷ se aparta de la tesis de ALEXY por estimar, en primer lugar, que no resulta claro el respaldo en la Ley Fundamental de la definición de los derechos fundamentales como mandatos de optimización ni de la propia distinción entre reglas y principios, la cual no sería la única diferenciación que puede plantearse desde la perspectiva de la teoría de las normas; en segundo término, por las dudas que suscitaría en ese contexto el concepto de mandato de optimización, sobre todo en lo relativo a la dependencia de su realización de posibilidades jurídicas que, si se contraen a las mismas disposiciones sobre derechos fundamentales, tendrían carácter circular y, por último, por el riesgo de que, con el impulso de los mandatos de optimización, entren en los derechos fundamentales toda clase de contenidos considerados deseables, aunque no tengan sustento en las disposiciones respectivas, lo cual conduciría a la (sobre) constitucionalización del ordenamiento jurídico.

⁴⁵ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, págs. 159 y ss.; *vid.*, del mismo autor, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, págs. 95 y ss.

⁴⁶ *Vid.* la respuesta de ALEXY en su “Epílogo...”, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

⁴⁷ LINDNER, *op. cit.*, págs. 53 y ss.

Desde la perspectiva de la teoría de las normas, la distinción entre reglas y principios, en versiones como las de DWORKIN o ALEXY, ha merecido intentos de refutación o de aclaración. Se ha rechazado la propia distinción entre reglas y principios, o se ha estimado que esta solo tiene un alcance cuantitativo, no cualitativo, o que solo opera en la fase de aplicación del Derecho y no refleja una diferencia estructural de las normas⁴⁸. También se han formulado precisiones respecto de los criterios de distinción empleados⁴⁹. Dada la diversidad de las premisas conceptuales de las que parte cada análisis y la variedad de clasificaciones formuladas, tras las cuales con frecuencia subyace una diversa comprensión de la noción de principios⁵⁰, su consideración particularizada me apartaría de los fines de este estudio.

Sí interesa mencionar algunas de las clarificaciones que, desde la propia teoría de los principios, han sido expuestas con motivo de las críticas formuladas. Una seria objeción estructural ha sido dirigida contra la definición de los principios como mandatos de optimización: si los principios implican un deber de optimización, el cumplimiento del mismo no puede ser gradual sino que se ajusta al esquema de las reglas, que son seguidas o no. Aunque en un caso particular un principio no prevalezca, siempre existe la obligación de sopesarlo y de extremar u optimizar su realización, hasta donde sea posible fáctica y jurídicamente⁵¹. La respuesta de ALEXY consiste en diferenciar entre los mandatos que han de ser optimizados (*zu optimierende Geboten*) y los mandatos de optimizar (*Geboten zu optimieren*); los primeros se refieren al objeto de la optimización, al deber ser —es decir, en el supuesto de un derecho fundamental, a aquello que el derecho ampara o exige—, lo cual admite un cumplimiento parcial derivado de ponderaciones, mientras que los segundos ordenan la realización de los primeros tan ampliamente como sea posible, lo cual debe

⁴⁸ Vid. AULIS AARNIO, “Taking rules seriously”, en WERNER MAIHOFFER/GERHARD SPRENGER, *Law and the state in modern times*, Stuttgart, Steiner, 1990, págs. 180 y ss.; GIOVANNI SARTOR, “Defeasibility und reasoning”, *Rechtstheorie* 24, 1993, págs. 281 y ss.; ANDRÁS JAKAB, “Principien”, *Rechtstheorie*, 37, 2006, págs. 49 y ss.; LUIS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en MIGUEL CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, págs. 144 y ss.

⁴⁹ JAN-REINARD SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, págs. 52 y ss.; RICCARDO GUASTINI, *Distinguendo (Studi di teoria e matateria del diritto)*, Torino, Giappichelli, 1996, págs. 115 y ss.

⁵⁰ El propio ALEXY admite que la teoría de los principios que sostiene se aparta en algunos aspectos del uso general del lenguaje, y cita el ejemplo de la norma que prohíbe imponer una pena si la conducta examinada no estaba prevista como delito antes de la comisión del acto (art. 103.2 LF), la cual constituye una regla, aunque a menudo se le denomine principio (principio de la legalidad penal o de la irretroactividad de la ley penal); *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 104.; sobre las distintas acepciones jurídicas del término principios cfr. GUASTINI, ídem. JAKAB, ídem.

⁵¹ AARNIO, *op. cit.*, págs. 187-188; SIECKMANN, *op. cit.*, págs. 63-67.

ser cumplido estrictamente, al modo de las reglas. La alusión a los principios como mandatos de optimización conservaría, así, su sentido⁵².

Con el propósito de afinar los criterios de distinción entre las reglas y los principios se ha enfatizado, además, la relevancia de la aptitud de la norma para participar y pesar en las ponderaciones resultantes de colisiones normativas. Si una norma es dependiente de una ponderación o puede ser relativizada por esta pero no interviene como razón, material o formal, para la resolución de la colisión, estamos ante una regla; si participa en la ponderación, ante un principio⁵³.

Igualmente se ha afirmado, frente a los esfuerzos por explicar el grado de determinación o precisión exigible a las normas para ser consideradas reglas, que son principios las normas carentes de contenido determinativo respecto de las posibilidades fácticas de su realización o de la de principios opuestos, mientras que son reglas si lo tienen de manera plena. Las situaciones intermedias de normas con contenido determinativo parcial ha generado discrepancias, pero resulta convincente la tesis que las adscribe a la categoría de los principios si la norma, aun siendo algo imprecisa en cuanto a sus condiciones de aplicación, participa como razón en la ponderación⁵⁴. En cuanto a las reglas que pueden originarse en sentencias dictadas en casos de conflictos entre principios, se ha observado que solo representarían verdaderas reglas si todos los principios en colisión y las circunstancias relevantes han sido sopesados⁵⁵.

Tras todo lo expuesto conviene señalar que, a la luz del objeto de esta investigación, la caracterización de los derechos fundamentales como principios de optimización es un aporte conceptual relevante y positivo para el estudio de estos derechos. Especialmente en lo que atañe a la comprensión y adecuado manejo de la fase aplicativa de estos derechos, en la que con frecuencia se producen colisiones entre bienes constitucionales, las cuales conducen al desplazamiento o relativización de uno de los derechos o principios contrapuestos. Es una experiencia común de los operadores jurídicos buscar en los derechos constitucionalizados esferas de libertad que representan un punto de partida para el desencadenamiento de controles formales y racionales sobre las intervenciones legislativas, sin que ello signifique que lo ofrecido por el texto normativo esté finalmente garantizado por la Constitución. Ese punto de partida no es una simple referencia metodológica para explicar la eventual restricción de un derecho, ni es necesariamente una apoyatura para toda clase

⁵² ALEXY, "Zur Struktur ...", *op. cit.*, págs. 38-43.

⁵³ SIECKMANN, *op. cit.*, págs. 74-75. Criterio que ya había sido enunciado por ALEXY, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *op. cit.*, pág. 18, núm. 34.

⁵⁴ BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 85-87.

⁵⁵ SIECKMANN, *op. cit.*, págs. 67 y ss.; BOROWSKI, *op. cit.*, pág. 83.

de intereses subjetivos, sino es una exigencia jurídica que obliga a satisfacer el derecho tanto como sea posible, atendiendo a los condicionamientos jurídicos (externos al derecho mismo visto unilateralmente) o fácticos, la cual no puede ceder ante injerencias estatales injustificadas. Todo ello encuentra una adecuada articulación técnico-estructural en la teoría de los principios.

No obstante, algunos problemas pueden derivarse de la extensión indiscriminada de las herramientas conceptuales de esa teoría a dimensiones de los derechos fundamentales que desbordan su contenido subjetivo de defensa frente al Estado, sobre todo cuando entren en escena deberes de protección u otras vertientes objetivas de estos derechos, sobre lo cual volveré. También será analizado el argumento del riesgo de irracionalidad de la ponderación que sería potenciado por esta teoría. Resta considerar ahora la cuestión de si esta teoría de alguna forma puede conducir a debilitar la garantía constitucional de los derechos fundamentales, lo cual, a mi juicio, ha de indagarse no solo en el nivel de los principios, sino sobre todo en el de las reglas. Además, en el marco de las discusiones referidas al llamado neoconstitucionalismo y de las objeciones del denominado garantismo, se ha ahondado en el tratamiento teórico de los principios y de las normas de derecho fundamental. A estos asuntos se dedican los siguientes apartados.

C) *La relativización de las normas sobre derechos fundamentales y sus límites*

La principal dificultad que suscita la distinción entre reglas y principios, antes esbozada, la encontramos en la debilidad que atribuye a las reglas incluidas en el elenco de derechos fundamentales. Las disposiciones sobre derechos fundamentales, en aquellos incisos en los que enuncian de manera general el contenido o alcance del derecho (libertad de expresión, libertad personal), sin llegar a consagrar garantías específicas en forma de reglas (prohibición de censura, plazo máximo de la detención policial), o el derecho implícitamente ligado a determinadas reglas sobre derechos fundamentales, sustentan normas que pueden calificarse como principios y, de hecho, frecuentemente así son designadas, aunque no siempre se acuda a los criterios de diferenciación de ALEXY.

Los derechos fundamentales, en su faceta de principios, son formulados de tal manera que no precisan todas las condiciones de su aplicación, lo que determina, junto a otras razones, la posibilidad de que se replieguen ante principios contrapuestos con los que lleguen a entrar en conflicto. Se hallan expuestos a colisiones y, al presentarse estas, debe acudir a un método racional que ayude a determinar hasta dónde cada derecho ha de quedar reflejado en la solución del caso concreto. Si la ponderación es el método más adecuado para cumplir esta función es un asunto que está en discusión, pero aun en el caso de que se

considere preferible el tradicional método subsuntivo⁵⁶, será necesario dilucidar cuál de los derechos o normas que en principio o aparentemente pretenden regular la situación planteada ha de regirla. Que en ciertas circunstancias los derechos fundamentales, como principios, puedan verse obligados a ceder ante otros derechos o bienes de igual rango⁵⁷, no implica en todo caso mermar su fuerza normativa, pues su propia apertura —no siempre expresa— a circunstancias y bienes jurídicos que justifiquen una realización parcial de lo ofrecido por el derecho, da cabida a su relativización⁵⁸.

En cambio, no resulta fácil aceptar que allí donde la Constitución, al consagrar los derechos fundamentales, ha querido ser precisa y ha querido establecer un mandato definitivo, para excluir interpretaciones o ponderaciones que conduzcan a un resultado diverso, la determinación constitucional pueda ser desplazada por principios opuestos, capaces de imponer una excepción en la previsión normativa. Este flanco de la denominada teoría de los principios es tal vez el más vulnerable y ha sido considerado por diversos críticos que cuestionan esta teoría en su conjunto⁵⁹.

De acuerdo con la propia teoría de los principios, las reglas se caracterizan por exigir un cumplimiento cabal, circunstancia que está vinculada a que contienen especificaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Estas especificaciones en el ámbito de lo jurídico se fijan teniendo incluso en cuenta las exigencias de principios opuestos⁶⁰. Este es el lado fuerte de las reglas, pero según ALEXY estas también poseen un flanco débil, un cierto carácter *prima facie*, pues lo que disponen no siempre rige de manera definitiva, dada la posibilidad de incorporar una cláusula de excepción al resolver un caso⁶¹. La aceptación de este tipo de cláusulas sería algo común en los ordenamientos jurídicos modernos, cuyo grado de dureza no sería tan elevado, aunque no se

⁵⁶ Así lo estima, entre otros, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en RICARDO SANÍN RESTREPO (Coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Universidad Javeriana - Legis, 2006, págs. 119 y ss.

⁵⁷ Dejo de lado en este momento las restricciones que, con apoyo en una remisión de la Constitución al legislador, pretendan fundarse en la consecución de un bien colectivo no expresamente constitucionalizado.

⁵⁸ Para algunos autores esta propiedad de los derechos fundamentales puede explicarse con respaldo en la idea de la derrotabilidad de los principios jurídicos; cfr. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, “Principios y derechos fundamentales”, en BETEGÓN/LAPORTA/DE PÁRAMO/PRIETO SANCHÍS (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, op. cit., págs. 251 y ss.; JOSÉ JUAN MORESO, “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., págs. 105 y ss.; vid. también SARTOR, op. cit., págs. 281 y ss.

⁵⁹ JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Razonar sobre derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 15 y ss.

⁶⁰ ALEXY, “Rechtsregeln und ...”, op. cit., pág. 20.

⁶¹ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 98 y ss.

descarta la existencia de ciertas reglas que sean inexpugnables o estrictas⁶². Según ALEXY las excepciones a las reglas no serían, a diferencia de lo pensado por DWORKIN y más recientemente por GUASTINI, teóricamente enumerables⁶³.

Para desvirtuar o restringir lo prescrito por una regla no basta, sin embargo, que el principio que se opone a su aplicación pese más que el principio que (directamente) la respalda, por cuanto se exige que esta preponderancia exista después de haber considerado también el principio formal que obliga a respetar lo establecido por una autoridad legítima⁶⁴. Las eventuales excepciones a las reglas no son, según la teoría de los principios, algo que pueda tomarse a la ligera, pero el tratamiento del asunto requiere en mi opinión algunas precisiones.

En especial, resulta imprescindible distinguir entre las diversas clases de excepciones que pudieran intentar defenderse. Un ejemplo de excepción a una regla mencionado por BOROWSKI se refiere a la norma de la legislación alemana sobre el tránsito vial que ordena pasar vehículos por la izquierda. Aquí una excepción podría justificarse si, en una situación de serio peligro de muerte y para reducir este riesgo, el conductor pasa a otro vehículo por la derecha⁶⁵. En tal supuesto la excepción es sin duda aceptable, pues esta regla de ordenación del tránsito vehicular ni fue pensada ni está objetivamente prevista para un caso como el anterior, que incluso podría ser calificado como un estado de necesidad.

En relación con reglas contenidas en las disposiciones sobre derechos fundamentales, pueden plantearse ejemplos de excepciones no problemáticas. Así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio está generalmente acompañado de reglas concernientes a los supuestos y condiciones para la realización de un allanamiento de morada. Cabría introducir una excepción referida a la posibilidad de que, para salvar la vida de una persona en caso de incendio u otras situaciones análogas, sea necesario que la policía entre por la fuerza en el domicilio, a pesar de que la Constitución, como sucede en Colombia o en España, no incluya este como un supuesto en que sea lícito un allanamiento o ingreso coactivo en el hogar doméstico. Dado que la Constitución especifica cuándo es posible entrar sin orden judicial en un domicilio, la admisión del ingreso en las circunstancias señaladas tendría que justificarse acudiendo a otros bienes constitucionales, en este caso el derecho a la vida, seriamente amenazado, que

⁶² ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 100; ídem, “Rechtsregeln und ...”, *op. cit.*, pág. 16, pág. 20, núm. 38; ídem “Zur Struktur ...”, *op. cit.*, pág. 45; BOROWSKI, *op. cit.*, pág. 72. AARNIO, quien cuestiona la distinción entre reglas y principios, se ha referido a la existencia de reglas estrictas (*strict legal rules*), que solo serían desplazables por otras reglas; “Taking rules”, *op. cit.*, pág. 189.

⁶³ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 100; DWORKIN, *op. cit.*, pág. 25; GUASTINI, *Distinguen-do...*, *op. cit.*, pág. 124.

⁶⁴ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 100.

⁶⁵ BOROWSKI, *op. cit.*, pág. 79.

prevalecería frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, el cual sustenta la regla correspondiente. Conviene advertir nuevamente que la regla no ha sido propiamente negada o vencida, pues la exigencia constitucional de la orden judicial obviamente no fue pensada ni está formulada para situaciones como las descritas.

Lo expuesto puede ilustrarse con el caso comentado por DWORKIN del nieto que, en virtud de una decisión judicial, fue excluido de la herencia de su abuelo —a quien había asesinado—, a la que tenía derecho según las reglas pertinentes y por declaración testamentaria, para lo cual el tribunal se basó en el principio de que nadie puede beneficiarse de sus propias actuaciones erróneas o ilícitas⁶⁶. Esta situación, relativa a los efectos de un acto criminal, era indudablemente extraña al fin o plan normativo de la regulación sobre la sucesión testamentaria y no implicaba, a mi juicio, una verdadera negación o derrota de las reglas civiles pertinentes; cabría hablar de una solución que estaba fuera, pero no en contra, de la ley (*extra legem*)⁶⁷. La negación de una norma sobre la sucesión hereditaria ocurriría, por ejemplo, si el juez, en vista de las estrechas relaciones afectivas entre el difunto y un pariente lejano y de la necesidad en que este se encontraría de recibir la herencia para sobrevivir, decide desplazar al llamado legalmente a suceder, para beneficiar a aquel. En relación con la inviolabilidad del domicilio, una verdadera derrota de la norma se produciría si, por ejemplo, ante la comisión de un delito y con el argumento de que este es sumamente grave, se realiza un allanamiento en el domicilio del imputado fuera de los supuestos constitucionales, que pretenda ser justificado invocando los bienes constitucionales que habrían sido salvaguardados. O cuando se sostiene, pese a la terminante prohibición constitucional, que en casos extremos puede justificarse la tortura de una persona, para salvar la vida de muchos⁶⁸. En estos supuestos la regla es negada de manera directa en el núcleo de su contenido normativo y es esto justamente lo que a mi juicio no cabe admitir con las disposiciones constitucionales que reconocen o garantizan derechos fundamentales.

Una sentencia que puede orientar la reflexión sobre los límites que no deben ser traspasados en la relativización de las reglas constitucionales es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2580 de 2001), relativa al artículo 44 de la Constitución venezolana, que garantiza el derecho a la libertad personal. Este precepto establece que nadie puede ser detenido o arrestado sin orden judicial, salvo en caso de flagrancia. No obstante, en la sentencia citada la Sala Constitucional declaró que, en

⁶⁶ DWORKIN, *op. cit.*, pág. 23.

⁶⁷ Acerca del concepto de perfeccionamiento o desarrollo del Derecho más allá de la ley pero no en contra de la ley *vid.* KART LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, Springer, 1985, págs. 232 y ss.

⁶⁸ Al respecto *vid.* las referencias doctrinales de BRAGE CAMAZANO, *op. cit.*, págs. 44-45.

casos como el que se estaba considerando, relacionado con la posesión de drogas, la exigencia de la flagrancia puede considerarse satisfecha si existe una “presunción vehemente” de que se está cometiendo un delito. Para la Sala “[...] existen delitos cuya ejecución se caracterizan por la simulación de situaciones, por lo oculto de las intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación de flagrancia solo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente”. Con estos argumentos se estimó lícita una detención policial practicada ante los indicios o sospechas de que una persona ocultaba sustancias estupefacientes en su organismo.

No es mi interés examinar los detalles del caso ni lo fundado o no de estos indicios o sospechas. Lo relevante es que cabría pensar que se ha introducido una excepción en la regla constitucional sobre los supuestos de privaciones de libertad no basadas en decisión judicial, respecto de los delitos allí considerados y en las circunstancias descritas. Podría también decirse que ha habido una interpretación errada de un concepto, pues el concepto de flagrancia es claro en la dogmática procesal penal y no admite una interpretación extensiva, pero si se hubiese alegado que los intereses público-constitucionales que respaldaban la persecución penal de estos delitos justificaban esa (re)interpretación, lo cual está implícito en la sentencia, estaríamos ante una muestra del derribo (parcial) de una regla o barrera colocada por la Constitución en defensa de la libertad personal. Esto es lo que en realidad ha sucedido. Existen ordenamientos en que la detención policial puede efectuarse con base en fundados indicios, aunque no haya orden judicial, pero mientras la norma constitucional mencionada no sea modificada debe ser observada estrictamente. El mejor ejemplo de una interpretación ceñida al significado cabal de la flagrancia y respetuosa del derecho fundamental en juego, que en ese caso era la inviolabilidad del domicilio, se encuentra quizás en la sentencia del Tribunal Constitucional español que rechazó el intento legislativo de ampliar, con el propósito de facilitar la persecución de los delitos previstos en materia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, los supuestos de flagrancia y de soslayar la exigencia de la orden judicial para la realización de allanamientos⁶⁹.

Otro de los problemas que plantea la eventual admisión de estas aparentes excepciones que se traducen en la negación o derribo de una regla constitucional es, justamente, que dejan en manos de los jueces una decisión de naturaleza constituyente, ya que su aceptación supone desplazar lo ordenado por la Constitución en virtud de una valoración abiertamente contradictoria con lo prescrito en aquella. Si el procedimiento de revisión de la Constitución es engorroso, o de difícil activación en la práctica, las consecuencias del pronunciamiento

⁶⁹ STC 341 de 1993.

judicial resultan aún mayores⁷⁰, pues será complejo recuperar la regla en su alcance original. Es más, si no se precisan los límites de las excepciones a las reglas jurídicas, no habría certeza de que una reforma constitucional efectuada con tal propósito logre su objetivo, pues, ante situaciones futuras podría argumentarse que la afectación de bienes colectivos o derechos opuestos ostenta una gravedad tal que estas no habrían de quedar estrictamente sometidas a la regla rescatada, que una vez más sufriría una excepción.

D) Principios, neoconstitucionalismo y garantismo

Una categoría en la que confluye y de la cual al mismo tiempo dimana la discusión sobre el neoconstitucionalismo es la de los principios. Se ha afirmado que “las normas (constitucionales) del neoconstitucionalismo son principios”⁷¹. No todas lo son, obviamente, pues estos se gestan al afirmar su especificidad frente a las reglas. Pero las posturas llamadas neoconstitucionalistas suelen invocarlos como un componente central de la teoría de los derechos o del derecho. La distinción entre reglas y principios no está reservada a las normas constitucionales ni se acuñó específicamente en este ámbito; pertenece a la teoría general del Derecho. Pero el avance del Estado constitucional o de la constitucionalización ha impulsado la revisión de conceptos fundamentales del Derecho, entre los cuales se encuentran los relativos a la estructura de las normas.

La distinción entre reglas y principios ha ocupado un lugar relevante en el proceso de constitucionalización, sobre todo al emplearla en el campo de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta distinción, como sabemos, algunas normas sobre derechos fundamentales están formuladas como reglas (configuración cerrada de sus condiciones de aplicación), pero el enunciado general de estos derechos suele corresponderse con la categoría de los principios (configuración abierta de sus condiciones de aplicación)⁷², los cuales cumplen un papel primordial en la globalidad de la concepción de los derechos fundamentales que por esa razón se define a sí misma como teoría de los principios. La conceptualización de (ciertas normas sobre) los derechos fundamentales como principios y mandatos de optimización favorece su expansión en el ordenamiento jurídico, dado que estos ordenan realizar el contenido del derecho tanto como se pueda, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas⁷³. Esto proyecta su alcance normativo, pues según esa teoría quedan comprendidas

⁷⁰ Sobre esta relación entre rigidez constitucional y amplitud de los poderes de los jueces constitucionales *vid.* JUAN CARLOS BAYÓN, “Derechos, democracia y Constitución”, en CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, pág. 215.

⁷¹ PRIETO, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pág. 44.

⁷² ATIENZA/RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa* núm. 10, 1991, págs. 101 y ss.

⁷³ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, págs. 86 y ss.

en el ámbito protegido por el derecho (*prima facie*) muchas situaciones que pueden no recibir una protección definitiva, en virtud de una limitación. Todas esas situaciones van a dar lugar, sin embargo, a un examen de justificación de la restricción que constitucionaliza el análisis del asunto.

Esta orientación expansiva de los principios, no solo de los referidos a derechos fundamentales sino también de los que estarían ligados a otros bienes jurídicos constitucionalizados, facilita el surgimiento de colisiones, todo lo cual impacta en la libertad de configuración normativa del legislador y en el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, la extensa proyección normativa de los derechos fundamentales como principios se produce, según los críticos, a expensas de su fuerza normativa, pues se estima que deberían operar con el rigor de las reglas, no como normas blandas o derrotables, que admiten un cumplimiento gradual⁷⁴. A esto ha de sumarse el tratamiento no diferenciado de bienes jurídicos o valores constitucionalizados que no son derechos fundamentales como principios y mandatos de optimización, de tal modo que los bienes colectivos referidos a determinaciones de fines del Estado u otras categorías afines reunirían indistintamente esa misma condición. A lo largo de este estudio se ha hecho mención a varios aspectos de esta temática. Ahora interesa efectuar algunas puntualizaciones desde el ángulo de la constitucionalización.

De nuevo es importante constatar que no hay una sola lectura de las categorías vinculadas con la constitucionalización. La diferenciación entre reglas y principios no es igual en autores como DWORKIN, ALEXY, SIECKMANN, ATIENZA, RUIZ MANERO, PRIETO SANCHÍS, AARNIO, JAKAB, GUASTINI o FERRAJOLI. Para ilustrarlo basta con traer a colación la distinción que algunos de ellos y otros autores han establecido entre una separación fuerte y una débil entre las reglas y los principios⁷⁵. Según la tesis de la separación débil, la diferenciación entre las primeras y los segundos no sería propiamente estructural u ontológica sino más bien relacional, pues el principio se reconocería por contraste con las reglas, y gradual, porque responde a la existencia de ciertos rasgos que no serían del todo ajenos a las reglas. Desde esta última posición se sostiene que la identificación de las propiedades atribuidas a los principios es producto de la interpretación⁷⁶ y se ha destacado que la mencionada distinción carece de significación estructural y solo la adquiere en la fase de aplicación del Derecho.

⁷⁴ FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, págs. 31 y ss.

⁷⁵ *Vid.*, por todos, AULIS AARNIO, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, págs. 593 y ss.; ROBERT ALEXY, “Sistema jurídico, principios y razón práctica”, en *Doxa* núm. 5, 1988, págs. 139 y ss.; FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, págs. 32 y ss.

⁷⁶ GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, pág. 76.

Pero incluso entre quienes comparten una aproximación rígida o una flexible —fluida— a la distinción hay discrepancias sustanciales. Así, desde la primera visión ha sido rechazada la caracterización de los derechos fundamentales como principios de optimización, susceptibles de un cumplimiento gradual⁷⁷ y, desde la segunda, algunos piensan que la contraposición entre reglas y principios no se justifica, pero no porque los derechos deban operar siempre con el rigor de las reglas, sino porque estas serían igualmente ponderables y derrotables⁷⁸.

La separación fuerte, o cualitativa, entre reglas y principios es mencionada frecuentemente como una característica de los estudios adscritos al neoconstitucionalismo, sobre todo cuando ella convierte los principios en un vehículo que puede introducir contenidos morales en el Derecho. Esto puede conducir a una “moralización del derecho”⁷⁹ que suscita distintas reservas. No obstante, la distinción entre reglas y principios no tiene necesariamente esta connotación o, al menos, no en el sentido de conducir a una conexión conceptual entre moral y Derecho. La positivización de ciertos contenidos morales o valorativos no implica desmontar sistemática o generalmente esta separación y ello tampoco se colige forzosamente de la clasificación de ciertas normas como principios. Incluso desde una postura afín a la teoría de los principios se ha subrayado que la pretensión de corrección moral del Derecho defendida por ALEXY, que apunta a perforar esa separación, puede dejarla incólume, ya que “dentro de un sistema de principios, las pretensiones de corrección serán siempre pretensiones de corrección jurídica”⁸⁰. Desde una perspectiva distinta se estima que la cuestión de la diferenciación entre reglas y principios y del papel de la ponderación y la subsunción es “independiente de nuestras concepciones sobre la relación entre Derecho y moral”, aunque la tesis de la conexión necesaria entre estos tienda a favorecer el modelo de los principios y de la ponderación⁸¹.

Más allá de esta discusión, la clave en el proceso de constitucionalización ha estado no tanto en una forma particular de entender la distinción entre reglas y principios, que se sustente en la conexión conceptual entre moral y Derecho, sino en el compromiso de los operadores jurídicos —y de los destinatarios de las normas— con los contenidos sustantivos que la Constitución

⁷⁷ ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, *op. cit.*, págs. 73 y ss.

⁷⁸ GARCÍA FIGUEROA, “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar”, *op. cit.*, págs. 129 y 132.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pág. 106.

⁸⁰ JAN-R. SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 229.

⁸¹ FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *op. cit.*, pág. 344.

recoge, el cual puede obedecer a fundamentos diversos. La afirmación de la fuerza normativa de la Constitución, sumada a la estimación de los elementos valorativos que incorpora, es suficiente para explicar su efecto de irradiación sobre el ordenamiento y la relevancia que adquieren tales contenidos axiológicos, sin que ello deba estar o haya estado atado a una específica teoría de los principios. Así, en el derecho alemán esta teoría surge a partir de desarrollos de la jurisprudencia previos, en los que el principio de proporcionalidad tuvo una singular importancia, apoyados a su vez en distintos aportes doctrinales, los cuales han seguido acompañando e inspirando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal desde postulados conceptuales no siempre coincidentes o, en todo caso, diferentes a los de esa teoría. En especial, desde posturas que no otorgan a la distinción entre reglas y principios el alcance que poseen según esa doctrina.

Esta y otras teorías dogmáticas han intentado explicar una dinámica jurídica e institucional en la que los derechos fundamentales, como normas vinculantes frente a todos los poderes públicos, imponen deberes de cumplimiento a las autoridades, las cuales no pueden afectar la esfera protegida por aquellos sin una base normativa y una justificación. Cuando estas existen, y se respetan integralmente las condiciones formales y materiales exigibles, cabe afirmar que el derecho ha sido limitado válidamente. En este marco se ha gestado una teoría general de los derechos fundamentales que, con corrientes diversas, procura analizar y clarificar las piezas conceptuales que componen esta operación restrictiva. La faceta clásica o abstencionista de estos derechos había desplegado ya, en la jurisprudencia, una orientación en la cual los derechos se expanden o ejercen hasta el punto en el cual se impone una restricción, cuando está constitucionalmente permitida. Si se constata que esta es admisible, su licitud en el plano material ha de medirse acudiendo primordialmente a la proporcionalidad. Hasta aquí el esquema se mantiene en el ámbito de la dimensión tradicional jurídico-subjetiva de los derechos. El asunto se torna distinto especialmente con el reconocimiento de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, como orden de valores, y con ciertas posiciones referidas al estatus normativo de bienes constitucionales de otra naturaleza, lo cual ya fue apuntado.

Sin embargo, lo dicho no significa negar la importancia teórica y práctica de aquella distinción conceptual para la constitucionalización. Un campo en el que la ha influenciado notablemente es el de los conflictos entre derechos, o entre estos y otros bienes constitucionales. La noción de principios preconizada por las tesis que se apoyan en la separación fuerte entre estos y las reglas confieren un papel fundamental a la ponderación en la resolución de tales colisiones. La aplicación de los principios constitucionales suscita a menudo conflictos entre ellos, en la medida en que más de uno pueda reclamar que se ha afectado su ámbito protector. Para solucionar estos conflictos es preciso,

según aquellas tesis, acudir a la ponderación, siendo su uso uno de los rasgos centrales de la “cultura del constitucionalismo”⁸².

También en relación con el concepto de ponderación y la forma de llevarla a cabo existen, no obstante, discrepancias doctrinales, siendo digna de mención la que resulta de la manera de entender sus diferencias con la subsunción. Desde ópticas distintas se considera, con buenas razones, que la ponderación no se contrapone tajantemente a la subsunción, esto es, no es un método alternativo a la subsunción; por el contrario, la aplicación de principios mediante la ponderación presupone una actividad de subsunción y desemboca en ella⁸³. Además, como resultado se genera una norma particular que, al modo de las reglas, da lugar luego a la subsunción ante ulteriores casos idénticos de colisión.

Pero al margen de estas discrepancias, en la separación fuerte entre reglas y principios subsiste siempre un espacio significativo para la ponderación, siendo esta la que termina orientando la solución de la controversia planteada. Una de las cuestiones que suscita mayor debate en la actualidad constitucional es precisamente el de la racionalidad de la ponderación o el de la posibilidad de sustentarla con algún grado de objetividad. Sobre todo porque si se piensa que ella es el resultado de un puro subjetivismo, la proliferación de colisiones entre principios y de ponderaciones se traduciría en una ampliación inaceptable e ilegítima de los poderes de la jurisdicción⁸⁴. A esta reserva obedece, en parte, junto a la relativa a la derrotabilidad de los principios, la escisión entre un constitucionalismo principialista y otro calificado de garantista.

La existencia de algún grado de racionalidad en la ponderación suele defenderse desde posturas universalistas, para las cuales la posibilidad de generalizar la solución concreta adoptada al resolver una colisión y la necesidad de aplicarla a otros casos de conflicto que reúnan las mismas propiedades relevantes favorece la racionalidad. Esto representa un avance, pero no cierra la discusión, pues la determinación de las circunstancias que son relevantes para inclinar la balanza en uno u otro sentido, al dirimir una colisión entre principios, es para algunos una elección del juez, una manifestación de discrecionalidad judicial, mientras que otros estiman que ello puede respaldarse argumentativamente con alguna objetividad, así sea mínima⁸⁵.

⁸² MORESO, *op. cit.*, pág. 267.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 144 y ss.; *vid.*, también la postura de MORESO, quien entiende que la ponderación es un paso previo a la aplicación de los principios, que se produciría finalmente mediante subsunción; *op. cit.*, págs. 315 y ss.

⁸⁴ FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

⁸⁵ DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 179 y ss.

Justamente en relación con la argumentación racional puede reconocerse otra repercusión de los principios en la constitucionalización, ya que estos se han erigido en categoría fundamental del ordenamiento y la generalidad o alto grado de indeterminación de los mismos acrecienta la necesidad de apoyar argumentativamente la labor interpretativa y decisoria referida a ellos. Incluso si se rechaza total o parcialmente la teoría de los principios, es innegable que las Constituciones han acentuado su dimensión material o axiológica, lo cual ha desembocado en un criterio de control materializado o receptivo a valores que reclama una sólida argumentación racional para su aplicación. Certeramente se ha sostenido que el constitucionalismo contemporáneo ha puesto “en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho”⁸⁶. En otras palabras, ha llevado a “poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa”, lo cual se vincula asimismo con la instauración de un Estado constitucional que impone límites a todo ejercicio de poder público y que exige una más amplia tarea justificativa, que alcanza al contenido de las leyes y demás actos jurídicos. El sometimiento completo del Estado “al Derecho, a la razón”, genera pues una mayor demanda argumentativa⁸⁷.

5. DELIMITACIÓN, LIMITACIÓN, RESTRICCIÓN O CONFIGURACIÓN DEL DERECHO.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, conviene aclarar el sentido que ha de darse a expresiones que suelen estar presentes en los estudios sobre la limitación o restricción de derechos fundamentales. Estos usos terminológicos están en ocasiones influenciados por los datos normativos de un ordenamiento jurídico determinado, pero a menudo responden a una construcción teórica que sobrepasa los elementos textuales de la Constitución, pocas veces concordantes, y que se nutre de la perspectiva desde la cual son examinados los derechos fundamentales y sus relaciones con el marco constitucional en que se insertan y con las leyes que los regulan⁸⁸.

El primer término que debe abordarse es el de la *delimitación* del derecho, al cual ya se hizo referencia, y que resulta útil para aludir a la plasmación del derecho en la Constitución. Sobre cada derecho constitucionalizado suele haber una intuición general o prejurídica de su significación, que no necesariamente se corresponde del todo con la formulación que encuentra en las disposiciones constitucionales. Es posible tener una idea previa sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pero sus precisos contornos se hallan en los instrumentos normativos

⁸⁶ ATIENZA, “Constitución y argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2007, pág. 198.

⁸⁷ *Idem*, pág. 206.

⁸⁸ *Vid.*, por ejemplo, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 104 y ss.

que los reconocen, entre los cuales ocupan un lugar capital los de carácter internacional, que determinan, por ejemplo, las condiciones para el allanamiento de un domicilio o para la intervención de una conversación telefónica. La Constitución enuncia entonces el contenido del derecho y con ello sus linderos, su silueta.

La *delimitación* del derecho comprende los supuestos en que la Constitución, al consagrar un derecho y definir el ámbito de libertad garantizado, procede a circunscribirlo o condicionarlo. La delimitación existe, por ejemplo, cuando la Constitución reconoce el derecho de reunión, pero lo circunscribe a las reuniones que se realicen “pacíficamente y sin armas” (art. 8 LF; *vid.* igualmente el art. 21 de la Const. esp.), por lo que una concentración de personas armadas sería una acción extraña al ámbito protegido por el derecho. Aquí cabría hablar de un acotamiento antes que de un acortamiento del derecho, porque la precisión de la esfera de libertad asegurada, de carácter aparentemente restrictivo, pertenece a la plasmación o formulación del derecho en la Constitución. En este sentido puede afirmarse que “la Constitución delimita, el legislador limita los derechos fundamentales”⁸⁹.

El concepto de delimitación ha de quedar reservado, a mi juicio, a la apreciación individual o aislada de cada derecho, por lo que no abarca el examen de la repercusión de unas normas constitucionales sobre otras de igual rango, derivada de una interpretación unitaria o sistemática de los derechos o bienes constitucionalizados o de la Constitución⁹⁰. El problema de esta visión amplia o sistemática de la noción de delimitación es que puede militar a favor de las tesis que pretenden reducir el concepto de limitación o restricción y que procuran incluir en la fase de interpretación o concreción del contenido del derecho el análisis de sus relaciones con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales⁹¹. Desde esta perspectiva, los problemas de colisión entre bienes constitucionales quedan disueltos, más que resueltos, mediante esta incorporación de las normas rivales en la definición del propio marco normativo del derecho que ha de ser delimitado. La delimitación, más que algo dado por la Constitución, sería una operación anticipatoria de una serie de

⁸⁹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pág. 23. Este autor defiende, no obstante, una noción de delimitación constitucional más amplia de la que aquí propugno.

⁹⁰ En cuanto a esta acepción sistemática del término delimitación, contrapuesto a la limitación o restricción cfr. IGNACIO DE OTTO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en LORENZO MARTÍN-RETORTILLO/IGNACIO DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 137 y ss.; MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 10 y ss.

⁹¹ FRIEDRICH MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969, págs. 46 y ss.; HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie...*, *op. cit.*, págs. 126 y ss.; I. DE OTTO, *op. cit.*, págs. 137 y ss.

valoraciones que deberían estar reservadas al legislador, lo cual ofrece el riesgo de que el arsenal de controles formales y racionales destinado a medir la licitud de las restricciones de los derechos sea sustituido por una apreciación apriorística que excluya del derecho lo que pueda parecer incompatible con su convivencia con otros bienes previstos en la Constitución.

Así, los conflictos o colisiones entre la libertad de expresión y el derecho al honor, derechos que a veces están mencionados, como barreras, en el mismo precepto que consagra esa libertad (art. 5.2 LF) pero que no por ello dejan de ser derechos distintos y separables, han de ser tratados como limitaciones o restricciones, cuyo establecimiento y configuración corresponde al legislador. Asimismo, cuando la Constitución venezolana señala, al consagrar la libertad de expresión, que “No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa” (art. 57), o cuando la Ley Fundamental prohíbe las asociaciones cuyos fines o acciones contraríen las leyes penales, el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos (art. 9.2), no se está delimitando el derecho, en el sentido antes esbozado, sino se está imponiendo tácitamente al legislador un mandato de limitación, cuya intervención será puramente declarativa en este caso, y no en el de las colisiones constitucionales como veremos.

En la doctrina alemana no hay uniformidad en el tratamiento de los supuestos antes mencionados⁹². El carácter pacífico y no armado de las reuniones exigido por el artículo 8.1 de la Ley Fundamental representa para la mayoría una nota perteneciente al supuesto de hecho o tipo normativo del derecho fundamental, lo que no impide que algunos lo califiquen como delimitación o limitación (constitucional) del derecho fundamental, mientras que para otros entra en la categoría de las restricciones directamente constitucionales. En cuanto al artículo 9.2 de la Ley Fundamental, que prohíbe genéricamente ciertas asociaciones, suele ser considerado un caso de restricción o limitación directamente constitucional del derecho, que según algunos no requeriría de concreción legislativa para tener eficacia jurídica, aunque la parte de la disposición que alude a las leyes penales es equiparable a una reserva legal.

Algo distinto a la delimitación constitucional del derecho es su *limitación* o *restricción*. En un sentido amplio ambas expresiones son sinónimas, y comprenden los supuestos en que hay una intervención legislativa en el derecho fundamental que en alguna medida comprime o reduce sus posibilidades de ejercicio o disfrute. Pero en sentido estricto la limitación puede aplicarse a los supuestos en que el legislador concretiza una barrera prefigurada u ordenada por la Constitución, tal como acabo de ejemplificar (art. 9.2 LF o 57 CRBV). La restricción en sentido estricto es algo más que la limitación ya que, como el propio significado del verbo restringir lo sugiere, implica un mayor

⁹² Vid. STERN, *op. cit.*, t. III/1, págs. 1298 y ss.

acortamiento o reducción del derecho, la cual consistiría en que la injerencia legal adquiere carácter constitutivo o cuasi-constitutivo y no simplemente declarativo.

Un asunto que suscita dudas es si los casos de colisión entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes constitucionales han de incluirse en el concepto de limitación o en el de restricción. Una discusión puramente terminológica o semántica al respecto sería en realidad irrelevante pero, tras meditar la cuestión, me inclino por incluir en la noción de restricción los casos de colisión, sobre todo para diferenciarlos de los supuestos de cumplimiento por el legislador de mandatos concretos de fijar limitaciones, porque, como luego intentaré demostrar, la intervención del legislador al tratar colisiones dista de ser declarativa aunque no sea propiamente constitutiva.

En la dogmática de los derechos fundamentales el concepto de restricción a veces es empleado únicamente para aludir a las restricciones conformes con la Constitución o constitucionales⁹³, lo que conceptualmente es correcto, pues una norma o acción estatal que comprima un derecho fundamental y no sea constitucional representaría una vulneración del derecho. No obstante, en este trabajo en ocasiones se acude a una acepción más general de la restricción, que atiende al efecto y a la pretensión de constitucionalidad de la ley limitadora, que pueden existir aunque esta sea inconstitucional, mientras su ilicitud y nulidad no hayan sido declaradas. Desde esta óptica, más dinámica que estática, tal vez haya que distinguir entre dos momentos de la restricción: en el primero, la ley es asumida como restricción en consideración a sus efectos y a su supuesta constitucionalidad; en el segundo y determinante, pero que es eventual porque no siempre se dará, debe quedar confirmada su naturaleza de restricción del derecho fundamental, una vez que haya sido declarada judicialmente su constitucionalidad. En todo caso, cuando se quiera enfatizar que la restricción es acorde con la Constitución, será calificada como válida.

Se ha aseverado que la ley solo puede delimitar, nunca limitar, el derecho fundamental⁹⁴. Esta formulación es certera si con ella se hace referencia a la limitación de derechos con la connotación ya indicada, es decir, a leyes que concretan disposiciones constitucionales que ordenan excluir del derecho es-

⁹³ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 272. *Vid.*, sin embargo las reservas formuladas por SACHS, quien objeta que el concepto de restricción dependa del resultado final del examen de licitud de la injerencia legislativa; “Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte”, en STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 226.

⁹⁴ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 38 y ss. Para este autor la limitación propiamente dicha solo se produce cuando la Constitución faculta al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho previamente definido con carácter general (ejercicio de la libertad sindical en el ámbito castrense, p. ej.) o cuando la intervención legislativa constitucionalmente permitida puede comportar la privación del disfrute del derecho para alguna persona (privaciones de la libertad, p. ej.).

feras o acciones que este parecía querer asegurar, o incluso cabría emplearla, desde una perspectiva distinta a la que he asumido, para hacer referencia a la limitación de derechos en caso de colisión con otros bienes constitucionales. Sin embargo, el legislador también puede restringir el derecho un poco más allá de lo que el término delimitación legal permite, si en virtud de una reserva de ley se le faculta para limitarlo, correspondiéndole en principio la determinación de los fines, compatibles con la Constitución, que pueden justificar la restricción⁹⁵. Adicionalmente, el uso de tales vocablos con dicha extensión oscurece la relevancia cuantitativa y cualitativa de la intervención legislativa relativa a colisiones entre derechos y bienes constitucionales.

Finalmente, la *configuración legal* de un derecho fundamental es una actividad normativa que no va propiamente dirigida a fijar límites a las posibilidades de ejercicio o disfrute de un derecho, sino más bien a completar o precisar su contenido. Esta noción suele aplicarse al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de propiedad o a garantías institucionales relacionadas con derechos fundamentales, pues el alcance del derecho o garantía reconocidos no puede ser determinado únicamente con fundamento en la Constitución, sino que ha de atenderse a la regulación legal que lo perfila o le da una textura concreta⁹⁶.

La anterior distinción entre la limitación, la restricción y la configuración de los derechos no necesariamente se corresponde del todo con las formuladas por la dogmática alemana. Se ha subrayado que en esta materia no hay uniformidad ni claridad en la doctrina, como tampoco en las propias disposiciones de la Ley Fundamental. Algunos autores consideran primordial distinguir entre las limitaciones (*Begrenzungen*) de los derechos contenidas en la Constitución y las restricciones (*Einschränkungen*) que, con fundamento en algunas de aquellas, impone el legislador. Las limitaciones son todas las normas constitucionales que excluyen (directamente) consecuencias jurídicas que regularmente se derivarían de la subsunción de una conducta en el supuesto de hecho o tipo normativo de un derecho fundamental, incluyendo las reservas que autorizan una intervención de los poderes públicos que sin ellas no sería lícita⁹⁷. Las restricciones son normalmente fruto del uso por el parlamento de reservas legales derivadas de la Constitución. La configuración legislativa del derecho (*Ausgestaltung*), con la significación arriba apuntada, se diferencia de las dos categorías mencionadas.

Para ALEXY la restricción implica el acortamiento (conforme con la Constitución) de posiciones subjetivas protegidas *prima facie* por el derecho funda-

⁹⁵ Esta forma de injerencia legislativa ha sido englobada por ALEXY en la categoría de las *restricciones indirectamente constitucionales*, a las que luego me referiré; *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 282 y ss.

⁹⁶ *Vid. STERN, op. cit.*, t. III/1, págs. 1298 y ss.

⁹⁷ SACHS, "Begriff und Arten...", *op. cit.*, págs. 225-235.

mental, y se traduce en negar la garantía definitiva de aquello que el derecho en principio asegura⁹⁸. La restricción se diferencia del supuesto de hecho o ámbito protegido por el derecho fundamental y tiene una significación omnicomprendensiva de todas las normas que generen dicho efecto restrictivo, comprendidas las disposiciones constitucionales que, al perfilar un derecho (derecho a reunirse *pacíficamente y sin armas*), dejan fuera del mismo situaciones que en principio este habría cubierto. Dentro del género de las restricciones ha de distinguirse entre las inmediata o directamente constitucionales, como la mencionada, y las mediata o indirectamente constitucionales, basadas en reservas o autorizaciones constitucionales. El autor admite igualmente, aunque con muchas reservas, la configuración como categoría diferenciable de la de restricción⁹⁹.

Más allá de estas diferenciaciones dogmáticas y de su mayor o menor capacidad explicativa, es también importante preguntarse por las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de cada una de ellas. ¿Implica un concepto amplio de la delimitación constitucional del derecho fundamental la aceptación de actuaciones estatales carentes de base legal en la esfera de libertad inicialmente protegida? O a la inversa, ¿comporta una visión amplia de la idea de restricción o limitación un mayor despliegue de las garantías formales o materiales de los derechos frente a injerencias del Estado? La verdad es que solo de manera aproximativa podría darse una respuesta positiva a estos interrogantes, pues lo decisivo es la concepción global de fondo sobre las relaciones entre los derechos fundamentales y el legislador, que puede manifestarse mediante una terminología muy diversa. Este aspecto más sustantivo que semántico será profundizado en los capítulos siguientes y, en parte, en el próximo apartado.

6. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO, CONCRECIÓN Y RESTRICCIONES LEGISLATIVAS

Es aconsejable acentuar un punto central de las reflexiones sobre la posibilidad de limitar legalmente derechos fundamentales, y es que la acción del legislador en este terreno no siempre es declarativa. Es decir, la ley no cumple simplemente una función de concreción o explicitación de límites que ya están en la Constitución, sino que a menudo desempeña un papel constitutivo o cuasi-constitutivo, cuando fija al ejercicio de un derecho fundamental un límite que, aunque basado en la Constitución, podría no existir o al menos no con la intensidad limitante que el legislador ha elegido. Esta afirmación es de especial relevancia para la comprensión del sentido de los principios que contribuyen a racionalizar el examen de licitud de las injerencias en los derechos fundamentales y para demarcar el ámbito de atribuciones del legislador y de los jueces.

⁹⁸ *Teoría ..., op. cit.*, págs. 272 y ss.

⁹⁹ *Ídem*, págs. 321 y ss.

Si las limitaciones a los derechos estuvieran ya prefiguradas en la Constitución, estando el legislador obligado a desentrañarlas y hacerlas aflorar, la injerencia legislativa, que difícilmente podría seguirse llamando así puesto que se trataría solamente de la reproducción de una barrera presente en la Constitución, habría de moverse dentro del estrecho margen de la interpretación o de la concreción constitucional, en la acepción estricta de este último concepto. La interpretación legislativa del orden constitucional sobre los derechos y sus restricciones sería por supuesto controlable por el Tribunal o por la Sala Constitucional, a los cuales se desplazaría la discusión sobre la interpretación más correcta del derecho fundamental sistemáticamente visualizado. Las repercusiones de esta conceptualización sobre las relaciones entre los poderes públicos y el funcionamiento del sistema político son evidentes. A ellas justamente se han referido BÖCKENFÖRDE y los demás autores que han manifestado reservas al sobredimensionamiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de la cual se derivarían deberes de protección que han de ser optimizados, como también deberían serlo los demás principios constitucionales¹⁰⁰.

Una pieza conceptual que se sitúa en medio de este engranaje teórico es la noción de concreción, con su diversidad de significados¹⁰¹. La concreción ocupa un lugar relevante en los estudios sobre los derechos fundamentales en particular y sobre Derecho Constitucional en general. Se proyectó en esta disciplina, con contornos poco nítidos, para responder a las peculiaridades de las normas constitucionales, especialmente en lo que atañe a lo indeterminado, genérico o fragmentario de sus enunciados, que requieren de una precisión o concreción para ser aplicados. Pese al uso frecuente de este término en la doctrina germánica y también en lengua española no hay claridad en torno a su exacto alcance. LINDNER ha destacado los tres problemas que permanecen insolubles en relación con dicho concepto: el método, la competencia y los límites de la concreción. La variedad de posturas acerca de estas cuestiones, y los riesgos de las que admiten con facilidad la naturaleza creativa de la concretización, han generado incertidumbre y han llevado a algunos a plantear la necesidad de abandonarla como supuesto paradigma metodológico¹⁰².

Sin querer adentrarme en estos problemas, es oportuno subrayar que la concreción en ocasiones es concebida como una actividad interpretativa signada por las singularidades de las normas constitucionales, que no podría ser explicada satisfactoriamente con arreglo a los métodos hermenéuticos clásicos.

¹⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, págs. 159 y ss.; MATTHIAS JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1999, págs. 42 y ss.

¹⁰¹ Al respecto *vid.* BÖCKENFÖRDE, *ídem*, pág. 186; MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

¹⁰² LINDNER, *op. cit.*, págs. 133 y ss.

Así, HESSE entiende la interpretación constitucional como concreción, en la cual convergen la norma constitucional aplicable, insuficiente por su carácter incompleto y abierto a la vez para resolver situaciones específicas, los prejuicios o precomprensiones del intérprete, y el problema planteado o la realidad que debe ser considerada. La primera palabra en la concretización de la Constitución la tendría el legislador, quien disfrutaría de lo que puede designarse como margen de apreciación. Esta labor de concreción tendría una faceta creativa, pero la misma se mantiene dentro de los linderos de la interpretación jurídica¹⁰³. En cambio, la concreción adquiere en algunas concepciones un cariz creativo que rebasa la interpretación jurídica, el cual implica participar en la configuración del contenido de las normas constitucionales, para lo cual el legislador se movería con relativa libertad dentro de un ámbito lícito de concreción¹⁰⁴.

Por lo tanto, salta a la vista la ambigüedad del concepto, que le permite albergar en su seno funciones muy disímiles que el legislador y los jueces constitucionales estarían llamados a cumplir con motivo de la aplicación de los derechos fundamentales. Para evitar confusiones es aconsejable advertir que el legislador a veces se limita a concretizar, de manera preponderantemente interpretativa, lo que la Constitución ha formulado en términos vagos (la vida, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la libertad científica, el flagrante delito), mientras que otras veces reconoce un marco o margen de acción que la Constitución ha dejado abierto y elige sin sobrepasarlo la solución que le parece más adecuada para atender ciertas situaciones sociales. Esta segunda constelación de supuestos es una expresión de la libertad política (relativa) que debe conservar el legislador incluso respecto de los derechos fundamentales, aunque tal libertad esté seriamente condicionada por las exigencias materiales que deben ser observadas para restringirlos. La cuestión no es, sin embargo, si el legislador está o no sometido a dichas exigencias, ya que obviamente lo está. Lo relevante en este contexto es admitir que, colmadas estas, la restricción resultante puede ser fruto de una decisión política, no de una imposición constitucional.

La visión de la Constitución como ordenamiento marco¹⁰⁵, y no como ordenamiento global implícito, obliga a rechazar una concepción sobre el pa-

¹⁰³ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999, págs. 24 y ss.

¹⁰⁴ Sobre la noción de ámbito lícito de concreción cfr. CHRISTOPH GUSY, "Entscheidung und (Recht-) Kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung", *DÖV*, 43, 1990, págs. 540 y ss.; BÖCKENFÖRDE ha puesto de relieve los dos sentidos con que es empleado el término concreción: uno es de índole básicamente interpretativa, pues es un paso intermedio en el proceso de aplicación del Derecho, que presupone una norma cuyo contenido preexiste a la concreción; el otro es más bien creativo o configurador, pues implica completar el contenido de la norma aplicable; ídem.

¹⁰⁵ Sobre la idea de la Constitución como orden u ordenamiento marco *vid.* BÖCKENFÖRDE, *idem*, pág. 198; ALEXY, "Epílogo...", *op. cit.*, págs. 17 y ss. La Constitución, entendida como

pel del legislador respecto de los derechos fundamentales como la bosquejada más arriba, en la que a este solo correspondería la concreción (estricta o interpretativa) del orden constitucional sobre los derechos. Basta una ojeada a aspectos puntuales de la regulación de los derechos fundamentales en diversos países democráticos con catálogos e ideas sobre los derechos semejantes para poner en duda aquella aproximación. Así, cabe preguntarse, ¿está en todos esos países (des) penalizado el consumo de drogas o el porte de drogas para el consumo personal? ¿En los países en que es obligatorio contar con un documento oficial de identidad, existe la obligación de llevarlo consigo siempre en vías o lugares públicos? ¿Está en todos previsto un tipo penal que proteja el honor de altos funcionarios públicos? ¿Constituye delito la quema de la bandera o los actos ofensivos contra otros símbolos o instituciones nacionales? ¿Pueden instalarse videocámaras en plazas o vías públicas, con fines de prevención de la criminalidad, de manera general o sin orden judicial? En los ordenamientos en que el aborto no es visto (solo) como una expresión de un derecho fundamental de la mujer, ¿está siempre castigado penalmente? ¿Puede la policía detener aunque no exista flagrante delito ni cuenta con una orden judicial? ¿La privación preventiva de libertad de un imputado únicamente procede cuando existe peligro de fuga o de obstaculización a la justicia, o entran también en juego consideraciones, acaso con valor autónomo, sobre la reiteración o gravedad de los delitos cometidos? ¿Hay limitaciones para la apertura de locales comerciales los fines de semana o los domingos? En los países occidentales con presencia relevante de población musulmana, ¿está prohibido el uso del velo islámico en las escuelas públicas, tanto respecto de los docentes como de los estudiantes?

La falta de uniformidad en el tratamiento de estos temas en distintos países democráticos es por supuesto expresión de diferencias de contexto, relativas a la manera de entender la Constitución, al mayor peso conferido en virtud de las convicciones sociales dominantes a determinadas libertades y a la diversidad y magnitud de los problemas que en cada realidad deben ser enfrentados. Pero ese espacio para la discrepancia (política) en la regulación de los derechos, dentro del marco de lo constitucionalmente posible, existe también, *mutatis mutandis*, al interior de cada país. En estos son igualmente cambiantes las circunstancias históricas que reclaman de las autoridades una respuesta eventualmente restrictiva del ejercicio de un derecho, así como las valoraciones sociales correspondientes, pero junto a estas diferencias fácticas o de entorno social hay distintas opciones políticas o ideológicas que se ven reflejadas en las instituciones del Estado y que también repercuten en la regulación de los derechos fundamentales. Es crucial que la concepción sobre los límites de los derechos fundamentales que se adopte preserve espa-

ordenamiento marco, no predetermina la solución correcta para todos los problemas constitucionalmente relevantes que el legislador debe atender.

cios reales para el debate democrático, en los que sea posible discutir sobre la conveniencia, o necesidad circunstancial, de prohibir o de restringir una determinada conducta, sin que ello venga ya ordenado por la Constitución. Es primordial que los jueces constitucionales dejen a salvo igualmente este ámbito de la política, que no va a perder tal condición porque ellos quieran ocuparlo forzosamente mediante las armas de la interpretación, alterando las funciones institucionales de la jurisdicción constitucional.

Con lo dicho no pretendo negar lo oscuro o fluido de las fronteras entre lo jurídico y lo político, entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente posible, entre la interpretación constitucional y la ordenación política, pero es importante, en materia de restricciones legislativas a los derechos, procurar deslindar el campo específico de la lucha política y de la libertad de configuración normativa, del de la interpretación constitucional (definitiva o vinculante) y la defensa jurisdiccional de la Constitución. Es probable que la dificultad de esta tarea resida en que la concreción, en el sentido estricto antes señalado, y la libertad de configuración del ordenamiento no son, en materia de restricciones, dos espacios separados uno del otro, pero contiguos, entre los cuales hay naturalmente una zona de frontera o de penumbra. Se trata, más bien, de un tejido (restrictivo) en el que están imbricadas las fibras de la decisión política legislativa con las de la Constitución, lo cual no significa que no puedan y deban ser diferenciadas. No hay que olvidar, además, que la libertad política también se ejerce cuando no se prohíbe ni se ordena una conducta, aunque constitucionalmente sea lícito hacerlo.

Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que puede traerse a colación para hacer patentes las dificultades de delimitación entre lo constitucionalmente ordenado o prohibido y lo constitucionalmente permitido, así como la existencia de un ámbito, u oportunidad, para la decisión política del legislador, es el fallo dictado en relación con el uso del velo islámico por personal docente en las escuelas públicas. La sentencia fue adoptada al resolver el amparo interpuesto por quien aspiraba a ingresar, como maestra, a la función docente en el Estado federado de Baden-Württemberg, lo cual le había sido negado por la administración aduciendo su falta de idoneidad para el cargo, derivada de su declarada intención de usar un velo islámico en la escuela e incluso durante las clases¹⁰⁶.

No sería pertinente abordar aquí las polémicas aristas del tratamiento legislativo que en distintos países europeos ha recibido el velo o velos islámicos. Solo interesa apuntar que, al decidir el caso, el Tribunal deja en manos del legislador la búsqueda de una solución adecuada a la tensión que puede existir entre los riesgos de la admisión del uso del velo islámico por las maestras y la libertad religiosa de las docentes que se sientan obligadas o llamadas por su fe

¹⁰⁶ *BVerfGE* 108, 282.

o su cosmovisión a portar dicho velo incluso durante las clases. El Tribunal declaró con lugar el amparo, dada la falta de una disposición legal estatal¹⁰⁷ específica que permitiera excluir del servicio a una maestra por el uso del velo islámico —o de otros símbolos religiosos ostensibles— durante las clases, o por la firme intención de hacerlo. La genérica exigencia jurídica de idoneidad y las disposiciones legales conexas no proporcionaban a la decisión una base normativa suficiente¹⁰⁸. Pero el Tribunal entró también en un amplio análisis sobre los posibles significados socio-culturales y políticos del velo, para lo cual se apoyó en la declaración de expertos.

Apartando una gran cantidad de contenidos relevantes desde la óptica de la libertad religiosa, de la significación constitucional de la tolerancia¹⁰⁹ y de la apertura de la jurisdicción constitucional al dato sociológico, importa subrayar que, pese a estimar que habría buenas razones para excluir el uso del velo por las maestras en las escuelas (públicas), en atención al deber de neutralidad del Estado en materia religiosa o confesional y, sobre todo, a los conflictos que su uso puede provocar con otros estudiantes o sus padres, el Tribunal sostiene que corresponde al legislador “determinar o concretar” los “límites inmanentes”¹¹⁰ de los derechos en juego: la libertad religiosa del docente, por un lado, y la libertad religiosa (negativa) de los estudiantes y el derecho de los padres sobre la educación de sus hijos, por otro lado, los cuales están consagrados en la Ley Fundamental sin reserva de restricción. La sentencia enfatiza que la restricción de derechos fundamentales y la búsqueda de la concordancia o equilibrio entre derechos en colisión es función del Parlamento, en cuyo seno ha de darse democráticamente el debate público sobre la “necesidad y alcance” de la eventual injerencia en un derecho. El legislador estatal competente es pues “libre”, en uso de su prerrogativa de apreciación o valoración (*Einschätzungsprärogative*), para adoptar la base legal que no fue hallada en el caso planteado.

¹⁰⁷ El adjetivo *estadal* lo empleo para referirme a los Estados federados (*Bundesländer* o *Länder*).

¹⁰⁸ Este criterio no fue unánime entre los miembros de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, a la que correspondió decidir el caso, pues en la opinión separada formulada por tres de ellos se consideró suficiente el marco normativo existente para mantener la prohibición.

¹⁰⁹ *Vid.*, los comentarios de SUSANNE BAER/MICHAEL WRASE, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, *JuS*, 2003, págs. 1162 y ss.

¹¹⁰ La alusión a límites inmanentes de los derechos fundamentales es característica de las teorías internas sobre los límites de estos derechos, pero en la jurisprudencia constitucional alemana tal expresión también se ha empleado, como veremos, para referirse a límites aplicables a derechos consagrados en la Ley Fundamental sin una reserva (o remisión) para una restricción a favor del legislador, como sucede con la libertad religiosa. La inmanencia del límite no implica, sin embargo, que opere con independencia de la ley.

Esta clara deferencia hacia la libertad política resulta atenuada por algunos párrafos de la decisión, de los cuales se desprende que la adopción de una regulación de corte eventualmente restrictivo sería, dadas ciertas condiciones, no solo constitucionalmente posible, sino también aconsejable, por no decir necesaria, pero el Tribunal no señaló la orientación concreta que los legisladores estatales habrían de seguir. Para el Tribunal, tal regulación no está ordenada por la Ley Fundamental considerada en abstracto y, en especial, no viene impuesta por el entendimiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en dicho ordenamiento constitucional, en el que no rige una estricta separación. Además, el uso del velo por una maestra, como decisión individual, no es equiparable a la colocación de símbolos religiosos por disposición del Estado. Sin embargo, la sentencia admite que, ante relaciones sociales cambiantes y ante la creciente diversificación de las convicciones sobre la religión o la cosmovisión, puede ser necesaria una mayor reserva frente a manifestaciones simbólicas religiosas en el ámbito educativo. Al mismo tiempo, declara que el mandato de tolerancia, vinculado al reconocimiento de la dignidad humana, favorece una solución dotada de “equilibrio”, un “punto medio”, que también aprecie la importancia de poder hacer visibles las propias creencias y de conocer las ajenas, lo cual debe ser procurado por el legislador correspondiente atendiendo a las concretas tradiciones educativas, la composición confesional de la población y su grado de religiosidad, y teniendo en cuenta el principio de igualdad. La instancia legislativa competente ha de procurar un “arreglo” (*Kompromiss*) aceptable para todas las partes.

En suma, se deja en manos de cada estado federado la regulación del asunto, y la sentencia no descarta que estos puedan adoptar normativas divergentes. Algunos estados federados no han dictado una regulación con orientación restrictiva¹¹¹, lo cual es también expresión de la libertad política y del espacio para la tolerancia que a fin de cuentas el Tribunal Constitucional Federal quiso preservar.

7. PONDERACIÓN GENERAL E INDIFERENCIADA DE BIENES Y MERA DELIMITACIÓN LEGISLATIVA: UNA AMENAZA PARA LOS DERECHOS

La idea y la praxis de la limitación de los derechos fundamentales son tan antiguas como estos mismos derechos. Es natural, pues, que la jurisprudencia constitucional se ocupe de esta temática, con el objeto de fijar y verificar el cumplimiento de las condiciones o exigencias para la validez de tales limitaciones. Esta labor judicial no necesariamente se desarrolla de manera sistemática, desde una determinada teoría de los derechos fundamentales o desde

¹¹¹ <http://baer.rewi.huberlin.de/wissen/comparativeconstitutionalism/kopftuchcomparativeconstitutionalism/>

categorías dogmáticas claramente definidas. La jurisprudencia está orientada principalmente a la resolución de problemas concretos, cuyo tratamiento no siempre requiere del abordaje de cuestiones abstractas o doctrinales. Sin embargo, algunos principios jurídicos fundamentales deben estar expresa o tácitamente presentes en la labor de revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes restrictivas de derechos.

Quiero ilustrar ahora los riesgos a que puede conducir un manejo inapropiado de los conceptos de la teoría de los derechos, el cual no necesariamente se origina en errores técnicos sino que puede responder a una opción deliberada dirigida a debilitar o disolver los derechos fundamentales o algunos de ellos. Esto último ha sucedido en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, dictada al resolver un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación de protección al consumidor¹¹². Muchos aspectos de la decisión son dignos de análisis crítico, pero me centraré en el que estimo representa el eje de la concepción allí expuesta sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones.

En el recurso interpuesto se objetaba, entre otras regulaciones, la obligación impuesta por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, de imprimir o marcar en los productos o mercancías el precio correspondiente, aunque no se trate de bienes declarados de primera necesidad. Se alegaba que no existe una razón de interés social para exigir dicho marcaje cuando los bienes respectivos no han sido declarados de primera necesidad, lo cual vulneraba, a juicio de los accionantes, el artículo 112 de la Constitución, que sólo permite limitar la libertad económica “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”.

La Sala Constitucional, después de adoptar la distinción entre reglas y principios arriba esbozada, e intentando aplicarla al caso de autos, sostuvo que el derecho a la libertad económica es un principio y agregó:

“Dichas ‘razones’, cuya presencia podría ‘limitar’ la aplicación del contenido del derecho a la libertad económica, no podrían asimilarse a las denominadas ‘restricciones’ de los derechos fundamentales, pues el término ‘restricción’ debe reservarse a aquella parte de las disposiciones de derechos fundamentales que expresamente indican en cuáles casos no se aplica el mandato contenido en el derecho o en cuáles casos no quedan protegidos por el mismo”.

Es decir, según la sentencia el concepto de restricción —y no solo el término— debe reservarse para los supuestos en que la Constitución recorta el ámbito del derecho reconocido, como sucede cuando el artículo 53 de la Constitución garantiza el derecho a reunirse “con fines lícitos y sin armas”. En cambio, si el Estado interviene en la libertad económica en consideración a

¹¹² Sala Constitucional, sent. 1049 de 23 julio 2009.

algunas de las razones mencionadas en el artículo 112 de la Constitución, lo hace porque la remisión a la ley contenida en esta disposición va dirigida a

“[A]utorizar al legislador a que, a la hora de establecer una normativa en relación con la actividad económica, también proteja, promueva y garantice otros bienes de igual entidad. En otro sentido, es una autorización para, al tiempo que se promueve la libertad de empresa, se garantizan [*sic*] otros bienes jurídicos atendibles. El resultado de dicha tarea puede resultar en la protección de unos u otros bienes jurídicos, en grados diversos, e incluso, como se verá más adelante, en la precedencia de unos respecto de otros. El legislador disfruta, respecto al artículo 112 constitucional, de un margen de creatividad y poder de configuración sensiblemente mayor que en el caso en que afronte el desarrollo del artículo 53 de la Constitución, el cual le marca una frontera infranqueable: aquella en que consiste la prohibición según la cual los que participen en una reunión estén armados. Los demás poderes públicos deben hacer lo propio en el ámbito que les corresponda.

”Esta facultad que ha venido calificando la Sala como creadora de normas, y que sería el producto de la combinación de los mandatos de derecho fundamental pertinentes para dictar una ley, una sentencia o un acto administrativo, ha sido vinculada por la doctrina al uso de una técnica llamada *ponderación de principios*”.

En otras palabras, según la Sala Constitucional, los numerosos supuestos en los cuales la Constitución consagra un derecho bajo reserva de limitación o restricción mediante ley no deberían calificarse como autorizaciones constitucionales para una restricción legislativa, sino para una limitación, ya que la expresión restricción debería emplearse exclusivamente para aludir a lo que he denominado la delimitación constitucional del derecho. El asunto no es meramente semántico e incluso aquí lo terminológico puede encubrir el sentido de la teoría planteada: pudiera parecer más garantista afirmar que el legislador no *restringe*, sino *limita* los derechos fundamentales (aunque esta distinción resulta discutible desde el punto de vista lingüístico), pero al indagar en el alcance de la diferenciación esta primera impresión se disipa, pues de la previsión constitucional de la posibilidad de una limitación la Sala deduce una amplia facultad de creación y configuración legislativa que relativiza la resistencia del derecho fundamental a la injerencia del Estado. La Sala termina confesando su comprensión del asunto cuando asevera:

“En consecuencia, la *delimitación* del grado en que el derecho a la libertad económica o de libre empresa se garantice en un caso particular, no constituye una anomalía, no es una *restricción* al mismo, ni de por sí dice nada respecto a si fue violado o no. Exigir, pues, que cualquier norma que establezca un *margen de protección* de la libertad económica deba estar fundada en un interés general, entendiendo por interés general una grave amenaza a otro derecho, es desconocer la naturaleza principialista de la mayoría de los derechos, así

como la ponderación como técnica de concreción o *delimitación* del margen de protección adecuado” (cursivas mías).

Así, lo que comenzaba siendo una tímida limitación equivale a una delimitación del derecho por vía legislativa que determinaría el ámbito de su protección, lo cual pretende encubrir, bajo este manto aparentemente protector, la faceta restrictiva de la regulación legislativa y, al hacerlo, debilitar la respuesta del ordenamiento frente a la injerencia subyacente. Esto evoca teorías institucionales como la de HÄBERLE, mayoritariamente rechazada en Alemania justo en lo concerniente a su visión sobre el papel del legislador en el campo de los derechos fundamentales, fundada en el fallido intento de abandonar el pensamiento de la intervención y de la restricción que soporta la teoría (garantista) de los derechos fundamentales, como luego expondré.

Conforme a la sentencia, la preferencia por la noción de delimitación no es un mero giro terminológico; por el contrario, es la manifestación de una reinterpretación de la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de las relaciones existentes entre estos y otros bienes jurídicos, que se alejaría del clásico enfoque liberal:

“Por otra parte, dicha tesis, en tanto tributaria de la doctrina liberal del carácter cuasi-absoluto, abstracto y negativo de los derechos fundamentales, ha sido sustituida por la de la *delimitación* de los mismos. Ello supuso un cambio en la técnica con que se suponía debían resolverse los ‘conflictos’ entre tales derechos. Bajo esta nueva visión, tales ‘conflictos’ han perdido su dramatismo. Los derechos fundamentales como normas que son no entran propiamente en ‘conflicto’; por el contrario, en su mayoría no son más que mandatos de optimización, es decir, no ordenan que se cumpla o haga algo de modo pleno o irrestricto. Siendo así, la ‘guerra entre los derechos’ no es tal, y toca a los poderes públicos resolver la cuestión que deseen regular o solucionar en un sentido cónsono con los objetivos que se les han impuesto, para lo cual deberán tener en cuenta la situación concreta y los referidos mandatos. A tal fin deberán examinarlos y combinarlos en la medida en que la situación y los fines constitucionalmente establecidos lo señalen”.

En la declaración histórico-ideológica que finalmente hace la sentencia para explicar su postura todo se confirma, ya que la Sala Constitucional considera superada la adopción de la libertad como regla general, susceptible de excepciones o restricciones:

“[D]e la teoría del Estado limitado a la teoría de las ‘restricciones’ (es decir, al carácter excepcional de las limitaciones de los derechos fundamentales), solo hay un paso. Si se tiene a tales derechos como irrestrictos, y sólo por la necesidad imperiosa de protegerlos fue que se creó el Estado, los límites que imponga al ejercicio de tales derechos ese Estado gendarme serán, como gusta decir la academia, de ‘interpretación restrictiva’, o a los solos efectos de proteger el ‘interés general’, como se esgrime en el escrito de este recurso”.

Obsérvese que este párrafo encubre peligrosas falacias. La teoría de los derechos fundamentales nunca ha hablado indiscriminadamente de derechos irrestrictos o absolutos, como dice otro pasaje de la decisión. Asume más bien la posibilidad de su restricción, sin perjuicio de la existencia de algunos derechos o normas sobre derechos fundamentales de carácter absoluto (prohibición de la tortura), pero la somete a rigurosos requisitos de validez. Además, la referencia al interés general efectuada por los recurrentes no es caprichosa ni fruto necesariamente de una particular visión ideológica, sino un resultado de la propia letra del artículo 112 de la Constitución, que en virtud de la sentencia, también ha sufrido indebidamente una relativización.

Lo que se presenta como un método para tratar las aparentes colisiones entre derechos es en principio extensible, en la concepción de la Sala, a las tensiones entre derechos fundamentales y otros “bienes jurídicos atendibles”, lo cual comprende, en el supuesto del artículo 112 de la Constitución, las exigencias del desarrollo humano, de la seguridad, de la sanidad, de la protección del ambiente y otras razones de interés social. Sin embargo, considerando lo sostenido por la Sala en casos previos, cabe aseverar que en esta hipótesis tendrían prevalencia los intereses calificados como públicos o colectivos, más aún si se tiene en cuenta que, según la particular lectura que hace la sentencia del Estado social de Derecho, los propios derechos habrían sido “socializados” y el Estado tendría el deber de “promover y garantizar positiva y proactivamente el ejercicio equitativo y justo de los derechos fundamentales”.

Pero al margen de esta posible prevalencia general de lo calificado como público o colectivo sobre lo individual, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la objeción central que merece la tesis vertida en esta sentencia es que despoja a las libertades amparadas por derechos fundamentales del punto de partida favorable metodológico inherente a la afirmación de la libertad como regla y de la restricción como excepción. Tales libertades y derechos serían solamente un peso o punto de vista más en la ponderación a la que, según la Sala, ellos siempre estarían sujetos, sin que se admitan, sostiene la sentencia, prohibiciones *a priori* o posiciones preferentes (*prima facie*), lo que trasladado a las colisiones entre derechos y bienes colectivos, o entre libertades individuales y necesidades sociales reflejadas en derechos, conduce a la relativización y eventual disolución de la garantía constitucional de los derechos fundamentales y de estos mismos derechos. De ahí que la sentencia concluya que “La relatividad es guía rector [*sic*] existencial de los derechos humanos en esta dimensión de análisis”.

Pese a que la sentencia se apoya en la distinción entre reglas y principios extendida por ALEXY al campo de las normas sobre derechos fundamentales, la desfigura completamente cuando la usa para diluir los derechos en la tensión entre principios que resultaría de la previsión en la Constitución de reservas

legales. Desconoce, además, la posición favorable que el autor tiende a reconocer a los derechos fundamentales en sus posibles conflictos con bienes colectivos¹¹³.

La defensa de la relativización de los derechos fundamentales y de los derechos humanos que hace la Sala Constitucional es reiterada por la sentencia cuando declara:

“Los derechos fundamentales no exigen, en su mayoría, un cumplimiento pleno e irrestricto, no son absolutos; son, por el contrario, instrumentos jurídicos para la convivencia y el desarrollo humanos, y en tal sentido, deben ser objeto de una aplicación dosificada. Dicha dosificación la impone la naturaleza de la vida en sociedad, en la cual confluyen intereses de diversa entidad”.

Esta curiosa tesis de la necesaria relativización o dosificación de los derechos fundamentales se aparta completamente de la razón de ser y del estudio dogmático de estos. Los derechos fundamentales se reconocen para ser ejercidos y deben cumplirse plenamente. Por lo general no son absolutos, aunque algunos sí lo son. Los que no lo son están expuestos a colisiones con otros derechos o bienes jurídicos que pueden traducirse en la fijación de límites, pero esto no significa que deban ser dosificados. Por el contrario, la Constitución asegura su disfrute, el cual ha de ser pleno, a menos que se *cumplan* las condiciones para permitir una restricción o limitación. Entre el carácter limitable de los derechos y su obligada relativización hay una gran distancia conceptual, mientras que entre la tesis de la necesaria dosificación de los derechos fundamentales y su negación solo hay un paso.

Por tanto, la Sala Constitucional se ha decantado por el debilitamiento de los derechos fundamentales, ya que estos no serían una categoría fuerte, revestida de criterios formales y materiales que oponen resistencia ante las injerencias del Estado, sino un punto de vista, un argumento más que confluiría con otros en la determinación del alcance de la protección derivada del reconocimiento constitucional del derecho, cada vez que se autoriza su regulación mediante ley. Todo el edificio garantista levantado por la doctrina jurídica para asegurar los derechos fundamentales frente a los posibles abusos del poder público se vendría abajo con esta tesis jurisprudencial, conforme a la cual las denominadas restricciones legislativas a las libertades constitucionalmente aseguradas solo serían delimitaciones de las mismas o medios para la fijación del equilibrio entre ellas y los derechos o principios en tensión que deban ser atendidos.

Nótese que mi objeción no recae sobre la afirmación según la cual no siempre habría que exigir una grave amenaza al interés general para justificar la limitación de la libertad económica. A una conclusión similar puede llegarse desde una visión garantista de los derechos fundamentales, con apoyo en el principio de proporcionalidad, pues una restricción mínima o leve de la libertad

¹¹³ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 179 y ss.

económica puede estar justificada aunque no exista una grave amenaza al interés general. Lo que se cuestiona es que esta conclusión y el resto de la argumentación de la sentencia parten de una concepción de los derechos fundamentales y de sus restricciones que dislocaría el sistema constitucional y la preeminencia que en él deben ostentar los derechos humanos. La sentencia pone en entredicho el postulado de la libertad como regla y su limitación como excepción, antes examinado, que ni siquiera asume como premisa metodológica o formal. La misma proporcionalidad, como instrumento formal-material condicionante de la intervención estatal en los derechos fundamentales, queda atrapada por la ponderación general e indiferenciada de bienes que la sentencia propicia.

La afirmación de la libertad como punto de partida y el rigor metodológico en el examen de la licitud de las limitaciones a los derechos fundamentales no implica optar por un Estado mínimo, sino someter los intentos estatales de restringir los derechos a condiciones formales (de legalidad) y materiales (de justificación) que eviten la afectación innecesaria o excesiva de tales derechos. Aunque pueda lucir paradójico, la negación de la posibilidad de restringir mediante ley los derechos fundamentales, con el argumento de que esta solo delimita o concreta el ámbito de su protección, como sostiene la Sala Constitucional, termina siendo una tesis muy peligrosa para las libertades, porque oscurece el efecto reductor de la intervención del Estado y, con ello, resta importancia a las cautelas que la ciencia jurídica del constitucionalismo ha elaborado para que el Estado, con todo el activismo que deba desarrollar en determinadas áreas, contextos o coyunturas, no ponga en riesgo la dignidad y la autonomía de la persona.

CAPÍTULO III

ÁMBITO PROTEGIDO, INTERVENCIÓN Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Un estudio sobre la limitación o restricción de los derechos fundamentales no puede prescindir de conceptos que la preceden o le sirven de presupuestos. La noción de limitación o restricción implica la preexistencia de un objeto o realidad que resulta reducido o comprimido, cuyo contenido debe ser determinado o determinable para poder captar el sentido o alcance de la restricción. En otras palabras, el examen de los derechos por el costado de las restricciones exige ver con claridad el flanco de la esfera de libertad constitucionalmente garantizada.

Para apreciar el contenido real o práctico de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico es necesario considerar tanto lo constitucionalmente reconocido por cada derecho como la esfera actual de su ejercicio lícito, lo que implica tener en cuenta las correspondientes restricciones legislativas. El análisis de estas restricciones supone por tanto captar la secuencia metodológica que parte de la llamada extensión máxima del derecho y que puede desembocar en una menor extensión de ejercicio real o actual, después de haber introducido restricciones válidas. De allí la importancia de diferenciar entre el ámbito protegido, la intervención o injerencia estatal y la restricción del derecho fundamental.

Entre el ámbito protegido por el derecho fundamental y sus restricciones se da una relación estrecha y de mutua influencia o condicionamiento. El derecho que, en los casos permitidos por la Constitución, ha sido objeto de limitaciones legislativas debe ser respetado por el legislador, que solo puede fijarlas si hay una justificación suficiente y nunca más allá de lo necesario, dejando siempre a salvo además su contenido esencial; adicionalmente, una vez que han sido adoptadas, estas limitaciones han de ser leídas o reinterpretadas a la luz del derecho fundamental. Por otro lado, las restricciones legales válidas señalan los linderos del ejercicio lícito del derecho en cada momento.

La diferenciación entre el concepto de ámbito protegido y el de restricción de un derecho fundamental es en principio clara, pues el primero abarca la esfera subjetiva inicialmente amparada mientras que el segundo alude, por el contrario, a las disposiciones que sustraen o permiten sustraer de esta esfera algunas manifestaciones de la libertad protegida. Pero suele haber problemas

al trazar la línea divisoria entre aquello que de entrada ha de excluirse de tal ámbito protector y lo que ha de ingresar en este para luego ser eventualmente sometido a una restricción. En tal sentido, puede constatarse, como después se apreciará, que en el tratamiento dogmático y jurisprudencial de estos conceptos a veces se intenta resolver en el plano del supuesto de hecho o ámbito protegido por el derecho lo que en otros casos se analiza desde la perspectiva de la restricción y viceversa. Además, diversas corrientes doctrinales han insistido en la importancia de solventar en la etapa de precisión de la aplicabilidad del supuesto de hecho del derecho cuestiones que, de lo contrario, innecesariamente se plantearían en la etapa de revisión de la justificación de la injerencia estatal, apuntando algunas en la dirección de una interpretación estrecha del ámbito protegido, mientras que otras conceden preferencia a una lectura amplia del mismo que permitiría tratar con mayor objetividad o rigor metodológico, en fases subsiguientes de análisis, intereses o conflictos que no deben ser expulsados a la ligera de dicho ámbito.

Para captar el alcance de una libertad constitucionalmente reconocida, así como de las restricciones que esta pueda sufrir, es preciso igualmente dilucidar cuáles actuaciones estatales merecen el calificativo de intervenciones o inherencias en el bien o ámbito protegido. No basta saber *qué* ampara un derecho, es decir, cuáles expresiones de la libertad humana; también es relevante determinar *contra qué* protege. El ámbito protegido y la intervención en un derecho fundamental están íntimamente conectados y son dos dimensiones que permiten determinar lo amparado *prima facie* por un derecho. Esto puede ilustrarse con los supuestos en que el ámbito protegido de un derecho es definido ampliamente mientras que se exige una serie de cualidades a toda acción u omisión del Estado antes de tratarla como una intervención en ese derecho, a partir de entonces se activa el arsenal de garantías previstas en su favor.

De ahí que en este capítulo se analizarán las categorías del supuesto de hecho o ámbito protegido del derecho fundamental, de la intervención o injerencia en el derecho y de su justificación formal y material, como pasos racionales para medir la licitud de las acciones u omisiones estatales que afecten derechos fundamentales.

1. MÉTODO PARA EL EXAMEN DE LA LICITUD DE LAS INJERENCIAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En un Estado constitucional es preciso determinar la licitud de las actuaciones o medidas estatales que incidan en los derechos constitucionalmente asegurados. Si los derechos son asumidos seriamente, no puede haber una intervención estatal en la esfera que estos amparan sin que exista una justificación y sin que se satisfagan determinadas exigencias formales. La ma-

nera de establecer la licitud de tales intervenciones puede variar de un ordenamiento a otro pero ha de seguirse un método que ofrezca suficiente racionalidad al estructurar dicho análisis. La dogmática alemana sobre los derechos fundamentales ha adoptado, especialmente respecto de los derechos de defensa, un esquema o metodología conceptual particularmente útil a estos efectos, que ha repercutido en otros países europeos, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en parte, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹. Se trata de un esquema metodológico aplicado para medir la licitud de las actuaciones estatales que repercuten negativamente en los derechos fundamentales (*Grundrechtsprüfung*)², el cual se apoya en una determinada comprensión de las relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación, como veremos.

Este esquema, que considero igualmente provechoso para otros ordenamientos constitucionales, conduce, *grosso modo* y dejando de lado diferencias terminológicas o de detalle, a distinguir entre el ámbito protegido del derecho fundamental, que comprende los bienes, situaciones jurídicas o posibilidades de actuación amparados; la intervención o inherencia estatal, es decir, la acción u omisión del poder público que incide en ese ámbito, y la justificación constitucional de la intervención, que depende de exigencias formales y materiales. En el mismo nivel que el concepto de ámbito protegido, aunque con una significación no siempre coincidente, se encuentra el de supuesto de hecho del derecho fundamental. Seguidamente se indagará el significado de cada una de estas categorías, no sin antes referirme a algunas de las premisas conceptuales en que este esquema de análisis se apoya y a las principales críticas que ha suscitado, así como a la forma en que debe ser entendido y aplicado.

A) *Fundamentos del esquema de la intervención y la restricción*

El método de análisis antes enunciado, con frecuencia denominado esquema de la intervención y de la restricción, o esquema de la intervención y la justificación, o de la restricción a secas, es expresión del desarrollo de la dogmática

¹ K.-P. SOMMERMANN, *op. cit.*, pág. 638; J. BRAGE CAMAZANO, “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *REDC* 74, 2005, págs. 111 y ss.

² M. SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, págs. 90 y ss.; J. IPSEN, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Neuwied, Luchterhand, 2000, págs. 38 y ss.; B. PIEROTH/B. SCHLINK, *op. cit.*, págs. 54 y ss.; M. HERDEGEN, en T. MAUNZ/G. DÜRIG, *Grundgesetz*, t. I (art. 1.3), Munich, C. H. Beck, 2006, págs. 18 y ss.; J. ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, en J. ISENSEE/P. KICHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. V, Heidelberg, Müller, 2000, págs. 163 y ss.; A. BLECKMANN, *Staatsrecht II (Die Grundrechte)*, Colonia, Carl Heymanns, 1997, págs. 397 y ss.

de los derechos fundamentales en Alemania³. Con estas y otras herramientas conceptuales se procura evitar que la pura casuística, a partir de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, indique o sugiera los criterios que han de ser considerados para examinar la licitud de las injerencias del poder público en los derechos constitucionalmente reconocidos. Aquí como en otras ramas del Derecho, o incluso en mayor medida, ha habido un esfuerzo de racionalización de la actividad judicial que intenta reducir el subjetivismo o al menos propugnar una argumentación adecuada y, por tanto, una explicitación de las razones que sustenten la negación o afirmación de la vulneración de un derecho fundamental. De esta forma, el método señalado pretende robustecer racionalmente el control sobre las actuaciones del poder público que afecten derechos fundamentales. El camino que con estos propósitos ha sido recorrido ha ofrecido algunos escollos y ha estado acompañado de críticas procedentes de la propia doctrina, que no han cesado en los últimos años. Pero el balance que al respecto puede ensayarse es positivo y en el mismo ostenta un peso determinante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha sabido servirse de los aportes doctrinales al tiempo que ha trazado sus propias alternativas de solución a los problemas planteados.

En cuanto a sus fundamentos teóricos, el esquema de la intervención y la restricción surge en el contexto de una dogmática de los derechos fundamentales signada por el análisis de los derechos de defensa, como contenido preponderante de la declaración de derechos de la Ley Fundamental, lo cual no ha impedido que existan serios intentos por extender esta construcción a los derechos de igualdad o a los derechos de prestación, los cuales no han llegado a prevalecer. Son tres los postulados en que se sustenta el mencionado esquema o dogmática de la intervención, tal como ha expuesto LÜBBE-WOLFF: la diferenciación entre el ámbito protegido y las posibilidades de restricción del derecho fundamental, la distinción entre la función de protección formal y la de protección material de los derechos fundamentales y la coordinación de ambas funciones⁴.

La diferenciación entre el ámbito protegido y las posibilidades de restricción del derecho fundamental implica la no identidad entre el ámbito protegido y el ámbito de la garantía efectiva del derecho, según antes expuse, pues la cobertura de una conducta o situación subjetiva por el ámbito protector del derecho no necesariamente se traducirá en su protección definitiva, ya que pueden concurrir razones formales y materiales que justifiquen una restricción y, con ello, la exclusión de la garantía definitiva. Esto supone que tampoco hay identidad entre la noción de intervención o injerencia y la de violación

³ Vid. JUAN CARLOS GAVARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 161 y ss.

⁴ G. LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

del derecho fundamental, por cuanto la afectación de la esfera amparada por el derecho puede ser legítima, si se llenan las condiciones exigidas por el ordenamiento.

Algo distinto ocurriría si, conforme a un enfoque propio de la teoría interna sobre los límites de los derechos fundamentales, la precisión del contenido del derecho supusiera ya el establecimiento de las relaciones con otros bienes jurídicos que pudieran estar en juego y la expulsión de las conductas o situaciones no merecedoras de protección, porque en este caso la injerencia en la esfera garantizada implicaría una violación del derecho. Al mismo resultado se llega con el modelo de la preformación de la protección del derecho fundamental (*Präformationsmodell*), defendido por LÜBBE-WOLFF como parcialmente alternativo al de la intervención y la restricción. Según el modelo de la preformación, el esquema o la dogmática tradicional de la intervención no siempre es idóneo para medir la licitud de la acción u omisión estatal que repercute en los derechos fundamentales. Particularmente, no lo es cuando están en juego pretensiones relacionadas con la igualdad de trato o con el disfrute de derechos originarios a prestaciones o de derechos derivados a prestaciones respaldados por el principio de igualdad, porque el alcance de lo constitucionalmente exigido está ya predeterminado y no son admisibles injerencias o acortamientos ulteriores; una intervención comportaría *per se* una violación del derecho⁵.

También la distinción que se hace entre la función de protección material y la de protección formal del derecho es un elemento constitutivo del modelo de la intervención. En el modelo de la preformación esta diferenciación no es posible o al menos no es necesaria, pues los criterios materiales que determinan *a priori* la medida de lo constitucionalmente garantizado no reclaman adicionalmente una base legal u otros requisitos formales para una injerencia o restricción que en sí mismas serían ilícitas. En cambio, en la dogmática de la intervención la actuación estatal debe satisfacer condiciones formales y materiales, si pretende restringir válidamente un derecho. Una protección puramente formal vaciaría al derecho de contenido.

Por último, en el modelo de la intervención existe una coordinación entre las dos funciones señaladas, pues al rebasarse el umbral en que puede hablarse de una intervención se desencadena tanto la protección formal como la material. La convergencia o simetría entre ambos modos de protección pudiera considerarse algo evidente o lógicamente necesario, pero según LÜBBE-WOLFF cabría pensar en una disociación en la activación de estas funciones, de acuerdo con el grado o la forma de la afectación del derecho, de tal manera que una de las funciones se adelante a la otra. En esta dirección apuntaría una línea jurisprudencial desarrollada en el ámbito educativo por el Tribunal

⁵ *Ibidem*.

Constitucional Federal, conforme a la cual los temas relevantes de derechos fundamentales, como este, deben ser regulados por ley, lo cual se afirma sin que las correspondientes actuaciones estatales sean expresamente calificadas como intervenciones, lo cual pudiera obedecer a que la reserva legal se anticipa a la protección material del derecho. La autora concluye sin embargo que en el fondo dicha jurisprudencia sigue apegada a la mencionada coordinación, ya que allí donde opera tal protección formal dicho Tribunal también ha procedido a efectuar un examen de índole material a la luz del derecho involucrado⁶.

No obstante, conviene señalar que en decisión del Tribunal Federal Constitucional alemán relativa a la libertad religiosa no se descarta que una relativa disociación entre ambas funciones pueda producirse⁷. Particularmente, a la vista de los problemas especiales que suscitan las intervenciones mediatas y fácticas en los derechos fundamentales, el Tribunal admite la posibilidad de que la protección formal, es decir, la reserva legal, no acompañe simétricamente a la protección material del derecho fundamental, tal como luego comentaré.

El esquema de la intervención y la restricción que, como he expuesto, es reflejo de una manera de entender los derechos fundamentales y de articular sus dimensiones protectoras, ha sido sometido a dos clases de críticas. Unas apuntan a las bases teóricas en que se afincaría, o a algunas de estas, mientras que otras procuran completar o perfeccionar sus herramientas conceptuales. HÄBERLE ha sido un digno exponente de las primeras, en su cuestionamiento al pensamiento o dogmática de la intervención y la restricción⁸. La concepción institucional de los derechos fundamentales que este autor ha propugnado puso al esquema mental de la intervención y a la restricción en el centro de sus objeciones a la dogmática tradicional de los derechos fundamentales, especialmente en lo que atañe a las funciones que ha de cumplir el legislador en relación con estos derechos. De acuerdo con esa concepción institucional, que ha sido ampliamente estudiada y en la que aquí no será posible profundizar, los derechos fundamentales no han de ser vistos como libertades naturales preexistentes y autosuficientes, que por definición rechacen todo contacto con la legislación, sino más bien como libertades jurídicamente acuñadas, que requieren de la colaboración legislativa para su completa configuración y realización, en el marco de un Estado social y liberal a la vez. Al cumplir esta función la legislación está llamada a ser un instrumento de libertad. La consideración del legislador como un potencial enemigo de los derechos, frente al cual se eleva, cual barrera, la construcción teórica de la intervención y la restricción, sería una reminiscencia de un tipo de Estado que no se correspondería con el ya mencionado, previsto en la Ley Fundamental, así como en otros Estados constitucionales.

⁶ Ídem, págs. 30 y ss.

⁷ BVerfGE 105, 279 (303 y ss.).

⁸ PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie ..., op. cit.*, págs. 3 y ss.

Los derechos fundamentales no sufrirían restricciones desde afuera, ni tampoco intervenciones, porque sus *límites* y al mismo tiempo su verdadero *contenido* se fijarían, mediante ponderación, teniendo en cuenta los bienes jurídicos enfrentados de igual o superior valor, de tal manera que el derecho no podría ser invadido o recortado. El papel del legislador en esta materia consistiría básicamente en la determinación de estos límites y en la configuración de los derechos. En opinión del autor, un término como el de intervención (EINGRIFF), que en el uso corriente del lenguaje, en alemán y en parte también en español, posee una connotación negativa, que sugeriría falta de justificación o exceso, debería ser borrado de la dogmática de los derechos fundamentales, como también el de restricción⁹.

La posición no podría ser más clara, tajante y al mismo tiempo polémica, como lo evidencian las numerosas críticas que ha recibido. Baste con mencionar la objeción, formulada desde la teoría de los principios, de que la teoría de HÄBERLE es incompleta o inconsecuente consigo misma, dado que admite una ponderación como paso previo a la determinación de los límites de los derechos pero silencia el valor jurídico de los bienes que deberían ser sopesados, los cuales, si se asumen como normas sobre derechos fundamentales que participan en la ponderación, no serían otra cosa que principios, cuyo alcance *prima facie* sería a fin de cuentas restringido por el principio o principios opuestos, con lo cual la crítica radical contra el esquema o pensamiento de la intervención y la restricción pierde en gran medida sustento. El mismo HÄBERLE, en el prólogo a la segunda edición de la obra que se reseña, atempera sus críticas, inclinándose por un camino intermedio en el que reconoce el valor aplicativo y la contribución del pensamiento sobre la restricción al perfeccionamiento de la validez en el aseguramiento de los derechos fundamentales, sin abandonar los postulados centrales de su teoría.

Como ya tuve oportunidad de afirmar, es importante apreciar la dimensión colaboradora o contributiva de la actuación del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales; él puede terminar de configurar tales derechos así como desarrollarlos y protegerlos. Incluso, cabe aceptar que la regulación legislativa destinada a poner en concordancia un derecho fundamental con otros derechos o bienes constitucionales es necesaria y no ha de ser vista en sí misma como un mal. La ausencia de limitaciones o restricciones al ejercicio de las libertades no puede ser asumida como el estado o situación ideal. Pero en el Estado social de Derecho sigue siendo imprescindible la garantía de las libertades y ello exige una aproximación metodológica al tema de las restricciones que evite en el mayor grado posible la reducción injustificada del ámbito de goce o ejercicio de los derechos fundamentales. La robustecida legitimación del poder público para actuar en los más diversos escenarios de

⁹ Ídem, págs. 150 y ss.

la vida económica y social que el modelo del Estado social lleva consigo, obliga, antes que a abandonar, a afinar los controles instaurados para impedir la extralimitación o el abuso de poder en contra de tales derechos.

Otras observaciones al esquema de la intervención y la restricción son más bien internas al propio modelo. Aquí sobresalen los planteamientos de BÖCKENFÖRDE y HOFFMANN-RIEM. Estos autores no cuestionan el sentido dogmático de dicho esquema analítico como herramienta para controlar racionalmente la licitud de la incidencia de la legislación en los derechos fundamentales. Solo proponen, desde ópticas no totalmente coincidentes pero afines, ajustes en su base o escalón inicial, el del ámbito protegido. La tendencia doctrinal y jurisprudencial a ampliar el ámbito protegido por los derechos fundamentales, explicable en una primera etapa por la necesidad de consolidar la ruptura con el periodo de desconocimiento de tales derechos durante el nacionalsocialismo, efectuada por la propia Ley Fundamental al proclamar tales derechos como vinculantes para todos los poderes públicos en cuanto derechos de validez inmediata (art. 1.3 LF), habría conducido, junto a desaciertos dogmáticos, a una serie de disfuncionalidades y complicaciones que deberían ser evitadas. Para Böckenförde es primordial reconstruir el sentido de la diferenciada regulación constitucional de las cláusulas de reserva de los derechos fundamentales, especialmente respecto de aquellos consagrados sin reserva alguna de restricción. HOFFMANN-RIEM insiste en la importancia de acompañar la dogmática de los derechos fundamentales con las situaciones actuales en que estos se encuentran comprometidos, especialmente para hacer frente a los casos de conflictos multipolares y multidimensionales de derechos, en los que el Estado interviene para concordar posiciones individuales contrapuestas en principio respaldadas por las respectivas dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos implicados, cuyo alcance jurídico-constitucional debe ser precisado rigurosamente desde el comienzo¹⁰. Estas tesis serán examinadas con mayor detalle al abordar el concepto del ámbito protegido por el derecho fundamental.

B) *El esquema de la intervención y la restricción, y su aplicación*

Como ya apunté, el esquema de la intervención y la restricción posee tres componentes conceptuales: el ámbito protegido por el derecho, la intervención o injerencia en dicho ámbito y la fundamentación o justificación constitucional. Una observación más detenida del proceso mental característico del examen de licitud de la irrupción del Estado en la esfera amparada por derechos fundamentales de defensa revela, sin embargo, que entre el concepto de ámbito protegido y el de intervención hay una conexión muy estrecha, la cual

¹⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik", en *Der Staat* 42, 2003, págs. 165 y ss.; W. HOFFMANN-RIEM, "Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch", *op. cit.*, págs. 203 y ss.

los agrupa y les da una comunidad de sentido, al tiempo que los contrapone a la idea o exigencia de la justificación constitucional de una posible restricción¹¹. El ámbito protegido nos dice *qué* ampara el derecho, el concepto de intervención indica *contra qué* protege. Pero ambos permiten delinear la esfera subjetiva comprendida por el derecho fundamental, la cual obtiene una garantía definitiva si no existe una razón constitucional que se oponga a ello, es decir, una restricción válida.

Esto lo puedo ilustrar con supuestos relativos al derecho a la libertad personal. El derecho a la libertad personal (art. 2.2 LF, 28 Const. Pol. y 44 CRBV) protege en esencia la libertad corporal, entendida como libertad de movimiento o libertad de autodeterminar la situación o ubicación en el espacio. Pero esta afirmación no basta para determinar el alcance del derecho, no solo porque habría que afinar más la delimitación de *qué* ampara, excluyendo la libertad de movimiento o autodeterminación espacial en su dimensión de desplazamiento o libre circulación, que pertenece al derecho de libre tránsito, sino porque hay que precisar *contra qué* ampara, por cuanto la simple citación para comparecer a una oficina pública, en un día y hora determinados, por sí sola no constituye una privación de libertad, aunque exista una (simple) obligación de comparecencia, no acompañada de una posible conducción coactiva, mientras que sí lo es una orden de internamiento dirigida a una persona, aun cuando no sea ejecutada por la fuerza¹². En relación con este y otros derechos de defensa no puede visualizarse globalmente lo tutelado por el derecho fundamental si no se incorporan en el análisis las propiedades de la actuación estatal que repercute en el derecho fundamental. La doctrina alemana suele invocar el ejemplo jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que extendió la inviolabilidad del domicilio a ciertos locales comerciales o negocios, pero luego negó la condición de injerencia, y por lo tanto la necesidad de una orden judicial, en el caso de las visitas de inspección sanitaria realizadas en horarios de apertura al público bajo ciertas condiciones¹³.

Igualmente, muchos problemas que se plantean desde la óptica del ámbito protegido a menudo se examinan y pueden ser examinados desde el prisma de la intervención. El que una citación no represente por sí sola una afectación de la libertad personal puede fundamentarse a partir de la noción de ámbito protegido o de la de intervención. Un caso de la jurisprudencia constitucional alemana, revelador de la íntima conexión entre el concepto de ámbito protegido y el de intervención es la decisión, que luego analizaré, referida a la publicación por un ministerio de una lista de vinos que contendrían la sus-

¹¹ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 292 y ss.

¹² JESÚS M. CASAL, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, págs. 256 y ss.

¹³ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 295-296.

tancia conocida como *Glykol*, y de los productores de tales vinos, lo cual respondió a razones de protección de la salud pública¹⁴. Ante el reclamo de algunos productores, que desembocó en el Tribunal Constitucional Federal, este sostuvo que no había sido afectada la libertad de profesión, en su faceta de tutela de la libre competencia, con el argumento, entre otros, de que esta libertad no ampara contra la difusión de informaciones ciertas y objetivas de interés para el comportamiento de los agentes del mercado, aun cuando su contenido pueda tener efectos negativos para algunos competidores. Lo que ahora interesa destacar es que el razonamiento que condujo al rechazo de la afectación de esta libertad oscila entre el ámbito protegido y la intervención de manera fluida, sin que sea fácil adscribir el rechazo a la ausencia de una u otra categoría.

La correlación entre ámbito protegido e intervención ha llevado a algunos a hablar de un ámbito protegido funcional, que reduce a un solo paso o escalón el examen de lo amparado por el derecho, en el cual se atiende a la finalidad de la protección ofrecida por el derecho fundamental y a las cualidades que debe reunir la medida estatal. Pero la opinión mayoritaria es la de mantener la distinción entre las categorías del ámbito protegido y de la intervención¹⁵, aunque algunos acuden a un concepto amplio o compuesto del supuesto de hecho del derecho fundamental para comprender tanto el ámbito protegido como la intervención, sin fusionar ambas nociones¹⁶. Bajo esta perspectiva, el supuesto de hecho abarca las condiciones bajo las cuales la protección *prima facie* se despliega, la cual solo puede ser contrarrestada o reducida si existe una restricción.

Con independencia de las diferencias clasificatorias o terminológicas, resulta clara la que existe entre el plano de la protección, en el cual hay que considerar el ámbito protegido y la intervención, y el plano de la justificación, en el que se examina si se han llenado los requisitos formales y materiales para una restricción. La noción de intervención no ha de quedar sin embargo diluida en la del ámbito de protección, pues cumple una función propia en la dogmática de los derechos fundamentales, especialmente como elemento que determina la activación de la garantía constitucional del derecho. Sin intervención estatal no puede haber vulneración del derecho fundamental ni tiene sentido proseguir, desde la perspectiva de este derecho, con el control de licitud de la actuación estatal, pero si aquella existe solo una restricción válida impediría hablar de una violación del derecho.

Conviene preguntarse si, en el examen de licitud o constitucionalidad de la irrupción estatal en los derechos fundamentales, hay una nítida secuencia

¹⁴ BVerfGE 105, 252.

¹⁵ K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 3 y ss.

¹⁶ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, págs. 292 y ss.

temporal entre los niveles o escalones del ámbito protegido, la intervención y la justificación. La respuesta es indudablemente negativa, pues al examinar casos reales de derecho fundamental, sobre todo desde una óptica aplicativa o jurisprudencial, el operador jurídico no procede primero a una definición general o abstracta del ámbito protegido por el derecho para luego considerar la medida estatal adoptada, cuyo carácter de intervención debe ser precisado. Desde el principio la concreta acción u omisión del Estado y la situación en que esta se produce marca el análisis teórico, y desde ese momento entran en juego consideraciones relativas al contenido del derecho supuestamente afectado y a la naturaleza de la conducta estatal. De ahí que los niveles de análisis mencionados no deban ser asumidos rígidamente como etapas separadas, sino como ángulos para el examen del caso (potencial) de derecho fundamental. La significación secuencial del esquema opera principalmente respecto del plano de la justificación, que solo ha de entrar en escena si antes ha sido constatada una injerencia en el ámbito protegido. Pudiera no obstante darse una situación en la que las dudas existentes sobre la presencia de una verdadera intervención en un derecho fundamental¹⁷ y la certeza sobre la justificación formal y material de la correspondiente actuación estatal, permitan negar la violación de tal derecho a partir del examen de la justificación de la posible intervención.

2. EL SUPUESTO DE HECHO Y EL ÁMBITO PROTEGIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL

A) *El supuesto de hecho y el ámbito protegido*

En el mismo nivel que el concepto de ámbito protegido, y con una significación frecuentemente coincidente, se encuentra el de supuesto de hecho del derecho fundamental. La noción más extendida, al menos en la jurisprudencia, es la de ámbito protegido. Este alude a la esfera vital¹⁸ o a los bienes jurídicos comprendidos por la protección de los derechos fundamentales, con toda la diversidad con que se presentan en los derechos de defensa: libertades de actuación (la libertad de expresión o la libertad de práctica del culto, p. ej.); situaciones o posiciones jurídicas (la propiedad, p. ej.); situaciones o estados personales (la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, p. ej.). Mediante el concepto de ámbito protegido se delimita la esfera de las acciones,

¹⁷ Estas situaciones dudosas sobre la cualidad de intervención de una conducta estatal y la posibilidad de tratarlas desde la óptica de la existencia o no de una justificación parecieran quedar comprendidas dentro de las leyes de la intervención formuladas por ALEXY (*Teoría ...*, op. cit., págs. 296 y ss.). Al explicar estas leyes él ha señalado que la consideración de la inexistencia de una prohibición constitucional *prima facie* de la conducta estatal examinada, puede anteponerse al análisis sobre la intervención y el bien protegido.

¹⁸ Vid. PIEROTH/SCHLINK, op. cit., pág. 54.

situaciones o exigencias humanas constitucionalmente relevantes desde la perspectiva de un derecho fundamental, lo cual en ocasiones incluye la consideración de aspectos relativos a la titularidad del derecho, particularmente cuando se trata de derechos reservados a los nacionales o ciudadanos.

Más allá de las diferencias terminológicas apreciables en la doctrina¹⁹, la noción de ámbito protegido es útil para aludir al bien o bienes amparados por el derecho fundamental. La generalización de la expresión obedece probablemente a su capacidad representativa de unos linderos que deben ser rebasados para que la protección iusfundamental exista, la cual comprende posibilidades de ejercicio o de goce (disfrute) de las libertades o bienes cobijados por el derecho. Lo primero sucede cuando estamos ante una libertad de acción, como la libertad de expresión o de circulación; lo segundo, cuando nos hallamos ante estados, situaciones, o posiciones jurídicas tuteladas, como la vida, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones privadas o el derecho de propiedad. Tales derechos ofrecen, junto a su dimensión primaria subjetiva de libertades abstención o libertades negativas, una objetiva y prestacional, entendiendo este término en un sentido amplio, la cual puede ser bajo ciertas condiciones subjetivizada.

La expresión supuesto de hecho (*Tatbestand*), que proviene de la teoría de las normas y ostenta una especial relevancia en el Derecho Penal, ha sido también empleada, aunque con un valor dogmático menor al que posee en materia penal, en el campo de los derechos fundamentales, y pretende abarcar las condiciones que deben cumplirse para que se produzca la consecuencia jurídica de una norma. En el caso de los derechos fundamentales, el supuesto de hecho comprende las condiciones normativas que han de darse para que se desencadene la protección constitucional de un derecho. Si se trata de un derecho de defensa, el supuesto de hecho reúne las que han de verificarse para que las pretensiones de abstención o eliminación, referidas a la actuación estatal (inminente o actual) supuestamente lesiva, sean exigibles²⁰. Esto aunado al despliegue de las exigencias formales y materiales para la adopción de una restricción. El supuesto de hecho se compone de datos normativos que requieren de interpretación, la cual adquiere un carácter especial al recaer sobre disposiciones dotadas de la generalidad, apertura o lagunosidad propias de las que consagran derechos fundamentales.

Tras esta formulación general de la noción de supuesto de hecho subsisten muchas diferencias. Algunos autores emplean escasamente el concepto, pues

¹⁹ Sobre las reservas ante la connotación espacial de la expresión ámbito protegido *vid.* IPSEN, *op. cit.*, págs. 40-41; W. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, pág. 226.

²⁰ SACHS, *Verfassungsrecht II*, *op. cit.*, págs. 90-93; STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 3 y ss.; BLECKMANN, *op. cit.*, págs. 403 y ss.

usan preferentemente el de ámbito protegido o garantizado²¹. Otros lo tratan como expresión sinónima de la de ámbito protegido²². Entre quienes lo utilizan con un sentido propio cabe distinguir básicamente dos posiciones: la de los que acuden a un concepto amplio del supuesto de hecho, que comprende al bien o bienes protegidos y a la intervención²³; y la de los que lo conciben más estrictamente, limitado a aquellas condiciones primarias de la protección constitucional formuladas en el precepto que reconoce el derecho²⁴.

La primera corriente acude a la noción de supuesto de hecho para comprender todas las condiciones en las cuales la protección *prima facie* ofrecida por el derecho fundamental se produce, lo que le permite enlazar dos conceptos que están íntimamente relacionados, como lo son el de ámbito protegido y el de intervención. Los bienes abarcados por el primero y la intervención formarían parte del supuesto de hecho del derecho fundamental, de modo que al constatarse que tales bienes han sido intervenidos por una medida estatal se activaría aquella protección. Esto implica que el supuesto de hecho sería la contrapartida de la restricción: solo de operar una restricción dejaría de producirse la consecuencia jurídica consistente en la protección iusfundamental definitiva²⁵.

La segunda corriente parte, en cambio, de una visión no omnicompreensiva del supuesto de hecho, apoyada en la idea de que este no ha de cumplir en el campo de los derechos fundamentales la ambiciosa función de abarcar exhaustivamente las condiciones de las que depende la consecuencia jurídica de la norma. Sería más apropiado para el tratamiento dogmático de los derechos fundamentales que el supuesto de hecho abarque solo un tramo de las condiciones de la consecuencia jurídica, en particular el que engloba condiciones necesarias para la protección iusfundamental contenidas en la propia formulación textual del derecho, la cual puede consistir en un artículo completo o en incisos o unidades menores del mismo. De esta forma se mantendría un punto de referencia textual en la delimitación del supuesto de hecho, que permitiría determinar desde el comienzo del análisis, en este primer nivel del esquema antes esbozado, si se está en presencia de un caso relevante de derecho fundamental. El supuesto de hecho, que abarcaría elementos relativos al bien o bienes protegidos y a la titularidad del derecho fundamental, se contrapone a la limitación del derecho, pero entre estos dos

²¹ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 54 y ss.; H.-U. GALLWAS, *Grundrechte ...*, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

²² C. STARCK, en H. v. MANGOLDT/F. KLEIN/C. STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, t. 1, Múnich, Franz Vahlen, 2005, pág. 139; ISENSEE, en ISENSEE/KICHHOF, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

²³ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 292 y ss.

²⁴ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 10 y ss.

²⁵ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 292 y 295. Esta construcción compuesta del supuesto de hecho no sería necesaria en las normas permisivas; *ibídem*.

niveles podría haber otras condiciones de la consecuencia jurídica, como las relativas a la existencia de una intervención²⁶. En otras palabras, el supuesto de hecho no es, como en la tesis anterior, un supuesto de hecho compuesto de *bien protegido/intervención*.

No pareciera que la adopción de la modalidad simple o de la compuesta del supuesto de hecho conduzca a importantes diferencias en cuanto al alcance de la protección iusfundamental ni a la estructuración del examen de licitud de las intervenciones legislativas. También la modalidad simple del supuesto de hecho admite la relevancia del concepto de intervención, solo que no lo incorpora al supuesto de hecho, a menos que la propia literalidad del precepto lo haga. Lo importante es que, aun de asumirse la modalidad simple del supuesto de hecho, no se pierda de vista la íntima conexión e incluso parcial intercambiabilidad entre el ámbito protegido y la intervención²⁷. Para tener una visión global sobre lo protegido por un derecho hay que considerar también el tipo de medidas contra las cuales se reconoce tal protección, por cuanto lo otorgado mediante una demarcación generosa del ámbito protegido puede negarse al concebir estrictamente la intervención.

Al determinar el ámbito protegido, o el supuesto de hecho, ha de llevarse a cabo una tarea interpretativa que permita establecer las conductas, estados, situaciones o posiciones jurídicas del titular amparados por el derecho fundamental. Esta determinación ha de hacerse teniendo en cuenta los demás derechos y disposiciones constitucionales. Así, la regulación separada de la libertad de circulación o tránsito, por un lado, y de la libertad personal (corporal o física), por otro, conspira contra una interpretación de la segunda que la equipare a la libertad de desplazarse libremente por el territorio.

Igualmente, ha de prestarse atención a las medidas que constitucionalmente son tratadas como intervenciones, lo cual puede facilitar la demarcación de la esfera amparada por el derecho, sin llegar a ser determinante. Cuando la Constitución consagra, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio y seguidamente alude a las condiciones para la práctica de un allanamiento, está orientando el contenido del derecho hacia la protección de un espacio de desarrollo personal que no debe ser invadido por el Estado, a menos que se satisfagan los presupuestos para una injerencia. También es relevante el régimen constitucional de las limitaciones y reservas legales o de restricción de cada derecho²⁸. Así,

²⁶ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 15 y ss.

²⁷ Sobre la íntima conexión entre el ámbito protegido y la intervención *vid.* BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 185 y ss.

²⁸ Aunque el Tribunal Constitucional Federal ha rechazado este proceder —*BVerfGE* 32, 54 (72)—, lo ha seguido en otras decisiones, como ahora veremos. Tal rechazo en realidad ha de entenderse referido, de acuerdo con el pronunciamiento citado, a los intentos de comprimir el ámbito protegido de un derecho con el propósito de evitar determinadas dificultades prác-

la existencia de una amplia cláusula restrictiva, para las reuniones en lugares abiertos, en el precepto que consagra el derecho de reunión (art. 8.2 de la Ley Fundamental - LF), ha llevado al Tribunal Constitucional Federal alemán a propugnar una interpretación amplia o flexible del requisito de pacificidad, comprendido por el supuesto de hecho; y el gran alcance de la cláusula restrictiva del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 LF) ha sido aducida para respaldar la vasta comprensión de su ámbito protegido²⁹.

B) *Teorías amplias y estrechas sobre el ámbito protegido o el supuesto de hecho*

a) *Bases conceptuales.* Uno de los asuntos que ha generado controversias en la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania y, en menor medida, en España³⁰, es el de la manera de definir la esfera amparada por un derecho fundamental. La cuestión central que en distintos ordenamientos jurídicos y sectores normativos se ha planteado, incluso fuera de la temática de los derechos fundamentales, es si un derecho puede abrigar conductas contrarias a la seguridad o al orden público, o a requerimientos éticos básicos, al respeto a los derechos de los demás o a otras exigencias de la vida en sociedad o de la inserción de los derechos en un sistema jurídico³¹.

En la dogmática de los derechos fundamentales, al igual que en el Derecho Civil³², este interrogante ha merecido principalmente dos respuestas: para la teoría interna, en algunas de sus versiones, los derechos no pueden abarcar conductas antiéticas o lesivas de las bases de la convivencia de unos derechos con otros o de los fundamentos del sistema al que pertenecen, por lo que al determinar su contenido este ha de ser delimitado de tal forma que dichas conductas resulten extrañas al derecho, el cual no podría ser ya restringido; mientras que la teoría externa enfatiza las posibilidades de libre ejercicio o disfrute del derecho por su titular, sin perjuicio de que pueda sufrir condicionamientos jurídicos para compatibilizarlo con otros derechos o con intereses públicos. La primera postura responde con frecuencia a concepciones que

ticas que la correspondiente cláusula restrictiva no permitiría afrontar, en lugar de procurar desentrañar antes el contenido del derecho.

²⁹ *BVerfGE* 6, 32 (36); 73, 206 (248 y ss.). En cuanto a la interpretación de la libertad de circulación que, en atención a la cláusula de restricción del art. 11.2 LF, deja fuera de su ámbito protector la salida del país *vid. BVerfGE* 6, 32 (35).

³⁰ *Vid.*, entre otros, I. DE OTTO, *op. cit.*, págs. 137 y ss. y 172 y ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 36 y ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios...*, págs. 153 y ss.

³¹ JESÚS M. CASAL, “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82 (enero/abril 2008), págs. 83-117.

³² Sobre los orígenes de las teorías interna y externa, *vid. BOROWSKI, op. cit.*, págs. 47 y ss.

procuran someter los derechos subjetivos a las exigencias de la comunidad y que, por ello, los orientan o funcionalizan desde su misma delimitación a los fines colectivos más elevados. En cambio, la teoría externa suele concordar con concepciones que estimen prioritaria la preservación de los espacios de libertad amparados por los derechos individuales.

Sin embargo, no olvidemos la distinción, formulada por ALEXY y BOROWSKI, entre el valor normativo —o prescriptivo— de las mencionadas teorías y su significación estructural. Estas teorías pueden inscribirse en corrientes de pensamiento que favorezcan la realización de los intereses de la comunidad o de la libertad individual, respectivamente, pero pueden también poseer un carácter pura o básicamente estructural o metodológico³³. Es decir, la teoría interna no necesariamente conduce a una relegación de los bienes individuales, ni la externa implica privilegiarlos, pues el derecho internamente delimitado y definitivo puede poseer un contenido de garantía de la libertad muy importante, mientras que el derecho inicialmente no limitado puede ser sometido a restricciones ulteriores que reduzcan sensiblemente su alcance real. Con ello se desemboca en la discusión sobre el sentido de la afirmación de la libertad como la regla y de la restricción como la excepción³⁴. En una aproximación puramente metodológica o formal este postulado nada dice sobre el resultado de su aplicación, pues la excepción puede ser habitual, mientras que con un enfoque material y cuantitativo la libertad debe prevalecer. Aunque normalmente la aceptación de la libertad como regla y de la restricción como la excepción, así como la defensa de la teoría externa, va acompañada de cargas de la argumentación que recaen sobre el Estado y poseen una significación material relevante.

Asimismo, conviene observar que en la doctrina no siempre se encuentra una expresa manifestación de adhesión a una teoría interna o a una teoría externa sobre los límites de los derechos fundamentales. La teoría interna se aviene con ciertos usos terminológicos, como la alusión a los límites en lugar de a las restricciones, o la referencia a límites inmanentes, interiores o intrínsecos de los derechos. Pero el empleo de estos términos o la admisión de algún límite bajo estas categorías no supone forzosamente que se asuma de manera global o sustancial una teoría interna. Esto puede ilustrarse con la expresión de límites inmanentes, la cual ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal para calificar a los límites de un derecho resultantes de su colisión con otros derechos o bienes constitucionales, sin que ello signifique que estos límites se refieran realmente al ámbito protegido por el derecho. La jurisprudencia de ese Tribunal tiende a tratar estas colisiones como fuente de barreras

³³ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, pág. 299; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

³⁴ *Vid.* G. LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, págs. 67-69.

para los derechos, las cuales se inscriben en el nivel de la justificación de una limitación, siendo necesaria la intervención legislativa³⁵, lo cual concuerda con una teoría externa.

Además, ni siquiera hay una opinión uniforme sobre el criterio distintivo de una teoría interna o externa. Para algunos lo esencial a la teoría interna es que solo admite límites inmanentes a los derechos, resultantes y a la vez determinantes de su propio contenido, por lo que las restricciones o límites externos no serían concebibles³⁶, mientras que otros estiman que son teorías internas las que reconocen alguna clase de límites inmanentes al ámbito de protección iusfundamental, aunque puedan aceptar también límites externos³⁷. La disyuntiva entre una visión amplia o una estrecha del supuesto de hecho o ámbito protegido, entre cuyos extremos se sitúan posiciones intermedias, no se corresponde simétricamente, en todo caso, con la disyuntiva entre la teoría interna y la teoría externa. Al poner en relación ambas clasificaciones lo único que cabría aseverar es que una teoría interna es proclive al reconocimiento de un supuesto de hecho o ámbito protegido más estrecho de aquel que resultaría de una teoría externa.

b) *Las teorías estrechas del ámbito protegido o supuesto de hecho.* Las posturas doctrinales que apuntan, en mayor o menor grado, hacia una visión estrecha o no amplia del supuesto de hecho pueden clasificarse en tres grupos: las que se inclinan por comprimir *ab initio*, y con una pretensión global o sistemática, el ámbito protegido por los derechos fundamentales; las que introducen determinados criterios de exclusión y las que procuran una interpretación lo más exacta posible de cada supuesto de hecho.

a') *Posturas delimitadoras globales o sistemáticas.* Una de las tesis consideradas representativas de la teoría interna, cuyos postulados han sido seguidos por otros autores y que ha reaparecido últimamente en la discusión doctrinal es la de MÜLLER, quien ha defendido una delimitación de lo amparado por cada derecho fundamental que se apoye no tanto en el pensamiento sobre las posibles restricciones cuanto en el propio contenido de validez del derecho, el cual ha de ser precisado mediante la fijación objetiva de su *ámbito normativo*, teniendo en cuenta el *programa normativo* del precepto correspondiente, esto es, su literalidad, así como su génesis e inserción sistemática. El contenido de validez admite además ajustes resultantes de eventuales colisiones constitucionales, a veces solo aparentes, que han de resolverse mediante una interpretación constitucional sistemática y acudiendo a la concordancia práctica, sin necesi-

³⁵ Vid. SACHS, *Verfassungsrecht II*, op. cit., pág. 127.

³⁶ BOROWSKI, op. cit., pág. 33.

³⁷ S. HUSTER, *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, págs. 85 y ss.; quien además cuestiona la propia relevancia de la distinción.

dad de regulación legislativa³⁸. MÜLLER también introduce los criterios de la especificidad y de la tipicidad para adscribir conductas a la garantía ofrecida por un derecho fundamental³⁹.

MÜLLER intenta dar un tratamiento dogmático adecuado a la cuestión del contenido y límites de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental, en un estudio signado por la necesidad de resolver problemas suscitados por los derechos fundamentales consagrados sin reserva alguna de restricción. En lugar de seguir la vía de someterlos a una cláusula tácita de subordinación a la comunidad, de generalizar cláusulas restrictivas establecidas para determinados derechos, o de acudir a una global ponderación de bienes o a la teoría del abuso de derecho, defiende el apego a la regulación constitucional de cada derecho fundamental y a las respectivas o ausentes cláusulas de limitación⁴⁰. En la base de su construcción dogmática está la idea, que incide en los citados derechos y en los demás derechos fundamentales, de que su única restricción inmanente es su cualidad de derecho o su condición jurídica. Desde la óptica del ordenamiento jurídico positivo los derechos fundamentales no serían derechos metajurídicos o derechos naturales previos que son garantizados con un contenido dado de antemano, sino derechos que se constituyen mediante el derecho y por tanto como derechos⁴¹. Estos derechos han de ser delimitados no simplemente a partir de un ámbito material o sector de la realidad, sino mediante la fijación objetiva de su ámbito normativo, teniendo en cuenta el programa normativo del precepto correspondiente.

En lo que atañe a las limitaciones admisibles de los derechos fundamentales, MÜLLER sostiene que el punto de partida de la reflexión dogmática tiene que ser el contenido de validez de cada derecho; con apoyo en este contenido ha de establecerse su restringibilidad y no con arreglo a la imposición de límites generales implícitos o a una apresurada o abstracta ponderación de bienes. Las teorías basadas en la reflexión sobre las restricciones de los derechos tomarían como punto de partida el flanco más débil de una dogmática de los derechos fundamentales⁴². La cuestión clave no sería la de la procedencia de sus restricciones, sino la precisión del alcance de su contenido de validez de acuerdo con su ámbito y su programa normativos, lo cual facilitaría el reconocimiento de colisiones de derechos puramente aparentes, en las que la conducta analizada cae realmente fuera del ámbito normativo del derecho que se pretende contraponer⁴³. Al pronunciarse sobre la limitabilidad de un derecho

³⁸ F. MÜLLER, *op. cit.*, págs. 46 y ss.

³⁹ Ídem, págs. 92 y ss.

⁴⁰ Ídem, págs. 11 y ss.

⁴¹ Ídem, pág. 41.

⁴² Ídem, pág. 93.

⁴³ Ídem, págs. 87-88.

habría de respetarse la diferenciación constitucional en su regulación, por lo que sería imprescindible distinguir entre los derechos sometidos a reserva de restricción legal y los que no lo están. Los primeros serían susceptibles de restricción, en los términos y con el alcance constitucionalmente establecido, mientras que los segundos no. Estos solo se encontrarían limitados por otros derechos o normas constitucionales, con las cuales se produzcan solapamientos o colisiones⁴⁴, que deben ser resueltas mediante una interpretación sistemática y procurando la concordancia práctica y la proporcionalidad, sin que sea necesaria una regulación legislativa, que de existir sería puramente declarativa⁴⁵.

Una especial dimensión limitante de esta tesis, en lo que al ámbito protegido por los derechos se refiere, se manifiesta en la exposición de algunos de los criterios que permitirían definir el ámbito normativo del derecho y, por consiguiente, separar lo amparado por el derecho fundamental de aquello que no lo está. El criterio principal es el de la especificidad o tipicidad. No toda acción que pueda relacionarse con un derecho fundamental estaría protegida por él; solo lo estarían las modalidades específicas o típicas de su ejercicio. El artista que roba madera para una escultura no estaría realizando una acción específica del arte, por lo que la sanción penal correspondiente no sería una restricción de la libertad artística (art. 5.3 LF). Tampoco serían específicas de este derecho o de la libertad de expresión, la libertad de asociación o la libertad de culto las conductas contrarias a las leyes sobre la construcción o el control de incendios o epidemias (caso de la procesión durante una epidemia), ni las normas tributarias relativas a hechos que puedan tener vinculación con actividades religiosas. Estas normas se refieren a acciones que pueden guardar una relación puramente externa u ocasional con los ámbitos normativos de tales derechos. A ello se suma el componente de la tipicidad, en virtud del cual se protegerían las manifestaciones típicas o normales, no necesariamente convencionales, de ejercicio del derecho fundamental; no lo sería, por ejemplo, respecto de la libertad científica, la divulgación de los resultados de una investigación mediante carteles situadas en edificios públicos. Ciertas acciones inespecíficas o atípicas podrían quedar comprendidas en el ámbito normativo si en las circunstancias del caso queda evidenciado que representaban la única forma de actualización del derecho fundamental. En consecuencia, al establecer la especificidad o tipicidad sería relevante precisar si la acción prohibida es intercambiable, es decir, si existe un modo de ejercicio específico o típico del derecho alternativo y equivalente. La prohibición de pintar en un cruce de calles transitadas, o de realizar allí reuniones o actos religiosos no comportaría una restricción de los respectivos derechos, por tratarse de

⁴⁴ El autor destaca la importancia de distinguir entre las verdaderas colisiones y las colisiones aparentes; las segundas quedarían disipadas mediante la adecuada interpretación del ámbito normativo; ídem, págs. 89 y 94.

⁴⁵ Ídem, págs. 46 y ss.

acciones intercambiables. La libre elección del titular del derecho sobre el lugar o forma de su ejercicio sería determinante cuando esto sea algo típico del derecho, como sucede con la libertad científica y la elección del objeto y método del estudio⁴⁶.

En la tesis de MÜLLER hay algo de cierto pero también riesgos para la protección de los derechos fundamentales. Que deba partirse del propio contenido y formulación del derecho para definir el alcance de su garantía, evitando la deducción de cláusulas generales de restricción o la determinación de la esfera protegida con base en una abstracta ponderación de bienes, resulta sin duda plausible. Además, como se señaló al comienzo de este capítulo, la temática de las restricciones de los derechos fundamentales no puede ser estudiada cabalmente si no se tienen en cuenta los criterios que permiten precisar su ámbito protegido. De ahí que el énfasis del autor en la consideración del contenido del derecho como punto previo para el análisis de sus restricciones es apropiado, sobre todo a la luz del contexto en que sus planteamientos se formularon, en el que competían diversas teorías explicativas de la limitabilidad de todo derecho, más allá de lo previsto constitucionalmente, las cuales adolecían en buena medida de rigor metodológico y podían conducir a un acortamiento significativo y poco controlable racionalmente de lo inicialmente protegido, ampliamente, por un derecho fundamental.

Sin embargo, la respuesta que ofrece MÜLLER tampoco resulta satisfactoria, pues, como se ha sostenido⁴⁷, el criterio de la especificidad y de la tipicidad, acompañado del de la intercambiabilidad, puede desembocar en la escasa racionalidad que se quería superar y resta importancia a un aspecto esencial de todo derecho: la decisión de su titular sobre la forma en que quiere ejercerlo, que no siempre coincidirá con lo que un tercero pueda definir como específico o típico.

Adicionalmente, las colisiones entre derechos o entre estos y otras normas constitucionales se resuelven, según la tesis de MÜLLER, en la fase de interpretación del contenido de validez del derecho, sin requerirse de intervención legislativa. Algunos de los ejemplos expuestos por MÜLLER parecieran darle la razón: el asesinato en el escenario teatral exigido por el autor o director de la obra sería inadmisibles en virtud de la limitación de la libertad artística resultante de la consagración constitucional del derecho a la vida. Pero al lado de este caso extremo hay innumerables supuestos en los que no puede determinarse por adelantado cuál es la solución adecuada para la colisión suscitada. Aun en el caso mencionado habrá que establecer, mediante ley, la sanción correspondiente a los homicidios y en otros casos el legislador

⁴⁶ Ídem, págs. 94 y ss.

⁴⁷ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, págs. 300 y ss.

deberá articular la medida idónea para dirimir la colisión, yendo más allá de lo simplemente declarativo, sin perjuicio de la intervención de los jueces en la fase aplicativa.

Basándose en los planteamientos de MÜLLER, DE OTTO ha desarrollado en el ordenamiento jurídico español una tesis semejante. Sin perjuicio de la utilidad que puede tener para este ordenamiento la distinción, formulada por el autor, entre la función de las reservas específicas de limitación de derechos fundamentales y la de la cláusula general del artículo 53.1 de la Constitución española, los casos reales o hipotéticos que comenta ponen de manifiesto la parte de verdad y a la vez los riesgos de esta concepción. Así, el derecho de huelga no comprendería la facultad de ocupar incondicionalmente los locales de una empresa, por lo que no sería preciso justificar una prohibición en tal sentido fundada en los límites de ese derecho. Igualmente, la exclusión de la poligamia no debería considerarse una limitación del derecho al matrimonio, al quedar tal práctica fuera del propio concepto de matrimonio⁴⁸. Aquí se aprecia la importancia de definir adecuadamente el contenido de los derechos fundamentales, pero al ir más allá se hace necesario matizar.

Me interesa poner de relieve algunos de los supuestos mencionados por el autor que tienen como trasfondo la inserción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. La libertad de cátedra no abarcaría el derecho a dar una asignatura distinta a la prevista —Ciencia Política en lugar de Derecho Constitucional—, ni la libertad artística el derecho a entregar la obra escultórica contratada con un material distinto al convenido. La prohibición de establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad no habría de tratarse como un límite a la libertad científica. En efecto, los derechos fundamentales no son privilegios que, caprichosamente interpretados, eximan del cumplimiento de obligaciones contractuales o deberes jurídicos que pertenecen al marco normativo de su ejercicio⁴⁹. Pero otros ejemplos considerados y las situaciones reales que pueden presentarse no siempre son de fácil solución. En un caso relativo a la imposición de una sanción por la comisión de una falta de coacciones, originada en la coerción ejercida en el curso de una manifestación sobre potenciales clientes para que se abstuvieran de comprar en un local comercial, el Tribunal Constitucional español entró a analizar el argumento de la posible violación del derecho de reunión, pese a que, observa DE OTTO, este derecho “no comprende conceptualmente al derecho a ejercer coacciones sobre los demás”⁵⁰. Ciertamente, el derecho de reunión no ampara conductas como las mencionadas, aunque la afirmación del autor debe ser matizada, pues pareciera innegable que la realización de una manifestación

⁴⁸ I. DE OTTO, de, *op. cit.*, págs. 137 y ss.

⁴⁹ Ídem, pág. 146; cfr. también MÜLLER, *op. cit.*, págs. 43 y 95.

⁵⁰ Ídem, pág. 138.

puede comportar una fuerte presión psicológica sobre los destinatarios de la protesta, acompañada de consecuencias prácticas (físicas) que pueden afectar a terceros, lo cual sí estaría amparado (*prima facie*) por el derecho, hasta un cierto punto, con independencia de que la acción llegare a corresponder con la literalidad del tipo penal de coacciones⁵¹.

Asimismo, luce sensato que la “sanción impuesta a un funcionario que abandona su trabajo para asistir a una reunión o a misa no es, obviamente, limitación alguna a los correspondientes derechos fundamentales”⁵². Pero si se trata de una sanción impuesta a pesar de que el funcionario ha informado a su superior de su deseo de asistir a una reunión, que puede guardar relación con sus derechos laborales o estatutarios, o a una actividad religiosa que en una fecha específica del año tiene lugar, y el superior niega injustificadamente la autorización, puede suscitarse un problema de derechos fundamentales. El riesgo de que la interpretación del contenido del derecho a la luz de sus relaciones con otros bienes, normas o deberes desemboque en la indebida exclusión general y apriorística de conductas de su ámbito protegido es alto.

Otras posiciones conducentes a comprimir *ab initio*, y con una pretensión global o sistemática, el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como la que preconiza la búsqueda anticipada de un equilibrio entre los bienes constitucionales mediante una genérica ponderación⁵³ o la basada en el concepto de leyes generales —proveniente de la formulación constitucional de los límites de la libertad de expresión—, que niega la protección iusfundamental a las conductas sujetas a tal clase de leyes, han sido extensamente examinadas por la doctrina⁵⁴ y han tenido escasa trascendencia en la jurisprudencia.

b’) *Posturas que introducen determinados criterios de exclusión*. En una dirección semejante a la de las antes mencionadas aunque con un menor alcance reductor o delimitador, se sitúan las teorías que al definir el supuesto de hecho introducen algún criterio de exclusión no previsto en las disposiciones constitucionales correspondientes, dentro de las cuales sobresalen las de STARCK e ISENSEE. Así, STARCK, apoyándose en algunos elementos de la tesis que propugna MÜLLER y de la tesis de la delimitación del supuesto de hecho que se apoya en la noción de leyes generales, afirma que deben quedar fuera del supuesto de hecho las actividades humanas que, de llevarse a cabo una ponderación abstracta respecto de otro bien jurídico, bajo ningún punto de vista concebible podrían tener preferencia. Al sustraerse del supuesto de hecho solo aquello

⁵¹ Véanse las reflexiones que luego se expondrán sobre un problema similar planteado en el Derecho alemán.

⁵² Ídem, pág. 139.

⁵³ P. HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie...*, *op. cit.*, págs. 31 y ss.

⁵⁴ *Vid.*, entre otros, ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 300 y ss.; MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 54 y ss.; BERNAL, *op. cit.*, págs. 448 y ss.

que nunca podría prevalecer frente a otro bien jurídico, quedaría descartada la manipulación del supuesto de hecho que se produciría cuando se introducen en este escalón de análisis consideraciones pertenecientes al plano de la restricción. Acciones como el homicidio, el robo, el encubrimiento, las coacciones, la falsificación de dinero, y otras conductas usualmente punibles y a todas luces socialmente dañinas, desde ningún punto de vista estarían cubiertas por un derecho fundamental. De esta manera se evitaría la presentación, grotesca y contraria a la conciencia jurídica, del homicidio o el robo como ejercicio de un derecho fundamental, lo cual tendría relevancia sobre todo en relación con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que ampara la libertad general de acción, pero también respecto de otros derechos fundamentales. En las circunstancias especiales en que una acción así pueda admitirse —legítima defensa, p. ej.— no sería preciso acudir a los derechos fundamentales para sustentarla. Si existen dudas sobre la preponderancia de otros bienes jurídicos respecto de la acción considerada, el supuesto de hecho resultaría aplicable y se pasaría al examen habitual de la justificación de una intervención⁵⁵.

La posición de STARCK tiene la virtud de desmarcarse de los intentos de reducir el supuesto de hecho iusfundamental mediante criterios interpretativos o ponderativos globales, que restan racionalidad y transparencia al examen de licitud de las injerencias en los derechos fundamentales. Además, si es impensable que una acción merezca, desde cualquier punto de vista, protección iusfundamental definitiva, pareciera lógico que no esté comprendida en el ámbito protegido del derecho fundamental, al ser superfluo y, en la concepción del autor, contrario a la conciencia jurídica, subsumirla en el supuesto de hecho y someterla después a un completo examen de licitud de la intervención estatal. El problema radica, sin embargo, en que, como se colige de lo dicho, esta tesis implica introducir en la definición del supuesto de hecho una ponderación que en rigor le resulta extraña. Una ponderación respaldada ciertamente por la evidencia, que a menudo coincidirá con la de otros observadores, pero que en algunos casos pudiera suscitar serias discrepancias⁵⁶, como lo pondrán de manifiesto los comentarios a la tesis de la reserva de pacificidad que formularé.

El carácter abstracto de la ponderación, propugnado por el autor, no simplifica las cosas, pues las circunstancias particulares de un caso pueden frecuentemente alterar el resultado de aquella en un sentido favorable a la protección iusfundamental, que ya no sería posible a causa de la exclusión apriorística de la situación planteada. Además, esta ponderación presupone la incorporación, así sea provisional, de la conducta evaluada al supuesto de

⁵⁵ STARCK, en MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *op. cit.*, págs. 160-162.

⁵⁶ En la teoría amplia del supuesto de hecho sostenida por ALEXY, los casos en que indudablemente el principio que protege (*prima facie*) una conducta va a ser desplazado en virtud de una ponderación son casos potenciales de derechos fundamentales; ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 316 y ss.

hecho correspondiente, del cual luego es sustraída. De ahí que LINDNER, al concordar parcialmente con la concepción de STARCK, haya apuntado que, en términos argumentativos, al menos por un “segundo jurídico” esa conducta ha debido estar incluida en el supuesto de hecho⁵⁷. Por otro lado, la alusión a la naturaleza punible o delictiva de una conducta como factor o indicador para una reducción, que es frecuente en las teorías estrechas del supuesto de hecho, hace aconsejable recordar que el Derecho Penal y, en concreto, las leyes penales no pueden invocarse para expulsar conductas del ámbito protegido por los derechos fundamentales, pues la validez de estas leyes tiene que ser determinada con apoyo en estos derechos y no a la inversa. La quema de la bandera o las ofensas a altos funcionarios pueden estar específicamente previstas como delito, lo que no impide efectuar un examen de su licitud desde la óptica de la libertad de expresión.

La fragilidad de una postura que exija la compatibilidad con la conciencia jurídica de la adscripción de una conducta al ámbito protegido de un derecho fundamental se pone de relieve trayendo a colación, a título de ejemplo, el criterio jurisprudencial según el cual la difusión de información ilícitamente obtenida está cubierta por el ámbito protegido de la libertad de prensa. Alguien pudiera sostener que la inclusión de la divulgación de una información conseguida *ilícitamente* en el ámbito protegido de un derecho fundamental sería contraria a la conciencia jurídica, pero la jurisprudencia constitucional ha sostenido que su exclusión apriorística impediría amparar tal difusión aun en los casos en que llegue a estar justificada, lo cual no puede ser descartado de antemano, siendo más bien necesario sopesar, en el marco de las eventuales restricciones, circunstancias como la relevancia de la información para el esclarecimiento de un grave crimen, la forma y propósito de su obtención y la posibilidad de conocer anticipadamente su ilícita procedencia, entre otras⁵⁸.

Una orientación semejante a la de STARCK, pero de mayores implicaciones, se observa en la tesis de ISENSEE⁵⁹ sobre la reserva de pacificidad de los derechos fundamentales, que ha despertado un renovado interés. El planteamiento esencial del autor es que el carácter pacífico de la conducta desplegada sería una precondition para su protección iusfundamental, porque los derechos fundamentales presupondrían la existencia del Estado como entidad encargada de garantizarlos, investida de un monopolio de la violencia fundado en las bases estructurales del Estado moderno. Los derechos fundamentales no serían sim-

⁵⁷ J. LINDNER, *op. cit.*, págs. 242 y ss.

⁵⁸ BVerfGE 66, 116, (137-138).

⁵⁹ ISENSEE, “Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte”, en *Bürger- Richter-Recht, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, Múnich, C. H. Beck, 1991, págs. 39 y ss.; respecto de la concepción general del autor sobre el supuesto de hecho o ámbito protegido del derecho fundamental y su inclinación por una teoría estrecha *vid.* ISENSEE, “Das Grundrecht als...”, *op. cit.*, págs. 172-173, 195-199, 234 y ss.

ples libertades naturales, sino libertades incrustadas en el Estado, el Derecho, la sociedad. Los derechos constitucionalmente amparados serían los que caben en el Estado moderno, el cual se reserva la fuerza o la coacción para asegurar el disfrute pacífico de los derechos de todos. En consonancia con el mandato de no hacer daño a nadie (*neminem laedere*), aunque circunscribiéndolo a las acciones lesivas acompañadas de fuerza corporal, sería por definición extraño a cualquier derecho el empleo de la violencia. El uso individual de la violencia, con fines de autodefensa, sería excepcionalmente admisible cuando los órganos competentes del poder público no han sido capaces de preservar, en una situación específica, la vida u otros bienes de los ciudadanos.

El monopolio estatal de la violencia y la correlativa obligación ciudadana de pacificidad precederían a los derechos fundamentales y al Estado constitucional⁶⁰. De ahí que la exclusión de la violencia de las posibilidades de ejercicio de estos derechos no representaría una injerencia en los mismos, sujeta por tanto a una especial justificación, sino una consecuencia de su inserción en el orden estatal. Esta tesis se dirige explícitamente a expulsar del ámbito protegido por estos derechos las acciones que impliquen violencia física, por considerar artificioso e inconveniente aplicar, con apoyo en una teoría amplia del supuesto de hecho, el esquema de la intervención y la restricción, que conduciría a un incremento de colisiones y de ponderaciones cargadas de prejuicios e intuición⁶¹. Así, el caso del homicidio como parte de un ritual no quedaría comprendido en la libertad religiosa o de culto. En lugar de la ponderación, propia del nivel de la justificación/restricción, se propone la interpretación como modo objetivo para deslindar las posibles actuaciones violentas del supuesto de hecho, lo cual permitiría fijar reglas de validez general y no simples soluciones móviles u ocasionales. La prohibición de la violencia sería un “límite inmanente” del ámbito protegido por los derechos fundamentales⁶². La sustracción de actuaciones violentas del supuesto de hecho iusfundamental sería la faceta negativa de la afirmación de la autodeterminación del titular del derecho como principio protegido por los derechos de libertad: “estos no autorizan invasiones en la esfera jurídica de los demás”⁶³.

La tesis de la reserva de pacificidad proporciona un criterio útil para el reconocimiento de la esfera de ejercicio lícito de los derechos fundamentales que, sin embargo, no posee carácter absoluto y no es apropiado introducir en la delimitación del ámbito protegido por estos derechos. Normalmente la acción violenta quedará fuera de la garantía final brindada por alguno de estos derechos, pero no siempre será así, a lo cual hay que agregar las posibles diferencias inter-

⁶⁰ Ídem, “Das staatliche Gewaltmonopol ...”, *op. cit.*, pág. 50.

⁶¹ Ídem, págs. 56-57.

⁶² Ídem, pág. 59.

⁶³ Ídem, pág. 58.

pretativas sobre la noción de violencia (física). Esto puede ilustrarse con algunos de los supuestos y criterios mencionados por ISENSEE: el bloqueo de calles u otras vías de circulación por manifestantes implicaría el uso de fuerza corporal y, con ello, sería una actuación contraria a la reserva de pacificidad; el artista que pinta grafitos en paredes de casas ajenas no gozaría de protección iusfundamental, pues habría ejercido violencia contra cosas; si se trata de la perturbación de formas verbales de ejercicio de derechos fundamentales (sesiones de una asociación, lecciones universitarias, servicios religiosos), bastaría con que el ruido ocasionado por los intrusos impida el desarrollo de la actividad para que pueda hablarse de violencia.

En cuanto al bloqueo por manifestantes de vías de circulación, los inconvenientes que esta actuación genera son innegables, como también los daños personales que puede ocasionar, pero ello no debe conducir a descartar de plano la aplicabilidad del supuesto de hecho de algún derecho fundamental, en particular del derecho de reunión o manifestación. Las manifestaciones procuran llamar la atención de la colectividad en torno a determinados problemas, reclamos o posiciones, y comportan regularmente una perturbación del tránsito, por lo que la obstaculización temporal de vías abiertas al tránsito no es del todo ajena al modo de ejercicio del derecho, dentro de ciertos límites. En este sentido, la jurisprudencia constitucional alemana, que ha considerado el carácter pacífico de las reuniones como componente del supuesto de hecho del derecho respectivo, por establecerlo así la Constitución expresamente (art. 8 LF), se inclina por abrigar ciertas acciones de bloqueo⁶⁴ dentro del ámbito protegido por este derecho —aunque luego pueda considerarse justificada la intervención estatal restrictiva—, siempre que no se haya ido más allá de una “protesta pasiva” y dependiendo de la finalidad de la protesta y de otras circunstancias⁶⁵. Más aún, el artículo 8 de la Ley Fundamental en principio protegería acciones en las que ciertas formas de bloqueo hayan sido escogidas por los manifestantes para hacer pública su posición. Así, el encadenamiento de manifestantes en la vía de acceso a una planta en construcción, pese a representar un “despliegue de fuerza corporal” y no simplemente una presión psíquica, quedó cubierto por la libertad de reunión. La jurisprudencia revela que tras estos términos pueden hallarse situaciones muy diversas, que con frecuencia han de analizarse en el nivel de la intervención y la justificación en lugar de ser desechadas *a priori*; enseña, además, que al delimitar el ámbito protegido por el citado artículo 8 lo determinante es el concepto constitucional de no pacificidad y no el concepto penal, más comprensivo, de coacción o violencia. Por tanto, allí donde la tesis de la reserva de pacificidad podía ser más concluyente, por existir texto constitucional expreso, se hace patente su fragilidad.

⁶⁴ Usualmente denominadas *Sitzblockaden*, en las que el bloqueo es producido por manifestantes que se sientan en vías públicas.

⁶⁵ *Vid.*, entre otras, *BVerfGE* 104, 92 (106).

El caso del artista que dibuja grafitos en casas ajenas, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal en sentido negativo a la aplicación del supuesto de hecho de la libertad artística pero sin acudir a la noción de violencia⁶⁶, denota un empleo bastante laxo de este término, que podría repercutir en otros derechos⁶⁷. Así, alguien podría sostener que la presencia o reunión de trabajadores huelguistas en locales de la empresa, cuyo propósito sea respaldar la huelga en curso, sería una actuación violenta excluida de plano de la protección iusfundamental, contrariando así los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en la materia⁶⁸; igualmente, la colocación de pancartas o carteles apoyados en bienes ajenos —de otros particulares o de entidades públicas—, dirigida a difundir determinados mensajes con motivo de una protesta, implicaría uso de la violencia, con las consecuencias ya conocidas.

En lo concerniente a las actuaciones violentas contra el ejercicio verbal de ciertos derechos, la exclusión global resulta mucho menos sostenible, pues algunos derechos fundamentales, como la libertad de expresión en conjunción con el derecho de reunión o manifestación, pueden justificar el ruido que dificulte seriamente o impida la realización de una actividad cubierta por otro derecho, lo cual ha de resolverse igual que otras colisiones entre derechos y no mediante la sustracción anticipada de las conductas consideradas violentas del supuesto o supuestos de hecho.

Adicionalmente, la concepción comentada no deja de representar riesgos de mayor alcance para la garantía de los derechos fundamentales. Si la paz interior y su mantenimiento son un presupuesto del Estado constitucional y de los derechos fundamentales, a partir del cual habría que reinterpretar el contenido más valioso de la Constitución, es decir, estos mismos derechos, estaríamos a un paso de la generalización de este postulado, que conduciría a subordinar el orden constitucional a la garantía de la seguridad del Estado o de la seguridad pública como bien supremo. Algunos autores, apoyados en premisas similares a las de ISENSEE, sostienen que habría una limitación inmediatamente constitucional, no supeditada a previsión legislativa, de las actuaciones o intereses que menoscaban la existencia y capacidad de funcionamiento del Estado o de sus órganos o instituciones, como instancias encargadas de asumir el monopolio de la violencia y la convivencia pacífica, siempre que, en concordancia con lo señalado por STARCK, en una ponderación abstracta aquellos nunca prevalecerían respecto de los intereses estatales comprometidos⁶⁹. El

⁶⁶ *BVerfG, NJW*1984, págs. 1293 y ss.

⁶⁷ *Vid. STERN, op. cit.*, t. III/2, págs. 537 y ss.

⁶⁸ *Vid. SACHS, Grundgesetz, Múnich, C. H. Beck, 2002, págs. 486 y ss.*; PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 183 y ss.; al respecto es de especial importancia la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en la STC 11/1981 (FJ 17).

⁶⁹ LINDNER, *op. cit.*, págs. 246-247.

sobredimensionamiento de la razón de Estado y de la seguridad pública que esta concepción puede comportar salta a la vista.

c') *Posturas que defienden una interpretación lo más exacta posible de cada supuesto de hecho.* Como posturas estrechas del supuesto de hecho pueden calificarse las que han procurado superar mediante un replanteamiento interpretativo los problemas dogmáticos que a su entender ha generado, entre otras causas, una visión demasiado amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales. Autores de la talla de BÖCKENFÖRDE⁷⁰ y HOFFMANN-RIEM⁷¹, entre otros⁷², coinciden en la necesidad de distinguir el ámbito material y vital (*Sach- und Lebensbereich*) de un derecho fundamental del contenido de su garantía jurídica o contenido garantizado (*Gewährleistungsinhalt/Gewährleistungsgehalt*). Consideran que la confusión entre ambos planos bajo el manto del ámbito protegido⁷³, y otras connotaciones de este concepto⁷⁴, han conducido a equívocos en la dogmática de los derechos fundamentales, al favorecer una interpretación muy amplia del supuesto de hecho que habría multiplicado los casos de colisión entre bienes jurídicos, particularmente en el orden constitucional, y habría obligado a extender artificiosamente también las razones para la justificación de restricciones, incluyendo el incremento de la correspondiente regulación legislativa y, sobre todo, de ponderaciones del caso concreto⁷⁵ secundadas por un principio de proporcionalidad desprovisto de criterios objetivos⁷⁶.

La expansión del ámbito protegido de los derechos, animada por la idea de asegurar una protección iusfundamental omnicomprensiva y carente de lagunas, habría provocado, junto a otros factores, las complicaciones dogmáticas enunciadas, que deberían ser contrarrestadas mediante una interpretación cabal o estricta del contenido garantizado por cada derecho fundamental, lo cual estaría en concordancia con el entendimiento de la Constitución como ordenamiento marco y con la función que corresponde a cada rama del poder público en una democracia. El ámbito vital o material del derecho fundamental, cuya función

⁷⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Schutzbereich ...", *op. cit.*, págs. 165 y ss.

⁷¹ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 203 y ss.

⁷² R. WAHL, *Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem*, Freiburger Universitätsblätter, 95, 1987, págs. 19 y ss. (citado por BÖCKENFÖRDE, "Schutzbereich ...", *op. cit.*, pág. 174); HERDEGEN, en MAUNZ/DÜRIG, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

⁷³ BÖCKENFÖRDE, "Schutzbereich ...", *op. cit.*, págs. 167 y ss.

⁷⁴ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 215, 226 y ss.

⁷⁵ Ídem, pág. 229.

⁷⁶ BÖCKENFÖRDE, "Schutzbereich ...", *op. cit.*, pág. 190. Aunque sin adoptar la distinción mencionada, en una orientación crítica similar hacia la ponderación se inscribe el pensamiento de HABERMAS, quien parcialmente se apoya en la teoría de la norma adecuada de GÜNTHER, al respecto *vid.* J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 327 y ss.; y el análisis de BERNAL, *op. cit.*, págs. 459 y ss.

sería simplemente descriptiva, sería la materia a la que el derecho se refiere: el ejercicio de la religión, el arte y la ciencia, el matrimonio y la familia, la constitución de asociaciones, la elección y ejercicio de la profesión. Mientras que el contenido garantizado, de naturaleza normativa, determinaría lo que está jurídicamente amparado y con qué alcance, respecto de ese ámbito vital. Lo habitual hasta el presente habría sido adscribir una conducta al ámbito material de un derecho, para luego reconocer al titular la posibilidad de actuar a voluntad dentro de esta esfera, lo cual iría acompañado de numerosos problemas de intervención y restricción que vendrían siendo atajados mediante un arsenal de límites directamente constitucionales (inmanentes) sobre estos derechos. Este proceder escolástico tendría que ser abandonado⁷⁷.

La principal preocupación de BÖCKENFÖRDE recae sobre el laxo tratamiento dado a los derechos consagrados sin reserva, en virtud de la visión extensiva de su ámbito protegido que habría conducido a la aceptación de límites inmanentes inferidos generosamente por la jurisprudencia de otros valores o bienes constitucionales. Este proceder amenazaría de manera latente al conjunto de los derechos fundamentales, pues si la Constitución impone la observancia de tales límites estos también valdrían para los derechos previstos con reserva de ley simple o calificada, solo que a causa de tal reserva podrían sufrir restricciones adicionales⁷⁸. La reducción de los ámbitos protegidos hasta ahora demarcados con amplitud, que, admite el autor, podría derivarse de la nueva orientación, quedaría compensada por la recuperación del rigor metodológico, de la profundidad de la dogmática de los derechos fundamentales y por la disminución de las razones constitucionales justificadoras de una limitación⁷⁹. Como garantía residual para las conductas que ya no gocen de la protección de derechos específicos se mantendría abierta la invocación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 LF)⁸⁰.

Para HOFFMANN-RIEM es primordial prestar atención a la generalización de relaciones iusfundamentales multipolares y multidimensionales en las que frente a la faceta subjetiva de un derecho, aducida por su titular, se encuentra la faceta objetiva de este u otro derecho, invocable por otro sujeto o sujetos⁸¹, las cuales podrían manejarse mejor tras la identificación “específica y llegado el caso selectiva” del contenido del derecho⁸². Además, pone en duda que la tradicional interpretación amplia del supuesto de hecho se haya traducido en

⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, “Schutzbereich ...”, *op. cit.*, págs. 166-169, 174 y ss.

⁷⁸ Ídem, pág. 170.

⁷⁹ Aunque el autor admite, sin mayor fundamentación, las restricciones derivadas de la prohibición de perturbación de derechos ajenos (*Nichtstörungsschranken*), equiparable al mandato de no hacer daño a nadie (*neminem laedere*); ídem, pág. 190.

⁸⁰ Ídem, págs. 190-191.

⁸¹ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 210, 226, 228 y ss.

⁸² Ídem, pág. 229.

una ganancia de libertad o de racionalidad, dado que habría provocado la búsqueda de nuevas razones justificadoras de la intervención estatal y el desplazamiento de casi todas las decisiones a la ponderación del caso concreto⁸³.

El contenido garantizado⁸⁴ de cada derecho habría de determinarse de manera interpretativa y abstracta a partir de la norma constitucional y de su gestación histórica, lo cual permitiría precisar qué y contra qué protege un derecho fundamental⁸⁵. En este sentido, la libertad religiosa (arts. 4.1 y 4.2 LF) comprendería el derecho a profesar o no una confesión religiosa (o una visión del mundo), y a manifestar, difundir y practicar la propia fe o las propias creencias. Sin embargo, una interpretación histórica de esta libertad revelaría que no protege, a diferencia de lo que cabría deducir de la jurisprudencia constitucional, cualquier conducta del orden profano que tenga una motivación religiosa. Asimismo, la libertad de investigación científica (art. 5.3 LF), también prevista sin reserva de restricción, no podría ser entendida como el derecho a desarrollar en cualquier institución toda actividad de investigación y a realizarla sin cortapisas de ninguna clase. La finalidad del contenido garantizado de esta libertad sería la libertad en el planteamiento de los interrogantes científicos y en la elección del método de trabajo. Fuera de su alcance estaría, en cambio, el aprovechamiento de los objetos o bienes necesarios para la ejecución de la investigación, que deberían obtenerse conforme a las exigencias generales del ordenamiento jurídico, a menos que este limite severamente el acceso a los mismos, afectando así la libertad de investigación⁸⁶.

Un caso modélico dentro de esta orientación es el ya citado del artista que pinta grafitos sobre paredes de casas ajenas. La “garantía” constitucional de la libertad artística, prevista sin reserva de restricción (art. 5.3 LF), no comprende (de entrada), según la decisión del Tribunal Constitucional Federal, el aprovechamiento de una propiedad ajena con fines del desarrollo artístico. Aquí se habría evitado una errónea aplicación del supuesto de hecho, y el inconveniente recurso a límites (inmanentes) fruto de colisiones con la tutela de la propiedad para justificar una intervención⁸⁷.

También se menciona la decisión que se pronunció sobre la posible incompatibilidad entre la prohibición constitucional de la imposición de un trabajo (art. 12.2 LF), o del trabajo forzado (art. 12.3 LF), y el precepto legal que faculta al juez competente para exigir a un joven penalmente responsable la

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ La expresión “contenido garantizado” (*Gewährleistungsinhalt/Gewährleistungsgehalt*) no es nueva en la doctrina alemana, pues ya había sido empleada en la obra de STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 3 y ss). La novedad estriba en el significado que adquiere en la concepción que se está examinando.

⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, “Schutzbereich ...”, *op. cit.*, págs. 174 y ss.

⁸⁶ *Ídem*, págs. 178 y ss.

⁸⁷ *Ídem*, pág. 175.

realización de un trabajo con fines educativos⁸⁸. El Tribunal Constitucional Federal declaró que el alcance de la prohibición no podía determinarse solamente con arreglo a la literalidad de la disposición constitucional, la cual solo admite excepciones en caso de cumplimiento de obligaciones generales (art. 12.2 LF) o de pena privativa de libertad (art. 12.3 LF), sino atendiendo a su proceso de gestación y precisando su finalidad, lo que le llevó a descartar que el precepto legal afectara el ámbito protegido por la norma. El polémico caso *Glykol*, sobre el que luego volveré, es también valorado positivamente, dado que la publicación por un despacho ministerial de la lista de los productores del vino mezclado con aquella sustancia no podía ser tratada, según el pronunciamiento judicial, como una intervención o injerencia en la libertad de profesión (art. 12.1 LF), en su proyección a la libre competencia, pues esta no protegería frente a la difusión de informaciones ciertas y objetivas de interés para el comportamiento de los agentes del mercado, aun cuando su contenido pueda repercutir negativamente sobre algunos competidores⁸⁹.

A estos casos se suman otros que han sido señalados por KAHL en su crítica a las anteriores posiciones doctrinales y a la tendencia restrictiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales que se apreciaría en la jurisprudencia constitucional⁹⁰. Entre los muchos planteamientos del autor sobresale, en primer lugar, su observación acerca de la falta de claridad en la jurisprudencia constitucional sobre la aplicabilidad subsidiaria del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en los supuestos en que es afirmada la correspondencia de una conducta con la esfera vital, o el ámbito material, de un derecho pero negada su pertenencia al ámbito protegido, o contenido garantizado. Además, desde una óptica metodológica su objeción central recae sobre la pérdida en racionalidad y transparencia que se derivaría de una reducción del ámbito protegido “por la mano del juez”⁹¹, que sustraería, con escasa argumentación, una situación del ámbito protegido del derecho, aun cuando esta conceptualmente envuelva colisiones entre bienes jurídicos que deban ser tratadas en los niveles de la intervención y de la justificación. En suma, “el decisionismo interpretativo general-abstracto en el nivel del ámbito protegido es un mal aun mayor al decisionismo concreto-individual de la ponderación en el nivel de la justificación”⁹². Al abrigo del propósito de determinar con precisión el ámbito protegido se estarían realizando valoraciones y restric-

⁸⁸ BVerfGE 74, 102.

⁸⁹ BVerfGE 105, 252; BÖCKENFÖRDE, “Schutzbereich...”, *op. cit.*, pág. 178; HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 217-219.

⁹⁰ W. KAHL, “Von Weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, 2004, págs. 167 y ss

⁹¹ Ídem, págs. 185 y 190.

⁹² Ídem, pág. 192.

ciones anticipadas y poco controlables racionalmente. La evolución hacia un Estado judicial que las opiniones cuestionadas querrían evitar terminaría fortaleciéndose⁹³.

En los planteamientos de BÖCKENFÖRDE y HOFFMANN-RIEM es reconocible el aporte metodológico de enfatizar la importancia de desentrañar adecuadamente el contenido de cada derecho fundamental, para determinar si ampara una situación o conducta, tarea que no deja de ser relevante por la existencia de un derecho residual o subsidiario como lo es en el ordenamiento alemán el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, ya que la gran extensión de su ámbito protegido se ve reflejada en el plano del examen de la justificación material de la intervención y en la amplitud de su cláusula restrictiva, que comprende los derechos de los demás y (todo) el ordenamiento (jurídico) conforme con la Constitución (art. 2.1). Naturalmente, el problema adquiere una importancia crucial si tras la demarcación del contenido garantizado por un derecho específico una conducta excluida tampoco es abarcada por la red de fondo de ese derecho genérico, o en sistemas jurídicos que carezcan de ese derecho omnicompreensivo, más aún si allí la base legal de la acción estatal no estuviese garantizada fuera de las reservas legales de los derechos fundamentales.

También resulta sensato que la aplicación del supuesto de hecho de un derecho fundamental pueda comportar dificultades interpretativas que deban ser resueltas conforme a los métodos clásicos —aunque sin conferir al método subjetivo un valor tan alto como el que se le pretende atribuir—, con los matices propios de la interpretación de una norma incompleta o abierta como lo es la Constitución. La interpretación de la prohibición constitucional de la imposición de un trabajo o de los trabajos forzados, antes reseñada, es reveladora del rigor dogmático y utilidad de esta aproximación, al igual que la explicación sobre el verdadero alcance de la libertad de investigación científica. Pero otros aspectos de las tesis comentadas son muy discutibles.

Es cuestionable la propia distinción entre el ámbito material y el contenido garantizado, asumida como plataforma metodológica alternativa, pues coloca al operador jurídico, de entrada, ante la necesidad de distinguir lo que no siempre merecerá tal distinción. El ámbito material o vital de un derecho puede no coincidir en algún supuesto con el alcance de su garantía jurídica *prima facie*, pero con frecuencia es así, por lo que la introducción de esta bipartición terminológica en el nivel del ámbito protegido solo tendría sentido si se pensara que generalmente o a menudo el intérprete debe desempeñar un papel incisivo o reductor frente a la materia prima iusfundamental que recibe. Si bien es cierto que en la Ley Fundamental —textualmente entendida—, no se encuentra una decisión de principio a favor de una concepción amplia o estrecha del ámbito

⁹³ Ídem, pág. 196.

protegido o del contenido garantizado de los derechos fundamentales⁹⁴, lo que sí luce evidente es que nada en ella apunta a favor de una interpretación estrecha, que justifique tal reformulación dogmática, que puede desembocar, como observa KAHL, en complicaciones similares a las que quería superar, y en otras nuevas. Sí luce razonable tener presente que al reconocer el ámbito protegido por un derecho no siempre basta con la descripción del sector de la actividad humana nombrado por la Constitución, ya que a veces la interpretación de los términos constitucionalmente empleados, con apoyo en los diversos criterios hermenéuticos, arrojará un contenido técnico menos extenso al que cabría inferir de la significación habitual de tales expresiones.

La distinción mencionada y la orientación reductora que en parte la sustenta pudieran quizás explicarse en el campo de los derechos consagrados en la Ley Fundamental sin reserva de restricción, como LENZ ha afirmado, en la medida en que esta plasmación constitucional incondicionada del derecho podría abonar una interpretación estricta del ámbito protegido, que evite o disminuya colisiones que difícilmente serían tratadas correctamente en el plano de las limitaciones, o al menos no si representan la regla general. Con apoyo en la tesis de MÜLLER, y a partir de una razonada desconfianza en la ponderación del caso concreto, que debería circunscribirse a los supuestos en que sea estrictamente necesaria, y de una preferencia hacia la interpretación abstracta del supuesto de hecho del derecho fundamental, el autor propugna una determinación precisa del ámbito protegido de los derechos consagrados sin reserva y ofrece criterios a estos efectos, aunque sin adoptar la comentada distinción dogmática entre el ámbito vital o material y el contenido garantizado, en un estudio que ha sido valorado positivamente por BÖCKENFÖRDE⁹⁵. El problema sigue siendo, sin embargo, la fundamentación y plausibilidad de los criterios aducidos para tal interpretación estricta.

En todo caso, y dado que la ya referida distinción dogmática ha sido planteada con un alcance general, importa observar los riesgos de una visión restrictiva de los derechos solapada bajo el argumento del rigor dogmático. Estos son puestos de relieve, entre otras, por la decisión del Tribunal Constitucional Federal, citada por HOFFMANN-RIEM⁹⁶, que excluyó del ámbito protegido por el derecho de reunión (y manifestación) los encuentros cuya finalidad sea principalmente el entretenimiento o la exhibición de emociones vitales colectivas (fiestas populares, desfiles, actividades musicales, etc.)⁹⁷. Lo relevante es no

⁹⁴ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, pág. 229.

⁹⁵ S. LENZ, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, págs. 203 y ss.; BÖCKENFÖRDE, *Zerbrecht nicht das Recht! Sebastian Lenz fragt, wie weit sich unsere Verfassung dehnen lässt*, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26 febrero 2007, pág. 37.

⁹⁶ HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 212-213,

⁹⁷ *BVerfG NJW*2001, págs. 2459 y ss.; *vid.*, igualmente *BVerfGE* 104, 92 (104).

tanto el tipo de encuentros que quedan excluidos cuanto las razones empleadas para hacerlo: la libertad de reunión adquiriría especial significación constitucional al insertarse en el orden democrático-liberal de la Ley Fundamental, gracias a su conexión con el proceso de formación de la opinión pública. De ahí que el artículo 8 de esta Constitución proteja los actos en que varias personas se congregan para discutir y manifestar en común con el objeto de participar en la formación de la opinión pública, lo cual tiene, según la decisión, mucha importancia funcional en un sistema de democracia parlamentaria representativa con escasos contenidos plebiscitarios o referendarios. Las actividades musicales, de baile o de entretenimiento recibirían el amparo de la libertad de reunión si están adosadas a aquella finalidad principal; en caso de duda sobre cuál es el aspecto preponderante, habría de considerarse aplicable la libertad de reunión. El Tribunal subraya la protección reforzada de que disfruta la libertad de reunión frente a la ofrecida por la libertad general de acción (art. 2.1 LF), y destaca los efectos que el ejercicio de esa libertad suele tener sobre los derechos de terceros (vecinos, conductores, comerciantes), lo cual abonaría una comprensión “estrecha” del concepto de reunión.

Este criterio jurisprudencial ha sido criticado, incluso desde una perspectiva histórica, por la doctrina mayoritaria, según la cual la ausencia de la finalidad indicada puede repercutir en el análisis de la justificación de la intervención, no en la demarcación del ámbito protegido por el derecho⁹⁸. Tal posición restrictiva hace patente el riesgo de una concepción que, animada por el sano propósito de identificar el *telos* histórico o la significación sistemática de un derecho fundamental, reduzca la protección iusfundamental a lo que es tal vez solo su núcleo o área más sensible pero no su contenido total. En la génesis de los derechos fundamentales es posible reconocer un contexto de persecuciones o luchas sociales o políticas que explican la consagración del derecho, lo cual es relevante en el momento interpretativo, sin que ello implique limitar el alcance de los derechos a las circunstancias de su gestación. La utilidad de esta visión histórica o sistemática generalmente estribará en la posibilidad de remarcar las manifestaciones más esenciales de un derecho, que disfrutaban de una protección calificada, como sucede con la libertad de expresión cuando es ejercida respecto de asuntos de singular interés para la formación de la opinión pública en una democracia y como también cabría sostener en relación con el derecho de reunión.

El criterio jurisprudencial de la contribución de una reunión o manifestación a la formación de la opinión pública, vista esta desde una óptica democrática, puede comportar recortes ulteriores en el alcance de la libertad constitucional-

⁹⁸ *Vid.*, por todos, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. IV/1, München, C. H. Beck, 2006, págs. 1200 y ss.; PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 184 y ss. No objeta en cambio la restricción HERDEGEN, en MAUNZ/DÜRIG, *op. cit.*, pág. 21.

mente reconocida si, por ejemplo, se dijera que las protestas contra acciones o posiciones de otros particulares que no comprometan al Estado, no están cubiertas por este derecho. De momento solo se excluyen las reuniones o encuentros de puro entretenimiento o aquellos en los que una vinculación con la formación de opinión pública esté claramente en un segundo plano, pero aun así cabe preguntarse si, de aceptarse la tesis de la jurisprudencia, no debería bastar con la existencia de esta vinculación, aunque sea indirecta o accesoría, para considerar aplicable el derecho de reunión.

A favor de una interpretación amplia de esta libertad milita además, como ya señalé, la forma en que la Ley Fundamental estableció su reserva de restricción si se trata de reuniones en lugares abiertos, mediante una reserva simple que deja un extenso campo de acción y regulación al legislador. Lo que entra en el ámbito protegido del derecho puede ser luego modulado o graduado por el legislador en atención a las exigencias colectivas o de otros derechos; en esta esfera cabe también la valoración de los fines de la convocatoria a una reunión pública y de su conexión con la formación de la opinión pública. Por otro lado, la reducción de la protección iusfundamental del derecho de reunión a las que tengan tal objetivo no está en consonancia con su propia formulación en la Constitución alemana y en otras Constituciones, en las cuales se amparan tanto las reuniones privadas como las realizadas en espacios públicos, siendo claro que no puede exigirse a las primeras que persigan la formación de opinión pública, por lo que la tesis restrictiva arrojaría una dualidad en el ámbito protegido de un mismo derecho muy difícil de defender.

c) *Las teorías amplias del ámbito protegido o supuesto de hecho.* Las teorías amplias procuran incluir en el supuesto de hecho de un derecho fundamental todas las libertades, posiciones o situaciones jurídicas a las que corresponda, según la disposición constitucional correspondiente, una protección, sin efectuar exclusiones apriorísticas. El criterio distintivo de estas posturas es que reservan al momento del examen de justificación de una intervención o restricción la realización de ponderaciones con eventuales bienes jurídicos contrapuestos, lo que supone que el ámbito protegido puede albergar conductas que en ocasiones resulten inmorales, antisociales o antijurídicas, en el entendido de que normalmente serán contrarrestadas en virtud de una restricción o limitación⁹⁹.

Una firme defensa de un supuesto de hecho amplio para los derechos fundamentales proviene de la teoría de los principios, de acuerdo con la cual la definición de estos derechos como mandatos *prima facie* (de optimización), dis-

⁹⁹ BLECKMANN, *op. cit.*, págs. 403 y ss.; ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, págs. 311 y ss.; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 204 y ss.; STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 58 y ss.; KAHL, *op. cit.*, págs. 167 y ss., con más referencias (pág. 168); *vid.*, también BERNAL, *op. cit.*, págs. 464 y ss., 617 y ss.; BRAGE CAMAZANO, *Los límites ..., op. cit.*, págs. 100 y ss., 255 y ss.

puestos a sufrir restricciones con fundamento en ponderaciones, se aviene con una comprensión amplia del supuesto de hecho. Desde esta perspectiva, una teoría amplia del supuesto de hecho “es una teoría que hace caer en el ámbito protegido todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental”¹⁰⁰. Esta visión extensa del supuesto de hecho es asumida como una teoría de la construcción, no como una teoría normativa, es decir, propugnarla no implica pronunciarse a favor de un resultado en el que el derecho se despliegue sin restricciones, sino solamente adoptar una postura metodológica o constructiva de la argumentación, que puede sin embargo tener importancia normativa¹⁰¹.

Conviene precisar qué significa una comprensión amplia del supuesto de hecho iusfundamental. ALEXY sostiene que una teoría amplia del supuesto de hecho se traduce en dos reglas básicas de inclusión:

“(1) Todo lo que presenta una propiedad que —considerada aisladamente— basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualquiera que sean las otras propiedades [...] (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias”¹⁰².

La segunda regla es clara y explicable desde las coordenadas de la teoría de los principios, o de una lectura *favor libertatis* del catálogo de derechos de una Constitución, mientras que la primera suscita algunas dudas. En particular, no es fácil dilucidar el sentido de la alusión a una “propiedad” que por sí sola bastaría para la subsunción. La formulación de la regla pudiera llevar a pensar que el autor se refiere a una de las condiciones exigidas por el supuesto de hecho para que se desencadene la protección iusfundamental.

Al respecto, se ha sostenido que la regla mencionada adquiere un significado dogmático en el caso de las disposiciones iusfundamentales que exigen más de un elemento para la activación de la consecuencia jurídica, de los cuales solo uno esté dado. Así, una obligación de prestar el servicio militar contra la propia conciencia caería dentro de la prohibición constitucional de ser compelido a prestar, contra su conciencia, servicio militar con armas (art. 4.3 LF), aunque el servicio no deba realizarse con armas; igualmente, el derecho a informarse sin trabas sobre “fuentes accesibles a todos” (art. 5.3 LF) comprendería el derecho a informarse aunque las fuentes no sean accesibles a todos; el supuesto de hecho del derecho de reunión se llenaría aunque la reunión celebrada sea con armas o no pacífica; y se colmaría el supuesto de hecho del derecho de asilo si existe persecución, aunque esta no sea política (art. 16a.1 LF). Se critica la falta de sentido de esta construcción y se subraya que el

¹⁰⁰ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., pág. 311.

¹⁰¹ Ídem, pág. 299.

¹⁰² Ídem, pág. 312.

supuesto de hecho ha de abarcar condiciones necesarias para la consecuencia jurídica y no solo una de estas¹⁰³.

Al margen de la pertinencia de los ejemplos citados para la refutación¹⁰⁴, si la interpretación de la regla enunciada es correcta esta objeción resultaría válida, pues el supuesto de hecho solo debe cubrir aquellas pretensiones que de no producirse una restricción recibirían plena tutela constitucional, lo cual tiene implicaciones formales y materiales. Desde una perspectiva formal la pretensión subjetiva abrigada por el supuesto de hecho es realizable plenamente, a menos que, en conformidad con la Constitución, una norma legal indique lo contrario o establezca las bases para su obstaculización, y desde un punto de vista material, es plenamente realizable a menos que existan razones en contra de suficiente peso. En suma, la regla general es que si el legislador no prevé, con apoyo en la Constitución, una restricción del derecho amparado o las bases para acordarla, tal derecho puede ejercerse sin cortapisas, por lo que no tendría sentido incluir en el supuesto de hecho pretensiones que, aisladamente consideradas, carezcan de soporte constitucional iusfundamental.

Sin embargo, los ejemplos citados por ALEXY para ilustrar la citada regla, (pintar en un cruce de calles o hacer procesión en caso de peligro de epidemia), así como sus comentarios a estos mismos ejemplos al criticar las teorías estrechas del supuesto de hecho, sugieren que la alusión a esas otras propiedades que no serían imprescindibles para considerar cumplido el supuesto de hecho se refiere a las razones para la negación de la protección iusfundamental, que pertenecen al nivel de la justificación/restricción. En este caso, la regla se limitaría a insistir en la separación, ciertamente necesaria, entre el plano de la protección *prima facie* y el de la restricción.

La segunda de las reglas de inclusión enunciadas por ALEXY es clara aunque se contrapone a la opinión según la cual no hay, a la luz de la Ley Fundamental, reglas interpretativas especialmente aplicables a la determinación del supuesto de hecho. No cabría aceptar una presunción favorable a la extensión del supuesto de hecho o ámbito protegido, sobre la base de máximas como *in dubio pro libertate*; su determinación habría de efectuarse con apoyo en los instrumentos interpretativos habituales¹⁰⁵.

Ante este interrogante sobre una posible regla o una posible presunción de interpretación amplia, la respuesta puede encontrarse a partir de la regla formulada por ALEXY pero sin que ello suponga asumirla dogmáticamente o en

¹⁰³ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 19-20.

¹⁰⁴ Para ALEXY, en la mayoría de estos casos la expresión o frase que sería superflua para la subsunción (pacíficamente y sin armas, con armas, fuentes accesibles a todos) no pertenece al supuesto de hecho, sino que operaría como una restricción directamente constitucional; *Teoría ..., op. cit.*, págs. 278-279.

¹⁰⁵ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 63 y ss; PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 60-61.

términos absolutos. No siempre habrá de darse a los términos comprendidos en una disposición iusfundamental una interpretación amplia o extensiva. Esta será la tendencia natural al tratarse de derechos fundamentales, en virtud de la posición que ocupan en el Estado constitucional y democrático, pero puede haber supuestos en los que la valoración conjunta de los resultados que arrojen los criterios interpretativos clásicos (histórico, literal, sistemático y teleológico), aunados a las pautas interpretativas características del Derecho Constitucional (apertura normativa e importancia del contexto funcional), conduzcan a una conclusión distinta, como se aprecia en el caso que ya hemos mencionado de la prohibición de la imposición de un trabajo o de trabajos forzados (arts. 12.2 y 12.3 LF). Cabría hablar, pues, de una presunción desvirtuable de interpretación amplia o inclusiva, como la que puede inferirse de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, conforme a los cuales en caso de duda ha de considerarse colmado el supuesto de hecho iusfundamental¹⁰⁶. En otras palabras, a menos que el proceso interpretativo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental permita concluir claramente algo distinto, ha de realizarse una interpretación amplia del supuesto de hecho.

Adicionalmente, de la misma jurisprudencia constitucional es posible colegir el criterio de que esta presunción de interpretación amplia se hace más fuerte cuando las opciones del legislador para una regulación moduladora del ejercicio del derecho son mayores, pues entonces lo que ingresa en el ámbito protegido puede ser luego recortado en la fase de la restricción. Por otra parte, la interpretación no ha de ser amplia, sino más bien estricta, cuando se trata de aquellas condiciones del supuesto de hecho de índole negativa o excluyente, que para la jurisprudencia constitucional generalmente pertenecen al supuesto de hecho¹⁰⁷, mediante las cuales la propia Constitución circunscribe el alcance de la protección iusfundamental (“pacíficamente y sin armas” en el derecho de reunión, p. ej.)¹⁰⁸.

La presunción indicada cobra mayor justificación en aquellos ordenamientos que, a diferencia del alemán, no cuentan con un derecho general o residual de libertad como el reconocido con apoyo en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental. Gracias a la existencia de este derecho, también calificado de subsidiario, en ese sistema se ha afirmado que la sustracción de una conducta del ámbito protegido de un derecho fundamental especial no nos colocaría ante una disyuntiva crucial entre los polos de “la libertad o la vinculación”

¹⁰⁶ Cfr., entre otras, *BVerfGE*32, 54 (71); 51,97 (110).

¹⁰⁷ Además de las decisiones ya citadas relativas al derecho de reunión cfr., entre otras, *BVerfGE*69, 1, (56); *BVerfG*, *NJW* 1986, pág. 1243; *vid.* también K. HESSE, *op. cit.*, págs. 131-132.

¹⁰⁸ Para ALEXY estas expresiones constitucionales pertenecen al plano de la restricción; *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 278-279.

del poder público, sino ante la simple cuestión de precisar cuál es el derecho aplicable¹⁰⁹. Al respecto solo habría que matizar que no siempre la jurisprudencia constitucional deja caer en el telón de fondo de la libertad general de acción las conductas excluidas del ámbito protegido (especial) de un derecho, a veces con razón, como cuando se niega la protección iusfundamental de la libertad de reunión a una manifestación violenta, otras veces sin ella¹¹⁰. Además, conviene aclarar que la falta de cobertura de un interés subjetivo por los derechos fundamentales no significa que caigan en el terreno de la arbitrariedad estatal.

d) *Tendencias jurisprudenciales*. En la jurisprudencia constitucional ha predominado la interpretación amplia o extensiva del supuesto de hecho, que en ocasiones ha sido aplicada al concepto de vivienda (art. 13.1 LF), para abarcar ciertos locales comerciales o empresariales¹¹¹; a la vida (art. 2.2 LF), que existe antes del nacimiento¹¹²; a la prensa (art. 5.1 LF), que se ampara aunque no sea una prensa seria¹¹³; a la libertad de opinión (art. 5.1 LF), que en principio comprende la difusión de informaciones¹¹⁴; a la libertad de profesión (art. 12.1 LF), que se extiende a múltiples actividades económicas y empresariales¹¹⁵; a la libertad artística (art. 5.3 LF), que protege la creación artística y también su exposición o difusión¹¹⁶, entre otros. A esta interpretación amplia de ciertos conceptos es necesario sumarle la interpretación abierta de determinados derechos o de los preceptos que los consagran, que ha permitido reconocer la libertad general de acción y el derecho general de la personalidad, con la diversidad de contenidos iusfundamentales que le han sido adscritos¹¹⁷.

Pero algunas decisiones apuntan en sentido distinto. Así, la libertad de expresión (o libertad de opinión) no comprende las afirmaciones sobre hechos cuya falsedad se haya comprobado o que se hayan difundido a sabiendas de su falsedad¹¹⁸; como tampoco abarca, ni siquiera en conjunción con la libertad de prensa, la obtención de información de modo ilícito, aunque sí su difu-

¹⁰⁹ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 66.

¹¹⁰ *Vid.*, las referencias de KAHL, *op. cit.*, págs. 185 y ss.

¹¹¹ BVerfGE 32, 54 (69).

¹¹² BVerfGE 39,1 (37); 88, 203 (251).

¹¹³ BVerfGE 34, 269 (283).

¹¹⁴ BVerfGE 85, 1 (15).

¹¹⁵ BVerfGE 7, 377 (397); 97, 12 (25).

¹¹⁶ BVerfGE 30, 173 (189); 77, 240 (250).

¹¹⁷ *Vid.*, entre otras muchas, BVerfGE 6, 32 (41); 65, 1 (41); 79, 256 (268); 82, 6 (16).

¹¹⁸ BVerfGE 61, 1 (8); 99, 185 (197).

sión¹¹⁹, ni la libertad de profesión puede cobijar actividades prohibidas¹²⁰. A esto hay que agregar los pronunciamientos antes citados sobre el derecho de reunión, la libertad artística y la prohibición de la imposición de un trabajo o de los trabajos forzados. Sin embargo, estas son más bien excepciones que confirman la regla de una interpretación amplia del supuesto de hecho. Pueden apreciarse algunas señales de una posible inclinación a sustraer conductas de la protección que un derecho fundamental, ampliamente interpretado, ofrecería, pero es difícil hablar, como lo hace KAHL, de un “programa” reconocible en la jurisprudencia constitucional dirigido a reducir el concepto tradicional del ámbito protegido. Las decisiones por él referidas, así como por BÖCKENFÖRDE y HOFFMANN-RIEM, se ubican además en coordenadas temporales por lo general distintas y están a veces signadas por problemas interpretativos particulares suscitados en relación con determinados derechos, antes que por una orientación sistemática hacia la reducción del ámbito protegido.

Sí es constatable una construcción dogmática muy diferente, que KAHL califica de cambio radical, en las decisiones dictadas en los casos *Glykol* y *Osho*¹²¹, el primero, como ya se dijo, relativo a la libertad de profesión en su faceta de libre competencia, y el segundo, a la libertad religiosa. Un denominador común a estos casos es que se relacionan con el tema, ampliamente debatido en Alemania en la década previa a las citadas decisiones y que ya se encontraba sometido a un tratamiento jurisprudencial en la jurisdicción contencioso-administrativa, de las informaciones, declaraciones o advertencias emanadas de instancias estatales y su posible incidencia sobre los derechos fundamentales. En ambos, además, el perjuicio posiblemente derivado de la acción estatal se refiere a los efectos que la información o declaración de origen estatal haya tenido sobre terceros, o sea, sobre otros particulares que hayan actuado influenciados por tal información o declaración¹²².

En el caso *Glykol*, cuyo contexto conceptual es además el de las limitaciones inherentes a la libre competencia que se derivarían de la propia noción de mercado y de competencia, la principal peculiaridad dogmática, en cuanto al tema que nos ocupa, radica en que se admite una forma de intervención en el derecho fundamental que en sí misma es considerada ilícita. La decisión lo dice expresamente cuando advierte que, si las informaciones difundidas por el gobierno

¹¹⁹ BVerfGE 66, 116 (137). Ello a pesar de que, según jurisprudencia reiterada, la obtención de información forma parte del ámbito protegido de la libertad de prensa —BVerfGE 50, 234 (240); 77, 346 (354)—, por lo que cabía sostener que en caso de consecución ilícita tal derecho era aplicable, pero se justificaría una restricción; BVerfGE 50, 234 (240).

¹²⁰ BVerfGE 7, 377 (397); 81,70 (85).

¹²¹ BVerfGE 105, 252; 105, 279.

¹²² D. MURSWIEK, “Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechteingriff - Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26.6 2002”, en NVwZ 2003, págs. 1 y ss.

—la lista de los vinos contentivos de la sustancia considerada nociva y de sus productores— en cumplimiento de su cometido de dirección estatal, se revelan falsas y a pesar de ello se siguen difundiendo o no se corrigen, “con la constatación de la afectación del ámbito protegido se comprueba igualmente la ilicitud, pues una justificación de la posterior difusión de la información cuya falsedad ha sido verificada está vedada”¹²³. En otras palabras, la afectación del ámbito protegido de la libertad de profesión —al que la decisión a veces denomina ámbito de garantía—, en su proyección a la libre competencia, implicaría *per se* su violación.

Esta construcción resulta ajena al esquema general de la intervención y la restricción que domina la dogmática alemana de los derechos fundamentales y que se compone, como sabemos, de tres escalones o niveles: el ámbito protegido, la intervención y la justificación constitucional (de una restricción). La intervención es un concepto neutral en lo que a su conformidad con el ordenamiento jurídico respecta. Un esquema en el que la intervención y la violación del derecho se identifiquen es extraño a estos postulados y encajaría, en todo caso, en un modelo alternativo, propuesto por LÜBBE-WOLFF para pretensiones relacionadas con la igualdad de trato o con el disfrute de derechos originarios a prestaciones o de derechos derivados a prestaciones respaldados por el principio de igualdad, porque el alcance de lo constitucionalmente exigido estaría ya predeterminado y no serían admisibles injerencias o acortamientos ulteriores¹²⁴; una intervención comportaría *per se* una violación del derecho.

Sin embargo, un análisis detenido de la decisión revela que esta no pretende establecer un nuevo paradigma dogmático, sino solo adaptar el imperante, con mayor o menor acierto, a las peculiaridades de las injerencias mediatas y fácticas del Estado en los derechos fundamentales, concretamente en la libertad de profesión, respecto de la cual la jurisprudencia ya había introducido matices particulares en el tratamiento del concepto de intervención¹²⁵, dado el amplio espectro de esta libertad, que sin tales matices se configuraría como una libertad general de acción profesional o económica. La especial vía argumental seguida en el caso *Glykol* puede además explicarse a partir de las especificidades de la libertad de ejercicio de la profesión en el campo del mercado y de la libre competencia, y de la significación que allí ostenta la transparencia informativa, a lo cual la propia decisión se refiere.

De ahí que la objeción a este aspecto de la decisión ha de ubicarse más bien en el plano de la adecuada demarcación del ámbito protegido y de la interven-

¹²³ BVerfGE 105, 252 (273).

¹²⁴ LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, págs. 87 y ss.

¹²⁵ Al exigir una orientación, subjetiva u objetiva, hacia la regulación de la profesión, en las normas o medidas que incidan en el ejercicio de una actividad profesional, para que sean tratadas como una intervención; BVerfGE 97, 228 (253); PIERROT/SCHLINK, *op. cit.*, pág. 211; SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, pág. 405.

ción o injerencia. Hubiera sido posible calificar como injerencia o afectación toda advertencia o consejo dirigido por el Estado a los consumidores, que probablemente tenga efectos desfavorables sobre algunos agentes económicos por incidir en su posición en el mercado, y declarar la existencia de una violación del derecho, por ejemplo, cuando la información se hubiera difundido a conciencia de su falsedad¹²⁶. Esto habría planteado el problema de la ausencia de una base legal para la injerencia, el cual fue soslayado, acaso deliberadamente, mediante el discutible salto dogmático del pronunciamiento.

Mayores singularidades se encuentran en la decisión del caso *Osho*, en el cual las afirmaciones de un ministro federal que comprenden sus respuestas a preguntas formuladas en comisiones parlamentarias, relativas a una asociación que profesaba una determinada religión o concepción del mundo, fueron consideradas en parte violatorias de este derecho, ya que tal asociación o movimiento había sido calificado como “destrutivo” y “seudoreligioso”, cuyos miembros serían “manipulados”. Estas aseveraciones rebasaban, según la decisión, lo aceptable en atención al deber de neutralidad del Estado en materia religiosa y vulneraban el derecho de los recurrentes, derivado de su libertad religiosa (arts. 4.1 y 4.2 LF), a ser tratados con neutralidad, al tiempo que resultaban desproporcionadas. Otras expresiones, como denominar a la asociación “secta”, no habrían sobrepasado ese umbral y no afectaban el ámbito protegido de la libertad religiosa¹²⁷.

Lo relevante ahora es que, primeramente, el análisis de la proporcionalidad de la intervención no estuvo acompañado de un examen de la base legal de la actuación estatal o, mejor dicho, la medida estatal fue eximida del mismo, ya que el gobierno podía apoyarse directamente en su cometido de dirección estatal, “sin que se hubiera requerido de una habilitación legal adicional”¹²⁸. En este punto de la decisión fue determinante el carácter mediato y fáctico de la injerencia estatal, que restaría fundamento a la exigencia de una base legal¹²⁹. Por otra parte, en relación con la temática del ámbito protegido, ha

¹²⁶ En esta dirección apunta la opinión de MURSWIEK, *op. cit.*, págs. 3 y ss.

¹²⁷ *BVerfGE* 105, 279 (págs. 295 y ss.).

¹²⁸ *BVerfGE* 105, 279 (301).

¹²⁹ No sería pertinente exponer todas las razones que llevaron al Tribunal Constitucional Federal a moderar en este caso la exigencia de la reserva legal. La principal fue la consideración de las peculiaridades que ofrecen las afectaciones fácticas e indirectas en los derechos fundamentales, originadas con ocasión de una actuación estatal que no está plasmada en actos formales y cuyo destinatario no es el titular del derecho. De ahí que en la decisión se haya aseverado que la extensión de la protección iusfundamental a los supuestos de afectación fáctica e indirecta de derechos, no necesariamente ha de corresponderse exactamente con la amplitud de la reserva legal. Su alcance frente a esta clase de injerencias habría de determinarse en función de la posible contribución de la regulación a la satisfacción de la finalidad de la reserva legal, vista como emanación del principio del Estado de Derecho y de la democracia, siendo además relevante que la materia sea de por sí susceptible de regulación. En el caso

sido criticada, con razón, la inclusión de la apreciación del carácter difamante de las afirmaciones, o del quebrantamiento del deber de neutralidad estatal, en la determinación de la afectación del ámbito protegido, cuando en rigor pertenecen al plano de la justificación¹³⁰. Este equívoco obedece en buena medida al intento de definir estrictamente, *a priori*, la protección de la libertad de religión frente a declaraciones o informaciones estatales, lo que conduce a introducir tales valoraciones en el escalón del ámbito protegido. De ahí que la decisión sostenga que determinadas aseveraciones afectan el ámbito protegido del derecho y al mismo tiempo las califique de desproporcionadas, con lo cual nuevamente la injerencia o afectación se presenta de modo inmediato, al menos tendencialmente, como vulneración del derecho.

Con prescindencia de la visión que se tenga sobre la magnitud del desvío dogmático apreciable en estas decisiones, lo cierto es que han quedado circunscritas al campo de la actividad informativa o declarativa del Estado, donde han generado más confusión que reorientación conceptual, sin seria repercusión en otras materias¹³¹. El eventual desarrollo de una tendencia clara y sostenida hacia un entendimiento más estricto del ámbito protegido, que no luce reconocible, dependerá de la discusión científica y de las orientaciones jurisprudenciales sobre un tema crucial para el estudio y aplicación de los derechos fundamentales.

3. LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL

A) *Noción de intervención*

Otro escalón o nivel de análisis para la determinación de la licitud de la actuación del Estado en la esfera de un derecho fundamental es el de la intervención o injerencia. Como ya se afirmó, la pregunta sobre la existencia de una intervención suele estar imbricada con la relativa a la extensión del ámbito protegido, pero es relevante tener presente la perspectiva específica de la intervención. Resulta claro que los derechos fundamentales, particularmente los derechos de defensa o derechos de libertad, se traducen en la resistencia a cualquier invasión estatal de la esfera protegida, pero hay que precisar cuándo podemos hablar de una invasión de tal esfera.

La primera distinción que debe hacerse es entre la actuación facilitadora del poder público y la actuación reductora. La primera va dirigida a favorecer

concreto tal contribución no fue confirmada, como tampoco la aptitud de la materia debatida, la actividad informativa del gobierno sobre los más variados temas comprendidos por su esfera de atribuciones, para una tal regulación.

¹³⁰ KAHL, *op. cit.*, págs. 190-191; MURSWIEK, *op. cit.*, pág. 3.

¹³¹ H. DREIER, *Grundgesetz*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, pág. 120.

el ejercicio o disfrute de un derecho, como sucede, por ejemplo, cuando las leyes garantizan canales efectivos de acceso a la información pública o cuando se adoptan políticas conducentes a promover las iniciativas en el campo artístico o científico. La segunda apunta en cambio hacia la negación o condicionamiento de las pretensiones subjetivas derivadas de un derecho: no ser detenido, no sufrir un allanamiento domiciliario, no ser obstaculizado en la libre expresión de ciertos mensajes. En medio de las dos se sitúa la actividad de configuración legislativa de un derecho fundamental, con toda su opacidad y los problemas de delimitación que plantea. Al hablar de intervenciones, he de concentrarme en la segunda modalidad de actuación mencionada.

Como punto de partida para la demarcación del concepto de intervención, ha de acudirse a las nociones de repercusión negativa o gravosa de una conducta estatal sobre un derecho fundamental. Para que la protección formal y material del derecho fundamental se active es necesario que la esfera de libertad que este ampara haya sido afectada, es decir, que haya sufrido algún perjuicio o menoscabo. En principio, toda conducta estatal, activa u omisiva, que incida desfavorablemente en una libertad, posición o situación jurídica comprendida por el ámbito protegido de un derecho fundamental ha de ser considerada una intervención¹³².

La intervención puede derivarse tanto de una ley como de reglamentos, actos administrativos, sentencias u otros actos jurídicos o actuaciones singulares. Naturalmente, estos requieren de una base legal que haya previsto la posibilidad de la actuación que se califica de intervención, pero este examen sobre el respeto de la reserva legal pertenece a otro nivel de análisis, el de la fundamentación o justificación. Aquí solo se trata de dilucidar si este análisis debe llevarse a cabo desde la óptica de un derecho fundamental. La ley puede comportar por sí misma una intervención cuando, en vez de limitarse a autorizar una intervención por el poder ejecutivo o el poder judicial, tiene efecto directo sobre la esfera subjetiva del titular del derecho, lo que es típico de las leyes llamadas autoaplicativas: es lo que ocurre cuando la ley prohíbe o sanciona una conducta, no siendo preciso esperar a los actos de ejecución para hablar de intervención. La sola previsión legal de la base para afectar en situaciones concretas un derecho puede denominarse intervención, cuando se entiende incluido en el derecho fundamental la pretensión de rechazar el establecimiento normativo de la facultad para intervenir en el derecho¹³³.

En ocasiones la intervención consiste en una omisión de las autoridades. Esto no es frecuente que suceda frente a derechos de defensa o de libertad, mientras que es lo normal en los derechos prestacionales, si se admite la aplicación del esquema de la intervención y la restricción a esta clase de derechos.

¹³² Vid. J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites ...*, op. cit., págs. 78 y ss.

¹³³ SACHS, *Verfassungsrecht II*, op. cit., pág. 103.

Pero es posible que, con apoyo en la técnica reguladora de la reserva de autorización administrativa, la actividad de los particulares en un sector económico no pueda desplegarse hasta el otorgamiento de un permiso o autorización, en virtud de las funciones de vigilancia o control que de acuerdo con la ley la administración deba asumir. En este supuesto la pretensión principal derivada del derecho de defensa es la de requerir de los órganos competentes el conferimiento del permiso, una vez colmadas las condiciones que normativamente han de fijarse. La jurisprudencia constitucional alemana ha declarado que, ante esta técnica reguladora, la misma esencia del derecho fundamental reclama que la ley prevea la facultad del titular del derecho de exigir el levantamiento de este límite formal al ejercicio¹³⁴. Aquí la intervención se produciría si la administración deja de otorgar el permiso solicitado, o sea, a causa de una omisión.

Las dificultades dogmáticas en la precisión de la noción de intervención surgen al procurar distinguir entre la afectación de un derecho y las simples molestias o inconvenientes que la actuación del poder público pueda ocasionar a alguna persona. Para algunos esta distinción se corresponde con la diferenciación entre imposibilitar, total o parcialmente, y dificultar el ejercicio de un derecho fundamental¹³⁵, pero no cabe aceptar este criterio, pues también las medidas que obstaculizan pero no impiden el despliegue de un derecho pueden merecer el tratamiento de intervenciones. Si por defender determinadas ideas políticas un empresario deja de disfrutar ciertas subvenciones públicas, poco relevantes económicamente, con ello no se le impide seguir propugnándolas, pero sí puede resultarle más gravoso. Lo mismo ocurre si una asociación deja de percibir ciertas ayudas oficiales, poco significativas en su giro económico, por la orientación religiosa de sus directivos. En estos y otros supuestos análogos la cualidad de intervención de una acción estatal no depende de la magnitud del efecto obstaculizador sobre el titular del derecho, sino de la medida considerada en sí misma. Y en aquellos en los cuales tal aspecto sí sea importante, no siempre ha de exigirse el umbral de la imposibilidad.

Las dificultades mencionadas pueden ilustrarse con el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de las intervenciones en derechos derivadas de la incursión del Estado, mediante empresas públicas, en sectores de la economía en los que entrará en competencia con los particulares. Este es un campo en el que los tribunales contencioso-administrativos generalmente han fijado un listón muy alto para la admisión de una intervención derivada de la incursión pública en tales sectores. Se inclinan a sostener que esta participación de empresas públicas en el mercado solo representa una intervención en la libertad de profesión (art. 12 LF) si se hace imposible la competencia de los particulares.

¹³⁴ *BVerfGE* 20, 150, (155).

¹³⁵ *Vid. PIEROTH/SCHLINK, op. cit., págs. 62-63.*

No obstante, se ha observado, con razón, que a veces la actividad empresarial del Estado lleva aparejados privilegios o ventajas para la entidad pública que alteran el funcionamiento del mercado, lo cual ha de calificarse de intervención en el derecho si se produce una afectación relevante de la posición de los competidores, aunque su permanencia en el mercado no esté en juego¹³⁶. En todo caso, este criterio judicial restrictivo es excepcional dentro de la orientación general de la jurisprudencia relativa al concepto de intervención, y ha de entenderse en el contexto de la tendencia a negar una protección frente a la entrada de competidores al mercado, desde la perspectiva de la libertad de profesión.

Como simples molestias o inconvenientes que el particular debe tolerar se encuentran, por ejemplo, la pérdida de la hermosa vista que se tenía desde una vivienda, en virtud de la construcción levantada en un terreno cercano, con el correspondiente permiso administrativo válido; la reducción del tránsito vehicular en una vía pública como consecuencia de la apertura de una nueva arteria vial, que puede afectar a los comercios o estaciones de gasolina establecidos en la primera; el descubrimiento por instituciones públicas de una nueva tecnología, que seguramente tendrá efectos perjudiciales para las industrias basadas en tecnologías más viejas; la admisión de un nuevo agente en un mercado, que probablemente afectará a las empresas que ya concurren en el mismo. Este tipo de situaciones permiten a JARASS sostener certeramente que no basta con la constatación de cualquier efecto fáctico negativo sobre un particular, originado directa o indirectamente en un acto o medida estatal, para hablar de una intervención o injerencia¹³⁷.

Para verificar con mayor exactitud la presencia de intervenciones en derechos fundamentales conviene referirse a los criterios clásicos de reconocimiento que han sido formulados y a la evolución que han experimentado.

B) *Criterios de reconocimiento*

En la doctrina germánica suele distinguirse entre un concepto clásico de intervención y puntos de vista más modernos que han sido introducidos en la dogmática de los derechos fundamentales. El concepto clásico de intervención no es propiamente el reflejo de un modelo conceptual correspondiente a un concreto período histórico, sino más bien una reconstrucción desde el presente de criterios tradicionalmente manejados al examinar posibles injerencias de los poderes públicos en tales derechos. Se trata especialmente de criterios provenientes del Derecho Administrativo¹³⁸.

¹³⁶ Vid. HANS JARASS, "Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht", en *DöV* 2002, págs. 492 y ss.

¹³⁷ Ídem, pág. 493.

¹³⁸ SACHS, "Die relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen", en *JuS* 1995, págs. 303 y ss.

Según ese concepto clásico de intervención, la afectación del derecho fundamental por una actuación estatal podía ser calificada de intervención si reunía cuatro atributos: debía ser *final* y no una simple consecuencia no intencionada de una acción estatal con finalidad completamente distinta; debía ser consecuencia *directa* y no solo indirecta de tal actuación; debía estar reflejada en un *acto jurídico* y dotada de efectos jurídicos y no puramente fácticos, y debía manifestarse mediante *órdenes* y eventualmente mediante la coacción¹³⁹.

No hay unanimidad en torno al verdadero sentido histórico de los criterios que han sido englobados bajo este concepto clásico de intervención. En contra de lo que frecuentemente se afirma, se ha sostenido, con apoyo en una amplia indagación histórica, que ese concepto de intervención nunca había sido entendido como una definición exhaustiva o excluyente de las injerencias estatales significativas desde una óptica iusfundamental. Los criterios antes enunciados habrían estado vinculados, más bien, a los procesos de definición del alcance del control judicial sobre la actuación administrativa, de consolidación de la exigencia de la reserva legal y de precisión de los supuestos de una indemnización por expropiación. Lo específico de las actuaciones cónsonas con el concepto clásico de intervención era que además de requerir una justificación, eran aptas para obtenerla. Eran medidas necesitadas y a la vez susceptibles de justificación jurídica¹⁴⁰. Es posible encontrar en la jurisprudencia contencioso-administrativa vestigios de una concepción restrictiva sobre las medidas estatales que desencadenarían la protección iusfundamental, guiada por criterios como los antes formulados, pero esto pareciera no corresponder con un modelo general como el sugerido por el concepto clásico de intervención esbozado.

En cualquier caso, tal comprensión estrecha de la intervención no podía sobrevivir intacta a los desarrollos de la protección de los derechos fundamentales, por lo que hoy solo es útil para identificar las medidas estatales que a todas luces y sin discusión alguna representan una intervención en un derecho fundamental. Algunos de estos criterios, aisladamente considerados, bastan además para realizar tal identificación. Así, la finalidad de la actuación estatal causante de la afectación generalmente es un indicador suficiente, pero no necesario, de la existencia de una intervención; aunque la medida adoptada sea meramente fáctica o repercuta solo indirectamente en el particular, estamos ante una intervención si la finalidad perseguida es justamente la de incidir en la situación del titular de un derecho fundamental. Asimismo, el uso de la fuerza contra una persona por agentes policiales usualmente bastará para hablar de una intervención, aunque esta no sea la finalidad principal de la acción estatal.

¹³⁹ Vid. STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 104 y ss.; SACHS, *Grundgesetz ...*, *op. cit.*, págs. 58-59.

¹⁴⁰ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 82 y ss.

Actualmente ninguno de los criterios señalados rige con carácter absoluto: el traslado de una persona a comisaría para constatar su identidad o para protegerla frente a los daños que ella misma se pueda causar es una privación de libertad, con todas las consecuencias constitucionales, aunque la finalidad de la medida no sea la detención o internamiento del afectado; el otorgamiento de ciertos beneficios o subvenciones a algunos empresarios puede en determinadas circunstancias quebrantar la libre competencia, aunque este no haya sido el propósito directo de la disposición respectiva; la concentración de la propaganda oficial o de entes públicos en determinados medios de comunicación puede afectar la libertad de expresión, y la falta de respuesta del órgano competente a una solicitud de autorización puede configurarse como una injerencia en distintos derechos. Para contraponerlas al concepto clásico de la intervención, estas otras formas de incidencia negativa en los derechos que no encajarían en los criterios tradicionales son llamadas “otras afectaciones” o “injerencias”¹⁴¹, aunque a menudo el concepto (genérico) de intervención las comprende a todas, que es el sentido con el que es empleado en este trabajo.

En la búsqueda de principios que permitan verificar la existencia de una intervención, se ha acudido a la idea de la imputabilidad de la afectación del derecho al Estado, la cual ha de determinarse objetivamente a partir de la exigencia de la relación de causalidad entre la acción u omisión estatal y el menoscabo sufrido por el derecho¹⁴². A la relación de causalidad como condición necesaria para la imputabilidad y responsabilidad iusfundamental a veces se añaden requisitos adicionales, observándose una gran heterogeneidad en las concepciones. Como rasgo característico de los actuales intentos delimitadores puede constatarse la plausible tendencia a poner énfasis en los efectos de la conducta estatal, cuya causalidad haya sido establecida, sobre la situación subjetiva del titular del derecho¹⁴³.

El centro de la atención y de la discusión doctrinal lo constituyen las intervenciones mediatas y fácticas en los derechos fundamentales, las cuales implican una actuación de particulares que se sitúa en un primer plano, mientras que la del Estado repercute indirectamente y de hecho en el derecho fundamental, sin que exista un acto jurídico oficial del que sea destinatario el sujeto que considera afectados sus derechos. Si una planta industrial privada despidе emisiones químicas que rebasan lo aceptable, la acción que de manera directa incide en la esfera subjetiva de otros particulares es atribuible a un empresario, pero la omisión o tolerancia estatal puede ser la causa mediata de la afectación, lo que en este caso bastaría para reconocer una intervención en el derecho.

¹⁴¹ Ídem, págs. 128 y ss.

¹⁴² Ibídem.

¹⁴³ Vid. JOSEF LINDNER, “‘Grundrechtseingriff’ oder, grundrechtswidriger Effekt?”, en *DoV*2004, págs. 765 y ss.

Un tipo de afectación mediata y fáctica que ha ocupado la atención de la jurisprudencia constitucional son las advertencias o declaraciones estatales dirigidas a un público generalmente indeterminado, las cuales posiblemente motivan conductas de particulares que inciden de forma negativa en los derechos de otros. La advertencia pública de que ciertos productos contienen una sustancia nociva para la salud, probablemente llevará a muchos consumidores a orientar sus preferencias hacia otros productos, con el consecuente perjuicio para quienes fabriquen o comercialicen los primeros. Este es un caso claro de injerencia, porque el efecto contrario a los intereses de algunos particulares no es un simple efecto ocasional o eventual de la difusión de informaciones, ni pertenece a las condiciones naturales del mercado que los agentes económicos estén obligados a soportar, sino es la consecuencia de una intromisión estatal llamada a orientar la acción de los consumidores, aunque la decisión dictada en el comentado caso *Glykol* no lo haya visto así¹⁴⁴. Un ejemplo de intervención fáctica y mediata reconocido por la jurisprudencia es el del apoyo financiero por el gobierno federal de una asociación entre cuyos fines se encontraba el de informar y advertir sobre la actividad de determinadas sectas religiosas, las cuales alegaron fundadamente la existencia de una injerencia¹⁴⁵.

Las afectaciones mediatas o fácticas suscitan algunas dificultades para el reconocimiento de la intervención, sobre todo cuando se trata de imputar al Estado los efectos de la actuación de particulares. En principio no basta que el Estado autorice la realización de una actividad (lícita) por un particular para que aquel sea responsable, como autor de una intervención, por las acciones que este ejecute. Pero el permiso dirigido a una persona, cuya utilización posiblemente afecte, de manera fáctica o mediata, a otras, puede llegar a representar una intervención en los derechos de terceros. Los ejemplos jurisprudenciales van desde casos ligados al urbanismo hasta los relacionados con permisos de instalación o funcionamiento de una planta de energía nuclear o la autorización para establecer un restaurante al lado de una iglesia¹⁴⁶. Igualmente, las limitaciones a los horarios de apertura de los comercios, dirigidas a sus propietarios, han sido interpretadas como injerencias en la libertad general de acción de los consumidores o clientes¹⁴⁷. También disposiciones de naturaleza tributaria o presupuestaria pueden adquirir, desde una perspectiva mediata o fáctica, el carácter de intervenciones si, por ejemplo, dificultan sobremanera el ejercicio de una actividad profesional, o benefician especialmente a ciertos agentes económicos en perjuicio de sus competidores, respectivamente, aun cuando este no haya sido el fin de la disposición.

¹⁴⁴ BVerfGE 105, 252.

¹⁴⁵ BVerfGE 105, 279.

¹⁴⁶ GALLWAS, *Faktische ...*, op. cit., págs. 90 y ss.

¹⁴⁷ BVerfGE 13, 230 (232 y ss).

La imputación al Estado de los efectos de acciones de particulares se admite igualmente cuando el Estado dirige u orienta la conducta de las personas, mediante órdenes o prohibiciones o mediante incentivos económicos, sanciones o advertencias, pues debe hacerse responsable por las consecuencias iusfundamentales sobre terceros de los actos realizados de acuerdo con tales estímulos, prescripciones o exhortaciones; en tales circunstancias el Estado utiliza a los particulares para el logro de sus propios fines, por lo que resulta lógico y cónsono con los principios jurídicos aplicables en otras ramas del Derecho, que aquel sea considerado responsable de una intervención o injerencia en el derecho afectado¹⁴⁸.

Esta responsabilidad no opera cuando la actuación del particular, motivada en actos o medidas estatales, está completamente fuera de lo previsible, es decir, de la reacción que es razonable esperar y que objetivamente cabe pensar que debe ser asumida como posible por las autoridades¹⁴⁹. No obstante, se ha impuesto una regla especial en materia de lucha contra la criminalidad, en los casos en que las autoridades policiales deben hacer uso de la fuerza aun sabiendo que los sujetos involucrados en un hecho delictivo pueden agredir a otras personas que estén bajo su control (secuestro de rehenes). Aquí no sería imputable al Estado, a título de intervención, la eventual actuación lesiva de los presuntos autores del delito, siempre que la acción policial haya estado apegada a la proporcionalidad y demás principios aplicables¹⁵⁰.

Por otra parte, problemas especiales suscitan las posibles injerencias en que concurre la actuación lesiva del propio sujeto afectado. Se trata de los casos en que el mismo perjudicado es, por decisión verdaderamente libre, la causa principal del menoscabo que ha sufrido en la esfera de algún derecho fundamental cuyo objeto sea disponible, aunque confluya una medida estatal, en el entendido de que esta no debe ser de ninguna forma imperativa, pues bastaría con esto para calificarla como intervención o injerencia. Para ser coherentes con lo antes expresado, ha de sostenerse que la conducta particular autolesiva originada en una medida estatal no despoja a esta de su condición de intervención o injerencia, si aquella se corresponde con la finalidad perseguida por las autoridades, lo que es suficiente para que le sea imputable.

4. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL

Constatada la presencia de una intervención estatal en el ámbito protegido por un derecho fundamental, ha de pasarse al examen de su justificación

¹⁴⁸ SACHS, *Grundgesetz...*, pág. 63; STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 186 y ss.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

constitucional, usándose aquí el término justificación en un sentido amplio, que abarca la fundamentación de esa intervención en normas constitucionales y en normas legales adoptadas de acuerdo con aquellas, así como la existencia de razones materiales que brinden soporte a la intervención y a la consecuente restricción del derecho. La intervención o injerencia en el derecho se estima justificada cuando el mismo ha sufrido válidamente una limitación, pues en ausencia de esta la intervención carece de sostén constitucional. De allí que el análisis de la justificación de la intervención presuponga el de la fundamentación constitucional de la restricción. A continuación se desglosarán los componentes de esta fase decisiva del examen de licitud de las intervenciones y restricciones de derechos fundamentales.

A) La necesaria fundamentación constitucional de la limitación o restricción

Un aspecto capital en la explicación dogmática de las limitaciones o restricciones a derechos fundamentales es el basamento constitucional que estas deben ostentar. Dado el rango constitucional de los derechos en juego, no cabría admitir una restricción de su disfrute o ejercicio cuyo origen se encontrara exclusivamente en normas subalternas, como las de la legislación. La supremacía y fuerza normativa de la Constitución se opondrían a una tal relativización o reducción de las libertades reconocidas como derechos fundamentales.

Sin embargo, normalmente las Constituciones facultan expresamente al legislador para fijar limitaciones a los derechos consagrados, bien mediante remisiones específicas a la ley, bien mediante una cláusula general que establece la posibilidad y a veces también las fronteras de la limitación. De esta forma la propia Constitución da cabida a un acortamiento de lo ofrecido por los derechos proclamados y confiere fundamentación a las leyes que sean dictadas para llevarlo a cabo. Una tal cláusula general de restricción no existe en la Ley Fundamental y fue explícitamente rechazada durante su elaboración.

Además, a veces la propia Constitución fija directamente límites de diverso alcance al derecho que genéricamente ha consagrado, como ocurre cuando la Ley Fundamental faculta a las autoridades para adoptar, con autorización judicial, medidas de vigilancia acústica de viviendas, en caso de sospechas fundadas de delitos especialmente graves y dadas otras condiciones (art. 13.3 LF). Asimismo, cuando la Constitución reconoce un derecho y paralelamente recoge otros derechos o bienes que puedan entrar en colisión con el primero, potencialmente lo limita. En ambos supuestos la ley está llamada a cumplir, como veremos, una importante función configuradora.

Es importante destacar la diferenciación entre la limitación o delimitación del derecho derivada de la Constitución y su restricción legislativa. La limitación constitucional del derecho fundamental es necesaria para que este pueda

sufrir alguna forma de acortamiento, el cual generalmente encuentra concreción en una disposición legislativa y, de modo excepcional, resulta directamente de la norma constitucional. En ambos supuestos la Constitución limita el derecho, bien sea abriendo la posibilidad de restringir mediante ley el ejercicio del derecho reconocido y estableciendo eventualmente algunos criterios a estos efectos, bien sea acordando ella misma la restricción. Las reservas de restricción legal operan pues, desde esta perspectiva, como límites (potenciales o mediatos), en el sentido de que relativizan los mandatos, permisiones o prohibiciones contenidos en el derecho, que sin tal reserva o salvedad constitucional en principio no podrían ser luego sometidos a condicionamientos. La limitación constitucional del derecho es así un requisito para su restricción legislativa¹⁵¹. Las dos formas principales de sustentación constitucional de una limitación son las reservas de ley, por un lado, y la limitación constitucional directa, por el otro.

Algunos autores diferencian entre las limitaciones derivadas de disposiciones constitucionales contentivas de *reservas* a favor de alguna rama del poder público, y las limitaciones (o delimitaciones) constitucionales de derechos fundamentales de índole *cuasi-típicas*, es decir, próximas a las delimitaciones de derechos resultantes de la propia formulación del supuesto de hecho, o tipo normativo, del derecho fundamental. Las primeras se circunscriben a las previstas a favor del legislador, aunque podrían comprender, excepcionalmente, reservas referidas a instancias ejecutivas o judiciales, que sean facultadas directamente para actuar, dadas las condiciones constitucionalmente fijadas. En cuanto a las segundas, se distingue entre las que niegan el despliegue de un efecto jurídico que de lo contrario podría activarse (negación del derecho de asilo a quienes procedan de países de las Comunidades Europeas o de países en los que esté asegurada la aplicación de los tratados internacionales allí mencionados; art. 16^a.2, 1^a frase LF) y las que incluyen propiamente normas de restricción (la limitación de la libertad de expresión por el honor personal, o el condicionamiento de la libertad de enseñanza por la lealtad a la Constitución; arts. 5.2, 3^a frase y 5.3, 2^a frase LF, respectivamente)¹⁵². Los supuestos de limitaciones resultantes de bienes constitucionales que entren en colisión con derechos fundamentales consagrados sin reserva son objeto de un tratamiento particular.

Más allá de estas precisiones, la gran distinción entre las limitaciones a los derechos fundamentales, desde la perspectiva de su necesario anclaje constitucional, es la que diferencia entre las limitaciones o restricciones directamente constitucionales y las que lo son indirectamente. Las primeras provienen directamente de alguna norma constitucional, mientras que las segundas pre-

¹⁵¹ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 225 y ss.; ALEXU, *Teoría ..., op. cit.*, pág. 277.

¹⁵² STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 225 y ss.

suponen la interposición del legislador, que ejerce sus funciones normativas con fundamento en alguna reserva establecida por la Constitución¹⁵³.

Algunos de los problemas que plantean las limitaciones directamente constitucionales residen en las posibles consecuencias jurídicas de su aceptación. El carácter *directamente* constitucional de la limitación sugeriría que esta opera de manera automática, por fuerza de la Constitución, sin que sea precisa una mediación legislativa; de ahí que a veces se afirme que la limitación directamente constitucional, o delimitación, de un derecho fundamental es independiente de la ley¹⁵⁴, lo cual no es necesariamente así. En supuestos como el de la prohibición de fabricación, transporte o comercio de armas de guerra sin autorización del gobierno federal, previsto en la Ley Fundamental (art. 26.2 LF), no habría objeción en admitir que el efecto restringente se produce de modo inmediato, sin perjuicio de la configuración legislativa. Pero no ocurre lo mismo en otros casos, en los que la generalidad del concepto empleado para formular la cláusula restrictiva exija una concreción normativa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la Ley Fundamental enuncia al “derecho del honor personal” como un límite de la libertad de expresión. La redacción de esta frase ha suscitado discrepancias y para algunos autores es un ejemplo de las limitaciones directamente constitucionales¹⁵⁵, por lo que podría dar pie a la interpretación de que el derecho al honor limita de manera inmediata la libertad de expresión, sin requerirse de desarrollo legislativo, lo cual ha sido certeramente descartado por la jurisprudencia constitucional. Según el Tribunal Constitucional Federal el artículo 5.2 de la Ley Fundamental, al enunciar los límites de la libertad de expresión, no alude de forma expresa a las disposiciones legales referidas al honor personal sino menciona directamente el derecho al honor, a diferencia de lo que sucede con los otros dos límites contenidos en esa disposición, pero de allí no se sigue que el derecho al honor personal pueda ser opuesto sin más por el Estado a la libertad de expresión, aun en los casos en que falte una concreción legislativa. Tal interpretación es rechazada por ser contraria al principio que exige una base legal para llevar a cabo injerencias en los derechos fundamentales, por lo que los límites a la libertad de expresión resultantes del derecho al honor personal han de estar establecidos legalmente¹⁵⁶.

Lo mismo cabe decir de la prohibición de asociaciones que se dirijan “contra la idea del entendimiento entre los pueblos” (art. 9.2 LF), a veces calificada

¹⁵³ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, págs. 276 y ss.

¹⁵⁴ Vid. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 496; BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 120 y ss.

¹⁵⁵ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 506.

¹⁵⁶ BVerfGE33, 1 (16-17). Sobre la significación de la reserva legal vid. SACHS, *Grundgesetz ..., págs. 845 y ss.*

como una restricción directamente constitucional, pues la apertura o indeterminación de esta fórmula es tal que sería contrario a los principios del Estado de Derecho permitir una aplicación directa de la prohibición por autoridades administrativas o judiciales. Corresponde al legislador concretar esta previsión constitucional, que ya ha cumplido este mandato implícito. Algo similar cabe decir del artículo 57 de la Constitución venezolana, a tenor del cual, además del anonimato, no se permite “[...] la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”. Las expresiones citadas requieren de una concreción legislativa, dirigida a precisar los mensajes prohibidos y a determinar las consecuencias jurídicas de su difusión.

La independencia de la limitación directamente constitucional respecto de la ley solo puede aceptarse con carácter excepcional y ha de seguirse una interpretación restrictiva de su procedencia, de manera que si la previsión constitucional de orientación restrictiva suscita dudas sobre su alcance o sobre la posibilidad de su aplicación inmediata es necesaria la intervención del legislador.

Una interesante muestra de las dificultades interpretativas que puede suscitar un precepto en apariencia contentivo de una habilitación constitucional directa lo ofrece el artículo 13.3 de la Ley Fundamental. Esta disposición, introducida mediante una modificación constitucional de 1998, permite el empleo de medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas, previa autorización judicial, cuando lo exija la investigación de delitos especialmente graves, dadas las demás condiciones fijadas por la misma norma, que no formula una remisión a la ley. Tras la aprobación de la reforma, buena parte de la doctrina entendió que para la aplicación de la disposición no se requería un desarrollo legislativo, pero el camino que se eligió implicó una reforma de la legislación procesal penal y el Tribunal Constitucional Federal dictó luego una sentencia en la cual declaró que dicha modificación constitucional no contrariaba la Constitución, en particular su artículo 79.3, relativo a los límites materiales de las reformas constitucionales, entre los cuales figura el respeto a la dignidad humana, porque “la necesaria regulación legislativa puede y debe asegurar que la dignidad humana no sea lesionada en el caso concreto. La habilitación del art. 13 párrafo 3 LF solo comprende la aprobación de normas que así lo garanticen”. La sentencia afirmó de manera rotunda que dicho artículo no contiene ninguna habilitación directamente constitucional para acordar injerencias en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino requiere de desarrollo legislativo¹⁵⁷.

Entre las situaciones que suelen ser tratadas bajo la categoría de las limitaciones o restricciones directamente constitucionales se halla la colisión entre

¹⁵⁷*BVerfGE* 109, 279 (309 y ss.); *vid.*, igualmente PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 78-79.

derechos y otros bienes o principios constitucionales, que luego se examinará de manera particular. Baste por lo pronto con advertir que, aun de atribuírseles tal condición, de tales colisiones no resulta un criterio normativo suficiente para la solución de los casos concretos, el cual debe ser aportado por el legislador. La colisión constitucional puede indicar que es imprescindible poner freno a las pretensiones de plena expansión derivadas de un derecho fundamental, enfrentado a otro derecho de igual rango o a otro bien constitucional, pero no va a determinar de manera general la forma de articular ambos bienes, siendo esta una tarea de la legislación, como lo ha reconocido la jurisprudencia¹⁵⁸.

Así, el sentido de la diferenciación entre las limitaciones o restricciones directamente constitucionales y las que no lo son reside no tanto en la determinación de las limitaciones que requerirían de una concreción legislativa, cuanto en subrayar que algunas restricciones pueden estar ordenadas por la Constitución, cumpliendo la ley frecuentemente —no siempre como veremos— un papel simplemente declarativo, al precisar el alcance de la limitación querida por la Constitución.

Las restricciones indirectamente constitucionales, como arriba apunté, son las derivadas de disposiciones legales dictadas con respaldo en reservas constitucionales. Estas reservas pueden resultar de referencias explícitas al carácter restrictivo de la regulación legal a la que la Constitución remite (el derecho a la libertad de circulación solo puede ser “restringido” en virtud de una ley, arts. 11.2 LF; o solo puede sufrir las “limitaciones” establecidas por la ley, art. 50 CRBV), o pueden deducirse de la sola remisión a la ley (el ejercicio de la profesión puede ser “regulado” por la ley, art. 11.2 LF; o la ley “determinará” las profesiones que requieren título y las condiciones para ejercerlas; art. 105 CRBV).

La naturaleza constitucionalmente indirecta de la restricción se explica por la existencia de las reservas de restricción, expresas o tácitas, formuladas por la Constitución, en las cuales la ley limitadora habrá de apoyarse. Desde una óptica material, lo característico de esta clase de restricciones es que son producto, en todo o en parte, de la libertad de configuración política o normativa del legislador. La remisión constitucional al legislador para la regulación de un derecho fundamental puede entrañar un mandato de legislar, e incluso criterios o pautas para la legislación respectiva, pero la completa determinación del contenido de las reglas que han de ser adoptadas y la ponderación de los distintos intereses públicos y privados en juego están en principio encomendadas al legislador. En ocasiones el legislador puede además escoger los fines de la normativa restrictiva de derechos que dicte.

El fundamento teórico de esta mayor o menor libertad de la que goza el legislador dentro del marco constitucional al restringir derechos reside, prin-

¹⁵⁸ Sobre esta orientación jurisprudencial *vid. BVerfGE* 107, 104 (120).

cialmente, en el campo de acción estructural que del mismo ordenamiento constitucional se colige¹⁵⁹. Sin perjuicio de ulteriores aclaraciones, el campo de acción estructural implica el reconocimiento de diversas opciones normativas restrictivas de derechos que no están ni ordenadas ni prohibidas por la Constitución. La Constitución, como ordenamiento marco, no prefigura las restricciones de derechos fundamentales que deben ser plasmadas en disposiciones legales, sino deja abierto un abanico o péndulo de posibilidades dentro de cuyos límites el legislador puede actuar. Las medidas institucionales, económicas, financieras o sociales que en un contexto concreto sean tomadas pueden lucir imprescindibles desde ciertos puntos de vista, pero ello no implica que vengan impuestas por la Constitución y lo mismo ocurre con las restricciones de derechos que aquellas puedan comportar. Por eso se ha señalado con mucha razón que “existen numerosos casos en los cuales el legislador puede *decidir* si impone o no restricciones”¹⁶⁰. En estos supuestos, el uso de esta facultad en sentido contrario al pleno disfrute del derecho denota la naturaleza constitutiva de la restricción. A esto hay que sumar el campo de acción cognitivo o epistemológico del legislador¹⁶¹, en virtud del cual ante supuestos de gran incertidumbre sobre las bases empíricas o normativas de una determinación legislativa, eventualmente restrictiva de derechos, procura otorgarse un cierto trato deferente al legislador, en atención al papel que ha de desempeñar en un sistema democrático.

Desde esta perspectiva material cobra significación la distinción entre las restricciones directamente constitucionales y las que lo son indirectamente. Estas últimas dan cabida, en mayor grado, a la libertad política que el legislador debe conservar en una democracia. En función de las variadas y sucesivas orientaciones políticas o ideológicas y de las cambiantes circunstancias en las que aspiran alcanzar realización, las limitaciones justificadas, pero no constitucionalmente necesarias, que las leyes impongan al disfrute de determinados derechos pueden ser mayores o menores, en número e intensidad.

A partir de esta diferenciación entre el perfilamiento o delimitación constitucional del derecho y su eventual limitación por el legislador, con apoyo en las reservas de restricción, se ha pretendido establecer una distinción tajante o cualitativa entre la tarea legislativa destinada a concretar los linderos constitucionales de los derechos, usualmente denominados límites internos o inmanentes, y la dirigida a restringir el goce o ejercicio de algún derecho, que daría lugar a los límites en sentido propio. La primera consistiría en una simple interpretación (declarativa) de la Constitución, mientras que la segunda

¹⁵⁹ ALEXY, “Epílogo ...”, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

¹⁶⁰ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 284.

¹⁶¹ ALEXY, “Epílogo ...”, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

tendría carácter constitutivo¹⁶². Esta visión no luce del todo convincente ya que, como se ha apuntado, los supuestos de colisión entre derechos o bienes constitucionales a menudo son incluidos dentro de los límites inmanentes o internos (a la Constitución)¹⁶³, a pesar de que su tratamiento legislativo implica una labor de concreción que desborda el ámbito de la interpretación y traspasa el umbral de la creación normativa, como luego reiteraré.

B) *Condiciones para la restricción del derecho fundamental*

Una vez que ha sido verificada la base constitucional para una posible restricción del derecho, que brinde respaldo a una intervención o injerencia estatal, ha de pasarse al examen de las condiciones de la propia restricción, la cual normalmente ha de quedar plasmada en una disposición legal, pues solo de forma excepcional la Constitución contiene directamente la habilitación para adoptar medidas de afectación de un derecho fundamental.

Entre las condiciones que deben ser observadas se encuentran las que el propio precepto consagradorio del derecho enuncie. Además de las exigencias generales que luego mencionaré, dicho precepto puede incluir algún requisito particular, sobre todo mediante reservas de ley cualificadas, las cuales indican el fin que debe perseguir una ley eventualmente restrictiva, circunscriben las circunstancias de aplicación de una posible restricción o imponen a la ley determinados contenidos o ciertos requerimientos formales especiales. Así, el artículo 11.2 de la Ley Fundamental señala que la libertad de circulación y residencia podrá ser restringida legalmente “únicamente en el caso en que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, o para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos”.

Además, a veces la norma constitucional fija exigencias formales que han de observarse en la fase de ejecución de medidas de intervención en el derecho; es lo que sucede con las disposiciones que subordinan la adopción de estas medidas a una decisión judicial, dando lugar a la denominada reserva judicial. Así ocurre en materia de libertad personal o de la inviolabilidad del domicilio (arts. 2.2, 104 y 13 LF; 28 y 32 Const. Pol.; y 44 y 47 CRBV).

Junto a estos requisitos específicos de determinados derechos se hallan otros de carácter general, unos de índole formal y otros de carácter material, que deben ser satisfechos por toda norma restrictiva.

¹⁶² Cfr., entre otros, BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, págs. 120 y ss.

¹⁶³ Ídem, págs. 127 y ss.

C) Principales condiciones formales para una restricción

a) *La reserva legal*. Veremos a continuación sus características más salientes.

a') *Implicaciones generales*. La más importante de las condiciones formales generales para una restricción es la reserva legal, en virtud de la cual debe ser por regla general una ley formal la que prevea la restricción del derecho fundamental o fije las bases para su establecimiento. En atención a los fines y pautas metodológicas del presente estudio, previamente expuestos, no se entrará en los pormenores de la reserva legal ni se indagará en las particularidades que ofrecen distintos ordenamientos jurídicos. Sí se procurará esbozar las ideas básicas en que se apoya y su significación en el Estado de Derecho y la Democracia constitucional.

La reserva legal es principalmente una garantía de los derechos fundamentales. Su consagración en el Estado constitucional entronca con la Revolución francesa y con el papel central asignado a la ley, como expresión de la voluntad general, en la regulación de los derechos¹⁶⁴. Tiene igualmente raíces en la idea de la autorregulación de la comunidad y la libertad roussoniana de individuos que no están sometidos a otros límites que los que ellos mismos han consentido democráticamente. Hoy es un postulado capital del Estado de Derecho y de la Democracia constitucional.

En su formulación clásica la reserva legal implica que solo la ley puede contener o prever medidas que afecten la libertad o la propiedad de las personas, con lo cual se quería abarcar la generalidad de los derechos subjetivos oponibles al Estado. En la actualidad la reserva legal sobrepasa la esfera de los derechos fundamentales y se extiende a materias organizativas o institucionales y, en el ámbito de los derechos, no se circunscribe a las medidas estatales que representen intervenciones o injerencias, sino que también comprende a las normas que regulen otros asuntos de especial importancia para el ejercicio de estos derechos.

Algunos autores distinguen entre el concepto de la reserva de ley, orientada a excluir al poder ejecutivo o a otros órganos encargados de la aplicación de la ley de la regulación autónoma de derechos o libertades (*Vorbehalt des Gesetzes*), y el concepto vinculado a las reservas legales de las cláusulas restrictivas de los derechos fundamentales, cuyo significado estribaría más bien en abrir al poder público posibilidades de actuación sobre tales derechos que en ausencia de habilitación no poseería (*Gesetzesvorbehalte*)¹⁶⁵. El primero tendría un sentido primordialmente garantista de la libertad, mientras que el segundo tiene una connotación incisiva y es reflejo de la necesidad de permitir

¹⁶⁴ Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, págs. 17 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, págs. 115-126.

limitaciones a un derecho y de atender sus colisiones con otros bienes constitucionales. Esta distinción no ha prevalecido en la doctrina, que trata estos dos conceptos, aunque a menudo con poca nitidez, como dos vertientes de una misma idea. La vertiente incisiva de las reservas legales específicas suele quedar oscurecida cuando la Constitución prevé una cláusula general de regulación de los derechos, comprensiva de la posible introducción de restricciones a su ejercicio.

Uno de los pasos jurisprudenciales encaminados a fortalecer la reserva legal ha sido la *teoría de la esencialidad*, conforme a la cual el legislador debe tomar por sí mismo las decisiones esenciales en ámbitos normativos fundamentales, especialmente en el de los derechos constitucionales, lo cual comprende todos los asuntos capitales para el ejercicio o la realización de estos derechos, aunque no representen una intervención o injerencia estatal. Dicho de otra forma, todas las decisiones sobre las cuestiones fundamentales que conciernen al individuo de manera directa deben provenir de la ley. Esta teoría se ha desarrollado de la mano del principio democrático y tiene en cuenta la significación del procedimiento parlamentario, que proporciona una mayor publicidad a la discusión y a la búsqueda de la decisión, así como más posibilidades para hallar un equilibrio entre las diversas posiciones defendidas. La reserva de ley se erige así en reserva de Parlamento, dado que una actividad normativa pura o principalmente ejecutiva sobre esos temas básicos queda excluida¹⁶⁶.

En una de las primeras sentencias en que el Tribunal Constitucional Federal sostuvo esa teoría, en la cual se examinó la legislación sobre el uso pacífico de la energía nuclear, se declaró que la decisión normativa de principio a favor o en contra de la admisibilidad del uso pacífico de la energía atómica en Alemania es “a causa de sus trascendentales efectos sobre los ciudadanos, especialmente en su esfera de libertad y de igualdad, sobre las condiciones vitales generales y a causa de la forma e intensidad de la regulación necesariamente ligadas a ello, una decisión básica y esencial en el sentido de la reserva de ley. Solo el legislador está llamado a adoptarla”¹⁶⁷. De ahí que, con independencia de su calificación como intervención en algún derecho, tal determinación debía ser adoptada por el legislador. La intensidad de la regulación ha sido un criterio jurisprudencial relevante para el reconocimiento de estos asuntos esenciales.

Estos desarrollos jurisprudenciales guardan afinidad con criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, relativa a *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la que se sostuvo que el término “leyes” del artículo 30 de la Convención —el cual trata del alcance de las restricciones permitidas por este instrumento internacional—,

¹⁶⁶ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 64 y ss.

¹⁶⁷ BVerfGE 49, 89 (127).

equivale a “norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”¹⁶⁸. Para arribar a esta conclusión la Corte se fundamenta en las garantías democráticas propias de la deliberación en un órgano representativo de diversas corrientes políticas, que se traducen en “un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”¹⁶⁹.

Lo expuesto no implica, como lo aclara la propia Opinión Consultiva¹⁷⁰, que en esta materia estén necesariamente excluidas las autorizaciones, habilitaciones o delegaciones acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, las cuales permiten al ejecutivo, dadas circunstancias particulares y dentro de determinados límites, dictar normas con rango y fuerza de ley. Sin embargo, de la misma Opinión se desprende el carácter excepcional de esta normativa ejecutiva así como la obligación legislativa de precisar suficientemente los criterios materiales que tal normativa debería seguir. La citada teoría de la esencialidad puede ser de utilidad para articular técnicamente este aire de excepcionalidad, de tal forma que las decisiones esenciales sobre los temas relevantes para el ejercicio de los derechos fundamentales sean tomadas por la ley y no por los decretos ejecutivos dictados con fundamento en la correspondiente habilitación. Luego veremos en detalle el alcance de esta exigencia de legalidad en el sistema interamericano.

La reserva legal está en principio referida a normas que ostenten la cualidad de leyes formales, por haber sido dictadas por el Parlamento u órgano legislativo siguiendo el procedimiento establecido para la formación de las leyes, no bastando con la adopción de leyes en sentido material. Esto no excluye una intervención ejecutiva basada en una habilitación legislativa, con las restricciones señaladas, ni una reglamentación ejecutiva de índole complementaria, siempre que ninguna de estas supongan una abdicación por el legislador de la tarea reguladora que constitucionalmente debe desempeñar. La ley no puede incurrir en una simple remisión genérica o en blanco al poder reglamentario.

Los órganos judiciales también quedan sometidos a la reserva legal, razón por la cual no pueden imponer a los derechos restricciones adicionales a las legalmente establecidas. No obstante, el asunto requiere de matizaciones que es preferible tratar por separado.

¹⁶⁸ Párr. 27.

¹⁶⁹ Párr. 22.

¹⁷⁰ En su pár. 36, tal Opinión Consultiva precisa: “Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no se desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

b') *Reserva legal y actuación judicial complementaria*. Lo hasta ahora expuesto implica que tampoco los jueces pueden sustituir al legislador en su cometido regulador de los derechos. En particular, la fijación de los límites a su ejercicio o disfrute corresponde a la ley y por eso los jueces han de apoyarse en disposiciones legislativas para acordar intervenciones en algún derecho constitucional. Además, no deben hacer uso de sus facultades interpretativas de la Constitución para invadir los espacios que esta ha entregado a la configuración legislativa, mediante pautas limitativas del ejercicio de los derechos originadas en determinadas valoraciones de política del Derecho, es decir, relativas a la regulación que se estime más adecuada para una materia, aunque puedan estar iluminadas por criterios constitucionales.

No obstante, no puede descartarse una actuación de los jueces no basada en disposiciones legales específicas que afecte algún derecho fundamental. Al resolver casos concretos en cumplimiento de funciones jurisdiccionales, puede ser ineludible colmar lagunas de protección detectadas en la legislación o completar, por medios que sobrepasan la mera interpretación de las leyes, las premisas normativas de la correspondiente decisión judicial. Además, en ocasiones los jueces acuden a los métodos habituales de interpretación o construcción del Derecho para avalar restricciones que no se desprenden claramente de la formulación de las disposiciones legales.

Un pronunciamiento representativo de esta contribución judicial a la formación del Derecho se encuentra en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán que no objetó la interpretación de los tribunales civiles y del Tribunal Supremo Federal de la legislación en materia de reparación indemnizatoria de daños morales derivados de serias lesiones al derecho general de la personalidad. Según una calificada opinión, el artículo 253 del Código Civil había adoptado una regulación general limitativa sobre el asunto y excluía una interpretación que condujera a admitir jurisprudencialmente una responsabilidad por daño moral en los supuestos señalados. Este no fue el camino seguido por los tribunales civiles, los cuales, realizando una interpretación evolutiva de la normativa civil, respetuosa del orden de valores de la Constitución, se apartaron de la literalidad del Código, lo cual fue considerado por la jurisdicción constitucional una forma de hallazgo del Derecho compatible con la función del juez y con su sujeción a “la Ley y al Derecho” (art. 20.3 LF)¹⁷¹. Esta válida interpretación de la legislación comportaba, como se afirma en la decisión, una limitación de la libertad de expresión, dado que el caso versaba sobre la indemnización impuesta a una editorial por informaciones difundidas en una revista que afectaron el derecho general de la personalidad de la reclamante civil.

¹⁷¹ BVerfGE 34, 269 (279 y ss.).

Un ámbito en el que se ha permitido con cierta amplitud el establecimiento judicial de pautas eventualmente limitativas para el ejercicio de derechos es el de la libertad sindical y los conflictos colectivos (art. 9.3 LF). En particular, la tradicional ausencia de una regulación legal de la huelga de trabajadores y del cierre patronal, ha llevado a los tribunales laborales a fijar criterios que coordinen las posiciones e intereses subjetivos contrapuestos, lo cual no ha sido objetado por el Tribunal Constitucional Federal, que solo ha sostenido genéricamente que la configuración de la libertad sindical sería un asunto que incumbe al legislador¹⁷².

La tesis de fondo que soporta esta deferencia jurisprudencial consiste en que los jueces deben estar facultados para resolver los conflictos que se presenten entre particulares, igualmente titulares de derechos fundamentales, como sucede entre el patrón y el trabajador, aun cuando no hayan sido dictadas disposiciones legales específicas relativas a la situación examinada. En tal caso los jueces deben extraer el Derecho material, de acuerdo con los métodos admitidos para el hallazgo del Derecho, de los principios o normas generales aplicables a las respectivas relaciones jurídicas¹⁷³. Esta apertura hacia la construcción judicial del Derecho no se ha extendido, sin embargo, al caso de la incorporación forzosa de funcionarios a puestos de trabajo objeto de huelga, ligados a una actividad de interés general como lo es el servicio de correo, pues la reserva legal se aplica aquí con todo rigor, al haber actuado la administración de los correos no como simple patrono sino en uso de poderes de imperio¹⁷⁴. Con todo, esta tesis no satisface completamente la reserva legal, pues deja en un segundo plano la intervención estatal que evidentemente se produce por medio del juez, cuando actúa al margen de la ley, o sea, prescindiendo de norma legal específica alguna.

En varias oportunidades el Tribunal Constitucional Federal ha debido pronunciarse sobre los límites del desarrollo judicial del Derecho, mostrando a veces su relatividad y las consecuencias que los cambios del contexto jurídico pueden tener en la verificación del respaldo legal de una intervención judicial. Al verificar la base legal de prohibiciones impuestas a notarios-abogados de asociarse con contadores públicos o asesores fiscales, dicho Tribunal respaldó en una primera etapa la interpretación de los jueces ordinarios, los cuales estimaban, pese a la ausencia de disposiciones legales expresas, que una visión de conjunto de la legislación sobre el notariado y sobre autenticaciones o legalizaciones revelaba la voluntad legislativa de preservar la imparcialidad e independencia de los notarios tanto como fuera posible, lo que implicaba anticiparse y hacer frente a cualquier riesgo imaginable para estos valores;

¹⁷² *BVerfGE* 84, 212 (223 y ss.).

¹⁷³ *BVerfGE* 84, 212 (226-227).

¹⁷⁴ *BVerfGE* 88, 103 (116).

era clara la intención legislativa de oponerse a una pérdida de imparcialidad de los notarios originada en intereses económicos¹⁷⁵.

Casi veinte años después el asunto fue tratado de otra forma porque, como el propio Tribunal lo admite, la jurisprudencia venía desarrollando criterios más rigurosos, conforme a los cuales se reclama una mayor “responsabilidad legislativa” por las restricciones de derechos de alguna severidad, entre las que se encuentran las prohibiciones de asociación. Además, los ajustes legislativos realizados en sectores conexos, como en la normativa sobre el ejercicio de la profesión de abogado y sobre la asociación entre estos y los contadores públicos, apuntaban en la misma dirección¹⁷⁶. En casos relacionados con la libertad de profesión se venía enunciando el criterio, que ahora se ratifica, válido para las limitaciones de otros derechos, de que a mayor intensidad en la actuación restrictiva, mayor ha de ser la solidez del soporte legal de la medida limitativa y de la decisión judicial que la ampare. Este mismo criterio se hace presente en el examen de la claridad o precisión de las leyes restrictivas, como veremos.

Especial importancia adquiere la actuación de los jueces en los casos de colisiones entre derechos o entre estos y otros bienes constitucionales, que serán examinadas posteriormente. Interesa ahora señalar que, si bien el principio del que ha de partirse es la búsqueda, con carácter previo y general, de una armonización de bienes constitucionales en tensión mediante la regulación legislativa, no cabe rechazar de plano una intervención judicial orientada a resolver colisiones constitucionales. La misma puede ser imprescindible para cumplir el deber de proteger los derechos fundamentales que también recae sobre el poder judicial, en el marco de sus atribuciones constitucionales, y lograr la concordancia entre bienes contrapuestos. En relación con este deber de protección la doctrina y la jurisprudencia constitucional reconocen la función primordial del legislador de articulación de las libertades enfrentadas¹⁷⁷, de las cuales una reclama tutela y la otra sufre un acortamiento en beneficio de la primera, pero al mismo tiempo admiten que en determinadas circunstancias los órganos judiciales están llamados a cumplir ese deber mediante el logro de una solución que respete la significación constitucional de los bienes contrapuestos, respaldada por las herramientas generales de interpretación o desarrollo del Derecho¹⁷⁸.

Por tanto, en virtud de la reserva legal el pronunciamiento judicial que incida negativamente en derechos constitucionales ha de poder invocar la ley como su fundamento, aunque no necesariamente en términos literales, pues aquella en principio no excluye la tarea interpretativa o constructiva de los jueces. Las leyes pueden tratar genéricamente una materia y no abordar es-

¹⁷⁵ BVerfGE 54, 237.

¹⁷⁶ BVerfGE 80, 269 (272 y ss.).

¹⁷⁷ SACHS, *Grundgesetz...*, op. cit., pág. 74.

¹⁷⁸ Cfr., entre otras, BVerfGE84, 212 (226 y ss.); 96, 56 (64).

pecíficamente supuestos de colisión u otros singulares que surgen con motivo de su aplicación, ante los cuales el juez no puede cerrar los ojos, pues está en el deber de decidir el caso planteado conforme a Derecho, lo que comprende los métodos jurídicos de interpretación e integración legal y las exigencias dimanantes de los bienes constitucionales eventualmente implicados. Si ni siquiera existe un marco legal especial para la actuación del juez, no cabe descartar, en caso de colisión entre derechos fundamentales y solo a título provisorio, una intervención judicial componedora basada en los criterios constitucionales aplicables.

b) *Precisión de la regulación.* Una manifestación de la exigencia constitucional de la seguridad jurídica y de los mismos principios que soportan la reserva de ley es el requisito de que la disposición restrictiva de derechos fundamentales ostente suficiente precisión y claridad¹⁷⁹, lo cual suele englobarse bajo el mandato de precisión o determinación normativa (*Bestimmtheitsgebot*). La seguridad jurídica ampara la aspiración del ciudadano a conocer con antelación las consecuencias jurídicas de sus actos, lo cual presupone una formulación de los preceptos legales limitativos de derechos que permita prever las correspondientes medidas restrictivas o de intervención. La reserva legal, por su parte, no obtendría cabal realización si la oscuridad de una disposición favoreciera la admisión de restricciones ajenas al sentido (objetivo) de la norma.

El requerimiento de precisión normativa encuentra además sustento en la idea de que las intervenciones o injerencias en los derechos fundamentales, y las restricciones en que aquellas han de apoyarse, deben ser mensurables y controlables. La precisión o determinación de una regulación limitativa de derechos lleva aparejadas mayores posibilidades de ejercicio del control judicial sobre la ley limitadora o sobre las medidas dictadas bajo su amparo. La clara formulación legal de la actuación que el poder público puede desarrollar dadas ciertas condiciones y de su repercusión sobre algún derecho facilita su revisión por la jurisdicción constitucional y allana el camino para el examen de la licitud de las medidas administrativas o judiciales de aplicación; mientras que su ambigüedad o generalidad dificulta el control judicial en ambos planos.

La precisión de las disposiciones legales comprende como mínimo la explicitación de la medida que puede ser tomada para afectar algún derecho fundamental, en particular de su alcance sobre el ejercicio del derecho y la determinación de sus motivos o presupuestos. Normalmente se exige también el señalamiento de la finalidad general que se persigue, con fundamento en la cual pueden circunscribirse, de la mano del principio de proporcionalidad, los efectos restrictivos de una norma. La expresa previsión legal de la finalidad de la restricción se ha considerado primordial, por ejemplo, en el campo del

¹⁷⁹ SACHS, *Verfassungsrecht II...*, *op. cit.*, págs. 152-153; PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, pág. 76.

derecho a la autodeterminación informativa, porque su conocimiento permite controlar que los datos personales almacenados no sean empleados para un fin distinto del pretendido. En otras materias se ha considerado suficiente la posibilidad de colegir de una regulación legal la finalidad correspondiente. La visibilidad de estos aspectos de la limitación legal hace posible que las personas acomoden su conducta a los criterios normativos y eviten consecuencias negativas para el disfrute de sus derechos. Igualmente, de este modo se favorece el control de licitud de la actividad estatal restrictiva.

No siempre es requerida la exacta o minuciosa plasmación normativa de cada uno de los componentes de la medida restrictiva. Entre los extremos de una cláusula general de habilitación, en principio inadmisibles, y la rigurosa tipificación de conductas punibles, hay grados intermedios de determinación normativa, cuya constitucionalidad se mide en función de la materia regulada y de la intensidad de la injerencia en el derecho fundamental. La naturaleza de los asuntos abordados, muy dependientes en ocasiones de variables técnicas o de factores cambiantes, puede desaconsejar una formulación legal muy precisa y a la vez muy rígida.

Especial significación ostenta la tendencia jurisprudencial a poner en relación la precisión de la regulación, como requisito formal, con la gravedad o severidad de la injerencia estatal, que suele ser relevante en un contexto más bien material, en especial en el juicio sobre la proporcionalidad de la restricción o de la intervención. Cuanto más profunda sea la intervención en el ámbito protegido por un derecho fundamental, tanto más claramente ha de quedar expresada la determinación legal de brindarle fundamento¹⁸⁰. De este modo el legislador asume la responsabilidad que le es propia, cuando de restringir derechos constitucionales se trata. La habilitación legal para la severa afectación de alguno de esos derechos no puede basarse en simples inferencias.

Los esquemas argumentales propios del principio de proporcionalidad iluminan así el control de requisitos formales, como en parte ha sucedido respecto de la misma reserva legal, pues esta también es sensible a la magnitud de la incidencia en el derecho fundamental, que puede demandar una regulación por ley formal más completa u omnicompreensiva. La proporcionalidad se erige, por tanto, como luego reiteraré, en un principio transversal en el examen de la licitud de las injerencias en los derechos fundamentales. El enlazamiento entre la proporcionalidad y la exigencia de precisión normativa opera en ambos sentidos, ya que la oscuridad, lagunosidad o indeterminación de una ley restrictiva, que por sí sola puede llegar a justificar la declaratoria de su inconstitucionalidad, tiende a acrecentar el riesgo de adopción de medidas abusivas que pretendan apoyarse en el incierto texto legal. La poca claridad de la ley se traduce además en un factor que atenta contra el apropiado desa-

¹⁸⁰ SACHS, *Verfassungsrecht II*, op. cit., pág. 152.

rollo de la ponderación en el marco del juicio de proporcionalidad, ya que puede ser difícil delimitar con exactitud el fin protegido o los presupuestos y el alcance de la intervención en el derecho y, por tanto, la intensidad de la injerencia autorizada.

El principio de proporcionalidad puede ayudar a impulsar una interpretación de preceptos legales abiertos o poco precisos que los reduzca a un alcance normativo constitucionalmente aceptable, pero esto no implica que la invocación de ese principio baste para compensar o excusar la ausencia de una norma clara y para descartar la inconstitucionalidad de la ley respectiva. Tampoco la previsión legal de una decisión judicial como condición para la injerencia en el derecho suple la falta de determinación de los criterios materiales que la ley debe fijar.

Un asunto controvertido, relacionado con el alcance de una posible actividad interpretativa o integradora con efectos restrictivos sobre un derecho, se refiere a la admisibilidad de la analogía como instrumento para hallar el respaldo normativo de la intervención en algún derecho. Ni la doctrina ni la jurisprudencia ofrecen una respuesta unánime¹⁸¹. En determinados ámbitos del ordenamiento en los que la exigencia de precisión se presenta bajo la rigurosa fórmula de la tipicidad, como en el Derecho Penal, no cabe la analogía para la creación de delitos o penas, lo cual vale para las infracciones y sanciones administrativas. Además, la analogía debe en principio descartarse si se trata de injerencias severas en derechos fundamentales, o cuando no exista una razón atendible para explicar el silencio del legislador sobre la situación a la que se pretende extender analógicamente una solución normativa. El silencio podría explicarse, por ejemplo, respecto de injerencias de escasa intensidad, si las circunstancias imperantes al dictarse la ley no suscitaban la necesidad regulativa que aflora luego, ante cambios en las correspondientes relaciones sociales.

La exigencia de precisión o determinación también rige para los actos individuales, judiciales o administrativos, que afecten derechos fundamentales, pues aquella resultaría burlada si los pretendidos actos aplicativos de las leyes restrictivas no señalaran claramente los elementos básicos de la medida acordada. Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha consolidado lo que ha sido calificado como la *dimensión formal* del principio de proporcionalidad, en virtud de la cual el deber de motivación de las decisiones judiciales u otros actos que acuerden medidas restrictivas de derechos fundamentales se vincula con el principio mencionado, pues solo al conocer las razones de la medida es posible realizar

¹⁸¹ Vid. SACHS, *Grundgesetz...*, *op. cit.*, pág. 848.; STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 436; BLECKMANN, *op. cit.*, pág. 345.

adecuadamente el examen de su proporcionalidad. La ausencia o insuficiencia de la motivación comporta una lesión de tal principio¹⁸².

D) *Principales condiciones materiales para una restricción*

En cuanto a las condiciones materiales que la norma restrictiva debe satisfacer, que serán analizadas en otros capítulos, las más importantes son la observancia del principio de proporcionalidad, con sus tres manifestaciones de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, y la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental. También se abordará el papel que ha de cumplir el principio democrático y la noción de sistema democrático o de sociedad democrática en el examen de la licitud material de las restricciones de derechos fundamentales.

E) *Otras exigencias constitucionales formales y materiales*

Junto a los requerimientos generales considerados se hallan otros que responden a formalidades adicionales constitucionalmente establecidas o a principios materiales de igual rango que tienen singular importancia en el examen de licitud de las restricciones de derechos. Así, la Ley Fundamental exige la generalidad o abstracción de la regulación y prohíbe las leyes de caso único (art. 19.1 LF); además, en el Derecho alemán rige el deber de citar el artículo de la Ley Fundamental contentivo del derecho que se restringe (art. 19.1 LF), aunque la significación práctica de esta previsión es muy reducida¹⁸³. En el ordenamiento colombiano, por su parte, las leyes que desarrollan la regulación de derechos fundamentales deben ser de carácter estatutario (Const. Pol, art. 152), con los criterios restrictivos adoptados por la jurisprudencia constitucional¹⁸⁴. Desde un punto de vista formal son igualmente relevantes los preceptos que deciden el reparto de competencias normativas entre los distintos niveles político-territoriales de gobierno.

Desde una óptica material ocupa un lugar capital el principio de igualdad, pues es ilícita toda restricción que comporte un tratamiento diferenciado carente de justificación. Como expresión del imperativo de seguridad jurídica ha de observarse además el principio de irretroactividad de la ley y de protección de la confianza. En suma, al limitar derechos fundamentales debe ser respetada la Constitución en su conjunto.

La consideración del derecho específico afectado puede incorporar matices en el examen de la licitud de una disposición restrictiva o poner de relieve

¹⁸² MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson/Aranzadi, 2003, pág. 43.

¹⁸³ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 74-75.

¹⁸⁴ Sent. C-182 de 2010.

otras reglas o principios constitucionales como componentes del criterio habitualmente empleado para controlar las correspondientes restricciones. Es así como se ha desarrollado la teoría de los tres niveles en el ámbito de la libertad de profesión, que se traduce en una aplicación escalonada o gradual del principio de proporcionalidad, cuyo primero y más flexible nivel de análisis se refiere a las limitaciones a la libertad de ejercicio de la profesión; el segundo, a las limitaciones de la libertad de elección de la profesión basadas en condiciones o cualidades subjetivas y el tercero y más estricto, a las que se fundan en condiciones objetivas. En estos escalones superiores es más profunda la revisión de la justificación de la medida, y la reserva legal, de la mano de la teoría de la esencialidad, alcanza mayor rigor. Esta proyección del principio de proporcionalidad también exige que el legislador explore las posibilidades de atender las situaciones que demanden alguna regulación restrictiva en el primer nivel, pasando a los siguientes solo cuando sea altamente probable que los peligros que quieran evitarse no puedan ser enfrentados en el nivel precedente¹⁸⁵.

5. LAS COLISIONES CONSTITUCIONALES COMO FUENTE DE RESTRICCIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde distintos ángulos las colisiones constitucionales han salido a relucir en este trabajo y conviene retomar algunas ideas enunciadas y profundizar en los asuntos de mayor relevancia para el tratamiento de las restricciones a los derechos fundamentales. Me referiré, sin pretensiones de exhaustividad, a tres aspectos del tema mencionado: la naturaleza de las limitaciones de derechos constitucionales que se apoyan en tales colisiones; el reparto de funciones entre el legislador y los jueces en el tratamiento de las mismas, y algunos de los criterios que han de tenerse en cuenta para dirimirlas adecuadamente.

A) *La noción de colisión constitucional*

Las colisiones constitucionales son una manifestación de los conflictos entre normas jurídicas, que han sido ampliamente tratados, con diversidad de enfoques y de modelos de solución, en la Teoría y la Filosofía del Derecho. La colisión surge porque una norma, en relación con una situación determinada, ordena o permite hacer lo que otra prohíbe¹⁸⁶. Estos choques normativos o antinomias no siempre suponen una contradicción o exclusión total entre dos o más normas; pueden suscitarse bajo la modalidad de antinomias totales-

¹⁸⁵ Vid. MARKUS HEINTZEN, “Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, en *DVBL* 2004, pág. 724.

¹⁸⁶ Vid. K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 603 y ss.; J. BERKEMANN, “Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen”, en *Rechtstheorie*, 20, 1989, págs. 467 y ss.

parciales, en las que el supuesto de hecho de una norma está comprendido por el de otra norma de mayor alcance fáctico, cuyas consecuencias jurídicas son incompatibles con las de la primera; o a veces se presentan como antinomias parciales-parciales, en las que solo algunos de los supuestos de aplicación de las normas enfrentadas se solapan. Esta última sería la forma de antinomia que normalmente adoptan las colisiones constitucionales, según ha sostenido *Guastini*¹⁸⁷.

Esto puede ilustrarse con una de las situaciones de colisión comúnmente invocadas: el conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad o a la vida privada. Dicha libertad no ampara conductas que siempre entren en conflicto con este derecho, ni este supone un obstáculo general para el ejercicio de aquella. Solo en ciertos supuestos se produce el choque entre estos derechos constitucionales, mientras que en los demás cada derecho puede hacerse valer sin toparse con el otro.

Una peculiaridad de las colisiones constitucionales, sobre todo de las colisiones entre derechos, es la generalidad que suele caracterizar al precepto en el que estos son reconocidos o, mejor dicho, la condición de principios que suelen poseer las correspondientes normas, lo cual impide vislumbrar por anticipado (todas) las respectivas condiciones de aplicación, lo que ha llevado a algunos a poner en duda que tales colisiones encajen en la clasificación de las antinomias antes esbozada¹⁸⁸. Pareciera, no obstante, que basta con explicar los matices que esa cualidad de principios introduce en tal clasificación para que esta conserve su pertinencia. En especial, es propio de las colisiones constitucionales que afloran en casos concretos, es decir, en la fase de aplicación de las normas correspondientes.

La principal singularidad de las colisiones constitucionales frente a la categoría general de los conflictos normativos reside en la jerarquía constitucional de las normas o bienes contrapuestos, es decir, en la coexistencia de estas normas o bienes en un mismo cuerpo normativo, dotado del más alto rango, lo que imposibilita o dificulta sobremanera la utilización de criterios tradicionales como los de la generalidad-especialidad o anterioridad-posterioridad para su resolución. Normalmente tampoco cabrá invocar la invalidez de una de las normas enfrentadas para superar el conflicto.

Sin embargo, conviene advertir que algunos de los criterios mencionados pueden ayudar en ciertos supuestos a evitar que se produzca o, más bien, a disipar la colisión constitucional. Así, la aparente contradicción entre dos disposiciones constitucionales puede allanarse considerando a una de ellas como especialmente dirigida a regular ciertas situaciones que en principio estarían comprendidas en el ámbito normativo de la otra: una puede establecer con-

¹⁸⁷ RICCARDO GUASTINI, *Distinguendo ...*; *op. cit.*, págs. 144-145.

¹⁸⁸ L. PRIETO, "Neoconstitucionalismo ...", *op. cit.*, pág. 141.

diciones mínimas para ocupar cargos públicos, con carácter aparentemente exhaustivo, mientras que otra puede fijar requisitos menos estrictos para un determinado destino público, por razones ligadas, por ejemplo, a la promoción de la participación ciudadana en la administración local. Asimismo, en relación con la sucesión de normas en el tiempo, puede ocurrir que una modificación constitucional pretenda llevarse a cabo soslayando los trámites constitucionalmente fijados, o desconociendo los límites materiales de las reformas constitucionales, lo cual comportaría la invalidez de los preceptos introducidos, que habrían desencadenado el conflicto normativo. Pero además es posible, como la jurisprudencia constitucional lo demuestra¹⁸⁹, que tales preceptos, aun siendo válidos, sean sometidos a una interpretación que los coloque en consonancia con el resto de la Constitución, la cual funciona como una totalidad que informa y orienta la determinación del alcance de las disposiciones que sean incorporadas mediante procesos de reforma.

Prevalece la opinión de que solo después de agotarse estas y otras vías interpretativas semejantes de acompasamiento entre disposiciones constitucionales cabe hablar de una colisión constitucional¹⁹⁰. Una colisión constitucional no se produce solo porque la letra de algún precepto choque con lo dispuesto en otro, ya que antes de afirmar la existencia de la colisión debe realizarse una tarea interpretativa dirigida a determinar lo que aquel realmente establece, la cual no puede prescindir de la unidad de la Constitución. No obstante, esta lectura adecuada o contextualizada del precepto constitucional no debe confundirse con un esfuerzo armonizador que intente incorporar la propia solución del conflicto normativo a la interpretación de las normas enfrentadas, pues entonces quedarían oscurecidos los criterios específicos de resolución de las colisiones, que pasarían a ser siempre aparentes, en detrimento de la transparencia argumentativa, y serían burladas las cautelas constitucionales formales que deben ser observadas.

Es frecuente que, aún después de desentrañar su sentido, algunas normas constitucionales se encuentren en una situación de tensión con otras de igual rango, dado que su dirección o proyección normativa se cruza con la de las otras. Esa tensión normativa puede constatarla el legislador cuando se dispone a regular algún sector del ordenamiento. Ello puede ocurrir, por ejemplo, respecto de las relaciones entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor o a la intimidad; entre el derecho a la huelga y los derechos ligados a la satisfacción de algunos servicios mínimos en áreas relacionadas con la atención de la salud; entre el derecho de acceso a la información pública

¹⁸⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 3 de marzo de 2004, sobre la reforma constitucional dirigida a ampliar los poderes para practicar medidas que afecten la inviolabilidad del domicilio; *BVerfGE* 109, 279.

¹⁹⁰ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 650.

y la seguridad del Estado, allí donde esta tenga anclaje constitucional; o entre el derecho a conocer la propia filiación o la propia paternidad y el interés en la protección de la familia y el matrimonio. En estos supuestos cabría hablar de una colisión potencial entre normas o bienes constitucionales, la cual debe ser tratada por el legislador, al que corresponderá definir, en los respectivos sectores normativos, los términos del entendimiento o de la convivencia entre tales bienes. La calificación de estas colisiones como abstractas no significa que el legislador, al regularlas, ignore los datos que ofrezca la realidad y, en particular, los que la jurisprudencia aporte. Implica solamente que la articulación de intereses efectuada en el plano legislativo no tiene lugar con motivo de la decisión de un caso concreto. Nociones como la de conflictos palpables en “la realidad social” o la de “situaciones conflictivas típicas”¹⁹¹ son compatibles con ese relativo nivel de abstracción.

Las colisiones constitucionales adquieren, sin embargo, especial relevancia en la fase aplicativa del Derecho. Es en esta donde afloran de manera palpable los conflictos latentes entre bienes constitucionales, los cuales no siempre son previsibles en abstracto, o al menos no con los particulares contornos y matices que la situación concreta pone de relieve. Para algunos autores, solo en esta fase sería posible hablar de colisiones constitucionales; sería aquí donde estas tendrían su lugar dogmático. Tales colisiones no se darían propiamente en abstracto, sino tendrían su origen en situaciones concretas¹⁹².

Esta aproximación es en principio acertada, aunque menosprecia la función que también cumple el legislador en esta materia, como luego reiteraré. De ahí que en este trabajo el concepto de colisión sea empleado en sentido amplio¹⁹³, el cual comprende a las colisiones actuales o concretas, esto es, a las colisiones en sentido estricto, y a las colisiones potenciales, sin perjuicio de las importantes diferencias entre los planos abstracto-general o concreto-particular en que los conflictos entre bienes constitucionales pueden suscitarse. Además, las colisiones constitucionales serán examinadas desde la perspectiva de algún derecho constitucional al que se contraponen otros derechos o bienes constitucionales, que es la de mayor significación teórica y práctica, aunque son posibles las colisiones entre bienes colectivos o normas ajenas a la parte dogmática de la Constitución. Se dejarán de lado, por último, los especiales problemas que suscitan los conflictos en cuyos extremos se halla alguna norma de derechos fundamentales que por su estructura merezca el calificativo de regla.

¹⁹¹ C. BUMKE, *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos, 1998, págs. 157 y ss.

¹⁹² STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 607 y ss.; L. FOHMANN, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, en *EuGRZ* 1985, pág. 60.

¹⁹³ Con una orientación amplia *vid.* M. SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, págs. 129 y ss.

B) *Naturaleza de las limitaciones de derechos basadas en colisiones constitucionales*

Las controversias en torno a las colisiones constitucionales y a los criterios que ayudan a solventarlas responden en parte a diversas concepciones sobre la naturaleza de los límites que de las mismas resultan para los derechos constitucionales. Este es un campo en el que también se topan la teoría interna y la teoría externa sobre los límites de los derechos fundamentales. La primera pretende lograr, con apoyo en el principio de unidad de la Constitución y en una interpretación sistemática de sus disposiciones, una delimitación correcta del derecho que se enfrenta con otro bien constitucional, de manera que esta tarea interpretativa disuelva —más que resuelva— la colisión aparentemente existente¹⁹⁴. La segunda pone de manifiesto la restricción o acortamiento ínsitos a las actuaciones estatales que, con apoyo en algún bien constitucional, afectan las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental¹⁹⁵. Junto a estas discrepancias concurren también diferentes visiones sobre la Constitución como criterio normativo, que puede ser entendida como un ordenamiento marco, con amplios espacios para la libertad política, o como una norma fundamental de la cual se deduzca la solución correcta para las más diversas situaciones jurídicas¹⁹⁶.

Prescindiendo de los detalles de esta contienda doctrinal, basta con destacar que la jurisprudencia constitucional favorece una postura cónsona con la teoría externa y una comprensión de la Constitución como ordenamiento marco¹⁹⁷. Ello implica, desde la perspectiva de este trabajo, que las colisiones constitucionales no plantean simplemente un problema interpretativo, sino más bien una auténtica confrontación entre normas o bienes constitucionales, que debe ser primeramente atendida en la legislación. El tratamiento de estas colisiones puede conducir a la imposición de límites a algún derecho fundamental, tal como sucede cuando la legislación penal prevé sanciones para quienes al expresarse revelen (sin justificación) datos concernientes a la vida privada de una persona. Pero tales límites no se derivan automáticamente de la Constitución, aunque tengan su base en ella. De la Constitución puede colegirse la necesidad de la limitación, mas no sus concretos perfiles, los cuales han de ser objeto de configuración normativa.

¹⁹⁴ Vid. F. MÜLLER, *op. cit.*, págs. 40 y ss.; I. DE OTTO, *op. cit.*, págs. 137 y ss.

¹⁹⁵ Vid. M. BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 47 y ss., 103 y 189; desde la óptica de la amplitud del supuesto de hecho iusfundamental vid. ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 311 y ss.

¹⁹⁶ Vid. la discrepancia entre ALEXY y BÖCKENFÖRDE: ALEXY, “Epílogo ...”, *op. cit.*, págs. 14 y ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos ...*, *op. cit.*, págs. 104 y ss.; *Staat, Verfassung, Demokratie*, Fráncfort, Suhrkamp, 1991, págs. 159 y ss.

¹⁹⁷ Vid. SACHS, *Verfassungsrecht II...*, *op. cit.*, págs. 124 a 131; M. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

Un conflicto como el mencionado entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad o a la vida privada, nos aproxima a la cuestión del alcance de los deberes de protección del Estado respecto de los derechos fundamentales. Si examinamos la colisión mencionada desde el ángulo de la tutela del derecho a la intimidad o a la vida privada, cabría afirmar que este derecho debe estar plasmado legalmente como un límite de la libertad de expresión e información, pero esto no ha de llevar a negar el margen de actuación y apreciación del legislador al cumplir esta tarea. Le tocará decidir si algunas conductas relacionadas con la libertad de expresión e información serán objeto de medidas penales de protección de la intimidad o la vida privada, así como configurar el tipo penal; o habrá de pronunciarse sobre las eventuales infracciones y sanciones administrativas ligadas a la violación de ese derecho por medios de radiodifusión y sobre el alcance de las pertinentes reclamaciones civiles. Al hacerlo no puede incurrir en exceso pero tampoco en una protección deficiente¹⁹⁸, es decir, debe respetar la proporcionalidad y a la vez ofrecer un nivel suficiente de tutela del derecho frente a abusos en el ejercicio de la libertad de expresión.

Esto pareciera suprimir las posibilidades para la configuración normativa, pero entre los márgenes de la protección suficiente y de la protección máxima no lesiva de la proporcionalidad hay un campo de acción que no debe ser ignorado. Entre el umbral de la suficiencia y el techo de la satisfacción más elevada respetuosa de la proporcionalidad hay un ámbito dentro del cual cabe la oscilación o alternancia de distintas soluciones normativas, alimentadas a su vez de diferentes concepciones sobre la significación de la libertad de expresión e información y del derecho a la intimidad o a la vida privada, que sean conformes con los criterios constitucionales.

En variados casos relacionados con el efecto (mediato) entre particulares de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el margen de apreciación y configuración de que dispone el legislador al procurar el equilibrio entre las distintas posiciones iusfundamentales implicadas y su adecuada protección¹⁹⁹. Aunque esto no ha impedido que en ocasiones haya declarado que la existencia de una regulación es constitucionalmente necesaria. Así sucedió en la decisión del Tribunal Constitucional Federal relativa a la aplicación sin base legal, por el servicio público de correo y comunicaciones, de procedimientos técnicos de identificación de la procedencia de llamadas telefónicas anónimas, a solicitud del destinatario de las llamadas. Tras declarar que el derecho al secreto del correo y de otras formas de comunicación privada

¹⁹⁸ La jurisprudencia constitucional ha colocado, junto a la clásica prohibición de exceso, una prohibición de defecto (*Untermäßigverbot*) o de protección deficiente, cuyos perfiles dogmáticos no están aún claramente definidos; SACHS, *Verfassungsrecht II*, op. cit., págs. 39 a 42.

¹⁹⁹ BVerfGE 81,242, (255); 96, 56 (64).

ampara no solo el contenido transmitido sino también el proceso comunicativo como tal, sostuvo que se requería un basamento legal para implantar tales procedimientos, pero añadió que los mismos, rodeados de las debidas garantías, debían estar previstos en la legislación para evitar una “laguna de protección” respecto del derecho general de la personalidad y de la salud del destinatario de llamadas reiteradas que susciten angustia o perturbación²⁰⁰.

Cuando el conflicto no se presenta entre derechos fundamentales sino entre alguno de estos y un interés público o bien colectivo constitucionalmente establecido, también existe un campo de acción para el legislador. Las situaciones en que se produce la confrontación clásica entre la libertad y la autoridad, caracterizadas por su unidimensionalidad, a diferencia de las pluridimensionales en las que al menos dos particulares invocan posiciones iusfundamentales contrapuestas relacionadas con una actuación u omisión estatal, suelen comportar una menor complejidad metodológica, pero esto no significa que la solución de los primeros ya esté predeterminada constitucionalmente. Todos han de ser tratados desde la Constitución y en todos suele conservar el legislador una porción de libertad política.

El peso que se atribuya en instancias políticas a la seguridad del Estado, a la seguridad pública, o a otros bienes colectivos que estén constitucionalmente reconocidos, frente a un derecho fundamental dependerá del contexto imperante, en lo que atañe tanto a las circunstancias fácticas como a las corrientes político-ideológicas predominantes. Las medidas legislativas fruto de estas valoraciones no siempre se corresponderán con soluciones constitucionalmente necesarias, ya que a menudo hay espacio para un pendular entre opciones más garantistas del derecho fundamental y otras más apegadas a la satisfacción del interés público.

La jurisprudencia ha admitido que también en caso de colisiones constitucionales el legislador ostenta una prerrogativa de apreciación o valoración, es decir, la facultad para evaluar la necesidad de regular una materia y establecer restricciones a ciertos derechos, en conformidad con las respectivas exigencias constitucionales. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa al uso del velo islámico por personal docente en las escuelas públicas²⁰¹, expresamente calificado como un supuesto de posible colisión entre derechos fundamentales que debía ser evaluado por el legislador en uso de su prerrogativa de apreciación (*Einschätzungsprärogative*), sin que pudiera establecerse judicialmente por adelantado una solución como la constitucionalmente correcta.

Por tanto, las normas legislativas que procuran atender colisiones entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes constitucionales no son

²⁰⁰ BVerfGE 85, 386, (401).

²⁰¹ BVerfGE 108, 282.

puramente declarativas ni tampoco es apropiado estimar que son una simple reproducción de los límites inmanentes de un derecho. Tienen más bien un carácter cuasi-constitutivo²⁰², porque la configuración última de la armonización procurada por las normas legales es producto de opciones político-legislativas, aunque las exigencias dimanantes de los bienes contrapuestos se originen en la Constitución. Las leyes dictadas para lograr la concordancia entre los bienes contrapuestos no dejan de fijar, en alguna medida, restricciones al derecho o derechos afectados.

Lo dicho es extensible a los derechos consagrados en la Ley Fundamental sin reserva de restricción, pues es una razón principalmente formal la que explica que el mandato, que rige para toda ley restrictiva, de citar el precepto constitucional que recoge el derecho objeto de restricción (art. 19.1 LF), no se aplique a las leyes que configuran colisiones entre estos derechos y otros bienes constitucionales. Al tratarse de derechos reconocidos sin reserva, es decir, sin incluir cláusula restrictiva alguna, en principio no son susceptibles de una restricción legal que debiera ser anunciada en la ley correspondiente, pero de acuerdo con la jurisprudencia constitucional esto no significa que sean derechos “ilimitados”. En virtud de la unidad de la Constitución, encuentran sus límites en los demás derechos o bienes constitucionales, sin que el legislador pueda introducir limitaciones adicionales a las que de estos resulten. La libertad del legislador no es en estos supuestos tan amplia como la que ostenta cuando puede decidir, en uso de las reservas de ley, si es imperioso o no, a la luz de las circunstancias sociales y para resguardar intereses de diversa índole, dictar normas con efectos restrictivos de derechos. La existencia de la colisión constitucional implica además que la imposición de una restricción puede ser constitucionalmente necesaria. Pero la determinación del contenido de esta regulación se encomienda al legislador, que ha de cumplir su cometido en un proceso abierto de deliberación política de las distintas opciones normativas. Pese a algunas vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales, signadas por la tentación de admitir límites inmanentes e inmediatos, se ha impuesto el reconocimiento del papel componedor o armonizador y configurador de la ley en esta materia²⁰³.

C) *Reparto de funciones entre la legislación y los jueces en el tratamiento de las colisiones constitucionales*

a) *Responsabilidades del legislador y de los jueces.* La responsabilidad primaria para la resolución de las colisiones constitucionales de carácter potencial,

²⁰² En la misma dirección *vid.* J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites...*, *op. cit.*, pág. 88; quien alude a una función constitutiva limitada.

²⁰³ *Vid.*, Decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de junio de 2004, *NJW* 2004, págs. 2814 y ss.

tal como han sido definidas, recae sobre el legislador. Al regular los distintos sectores del ordenamiento el legislador efectúa un balance entre intereses contrapuestos²⁰⁴, que a menudo ostentan una trascendencia constitucional. No es extraño, por ejemplo, que al dictar leyes en materia económica haya que sopesar las exigencias de la libertad de empresa y las de la tutela del ambiente; que en materia penal deban ponderarse el interés en la protección de la vida u otro bien constitucional y la libertad personal; o que en la legislación laboral deben considerarse posiciones subjetivas contrarias, constitucionalmente dignas de protección. En estos supuestos y en otros análogos la ley debe configurar las correspondientes soluciones normativas, teniendo en cuenta tanto como sea posible los bienes constitucionales contrapuestos. La regulación legislativa armonizadora de los bienes constitucionales en tensión encuentra fundamento en reservas legales generales o específicas, así como en el principio del Estado de Derecho y en el principio democrático.

Pero esta responsabilidad legislativa no excluye, como ya se afirmó, una intervención complementaria de los jueces, que en la dinámica jurídica suele ser muy importante cuantitativa y cualitativamente. En particular, una actuación de los jueces no fundada en disposiciones legales específicas que afecte algún derecho fundamental puede justificarse si va dirigida a proteger otro derecho fundamental. Los pronunciamientos judiciales que al amparar un derecho constitucional repercuten negativamente en otro derecho de igual rango suelen estar ligados a dos categorías: el efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y los deberes de protección de estos derechos, siendo esta última la sede dogmática en la que han desembocado muchos de los problemas antes tratados bajo aquel concepto.

El efecto mediato de los derechos fundamentales entre particulares a menudo se produce por conducto de cláusulas generales y conceptos indeterminados previstos en la legislación ordinaria, generalmente en materia civil, cuya interpretación orientada por la Constitución por sí sola no implica una actividad judicial limitadora de derechos. Sin embargo, a veces los jueces, al abrigo de algunos conceptos legales indeterminados, proceden a introducir obligaciones que en parte sobrepasan la previsión legal, invocando en apoyo de su (re) interpretación el derecho fundamental en juego. Una muestra de ello en la jurisprudencia alemana es la decisión de un tribunal civil de segunda instancia, basada en el precepto que impone a los padres e hijos el deber de respeto y apoyo mutuo (C. C., art. 1618 A), de acuerdo con la cual la madre de una joven nacida de una relación no matrimonial estaba obligada a proporcionar información (nombres y direcciones) sobre los hombres con los que hubiera mantenido relaciones en el plazo estimado de concepción, que permitiera a la

²⁰⁴ GIORGIO PINO, *Derechos e interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, págs. 356 y ss.

reclamante la identificación de su padre. Este pronunciamiento se fundó en la citada norma civil y en el derecho de estas a conocer su filiación, a la igualdad y a las pretensiones hereditarias asociadas al derecho de propiedad (art. 2.1 en concordancia con los arts. 1.1; 6.5 y 14.1 de la Ley Fundamental - LF). En el recurso de amparo interpuesto por la madre se invocaba su derecho a la preservación de su esfera privada o íntima, conectado con su vida sexual y relaciones de pareja (art. 2.1 en concordancia con el 1.1 LF), a lo que se sumaba su afirmación de no tener certeza sobre la paternidad por haber mantenido relaciones durante el tiempo de la posible concepción con varios hombres, con vida familiar ahora ya establecida, cuyos derechos también se verían afectados por la estimación de la demanda civil²⁰⁵.

El Tribunal Constitucional Federal declaró que la decisión tomada por el tribunal civil, al leer el artículo 1618 A del Código Civil a la luz de los derechos citados, no representaba un desarrollo inadmisibles del Derecho (*Rechtsfortbildung*), pero en su criterio dicho tribunal había desconocido el campo de acción que los órganos judiciales poseen al dar cumplimiento a deberes de protección de derechos fundamentales y al llevar a cabo la ponderación entre los intereses en juego. El tribunal civil había actuado como si los intereses de la hija debieran prevalecer a toda costa, con el argumento de que no cabía atribuir a ella la responsabilidad de lo ocurrido, cerrando así las puertas a una ponderación amplia y minuciosa de las circunstancias del caso. Esto condujo a la estimación del amparo y a la devolución de la causa al orden jurisdiccional civil²⁰⁶.

Lo que importa destacar de este pronunciamiento, dejando de lado la cuestión concreta debatida y el desenlace del caso²⁰⁷, es que con fundamento en un precepto legal indeterminado se llegaron a establecer obligaciones que no tenían un claro soporte en el texto de la legislación civil, lo que revela el papel que los jueces pueden desempeñar al colmar lagunas de protección observadas en la legislación. Tales obligaciones, fruto en buena medida del desarrollo judicial del Derecho al cual la sentencia alude, que afectaban la posición subjetiva de la madre, provenían de la determinación de un tribunal, y no principalmente de la ley. La sentencia de amparo es consciente de ello e invoca el criterio reiterado del Tribunal en la materia, según el cual la configuración de los deberes de protección de derechos compete al legislador, sin que deba rechazarse una intervención judicial ponderativa “a falta de una decisión del legislador por

²⁰⁵ BVerfGE 96, 56.

²⁰⁶ BVerfGE 96, 56.

²⁰⁷ La sentencia civil ordinaria que después confirmó la obligación de la madre de proporcionar la información arriba indicada no pudo ser ejecutada, pues ella se negaba a suministrarla y no fue considerado lícito acudir al procedimiento de ejecución forzosa por medio de multa u otras medidas coercitivas; decisión del tribunal estatal de Münster de 29 de julio de 1999; NJW 1999, pág. 3787.

medio del desarrollo del Derecho o de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados”²⁰⁸.

La doctrina tiende a enfatizar la necesaria observancia de la reserva legal respecto de las injerencias en derechos fundamentales fundadas en la preservación de otro derecho²⁰⁹, pero tampoco descarta una actuación judicial directa, para algunos limitada a situaciones extremas o de urgencia. En relación con los efectos de los derechos fundamentales entre particulares, algunos estiman que si las normas legales o las cláusulas generales o conceptos indeterminados de la legislación son insuficientes para transportar las exigencias de estos derechos, cabe una aplicación inmediata de los requerimientos constitucionales, sobre todo cuando se trata de hacerlos valer contra el ejercicio del “poder económico o social”²¹⁰, es decir, en relaciones de desequilibrio o sujeción. Esto, aunado a los criterios jurisprudenciales esbozados, demuestra que no es despreciable el espacio en que los jueces pueden condicionar el ejercicio de los derechos sin una base legal específica. Ha sido precisamente el riesgo de debilitamiento de la reserva legal que generaría la expansión de los deberes de protección y del efecto entre particulares de los derechos fundamentales, lo que sirve de apoyo a las opiniones más cautelosas²¹¹. Sin embargo, conviene subrayar que tales intervenciones judiciales se circunscriben a casos concretos cuya resolución haga ineludible la apelación a los criterios constitucionales.

La ponderación judicial entre derechos en conflicto es, pues, un procedimiento que puede generar, no solo en relación con los deberes de protección o la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales sino en constataciones diversas, criterios condicionantes del ejercicio o disfrute de derechos. Si se produce una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, contextualizada en un proceso penal incoado contra la persona que difundió ciertas informaciones, los jueces de ordinario suelen emplear criterios de solución no previstos en la ley, como la importancia de determinar la relevancia de la noticia para la formación de la opinión pública en una Democracia, la condición pública o privada del afectado y la magnitud de la repercusión de la información en el derecho al honor, entre otros, lo cual, sobre todo cuando la decisión es ratificada en las más altas instancias judiciales y acogida por la jurisdicción constitucional, posee un efecto limitativo (del derecho al honor) similar al que cumplirían disposiciones legales correlativas o normas penales relacionadas con los delitos de injuria o difamación que hicieran explícitas estas exigencias dimanantes de la libertad de expresión.

²⁰⁸ Cfr., entre otros pronunciamientos, *BVerfGE*96, 56 (64); 84, 212 (226-227)

²⁰⁹ SACHS, *Grundgesetz ...*, op. cit., págs. 44-45, 73-74.

²¹⁰ HESSE, op. cit., pág. 160.

²¹¹ BÖCKENFÖRDE, *Escritos ...*, op. cit., págs. 104 y ss.

En síntesis, los jueces deben atenerse en primer término a lo dispuesto en la ley al decidir casos que presupongan colisiones entre bienes constitucionales y han de guiarse por las pautas o criterios de armonización que legalmente se hayan establecido. Pero si la solución legislativa es insuficiente, bien por incurrir en una omisión absoluta, bien por no proporcionar todos los elementos que permitan resolver el caso concreto en un modo cónsono con los bienes constitucionales en conflicto, los jueces pueden contribuir a colmar la deficiencia legislativa. En ocasiones la actuación jurisdiccional adoptará una faceta correctiva, ya que si la solución ofrecida por la ley resulta incompatible con la Constitución, esta ha de prevalecer, lo cual ha de desembocar en mecanismos de control de la constitucionalidad que aseguren la vigencia de la norma suprema. El carácter *complementario* de la actuación del juez estriba no propiamente en que sustituya al legislador, pues cada uno permanece en sus respectivos ámbitos de competencia, sino en la cooperación judicial para que el conflicto surgido sea dirimido conforme a Derecho. La configuración normativa, es decir, la búsqueda de esquemas generales de convivencia entre los bienes implicados en la tensión normativa, sigue siendo una función legislativa.

Sin embargo, conviene apuntar que, al apartarse de los términos legalmente fijados para atender casos que envuelvan colisiones constitucionales, los jueces deben haber verificado que tal marco normativo no es respetuoso de los bienes enfrentados o de alguno de estos. No han de exigir que la ley recoja la mejor solución, la que asegure el mayor acoplamiento entre los mismos. La habitual alusión a la *optimización* de los bienes contrapuestos como fórmula para solventar las colisiones no debe conducir a equívocos, como enseguida explicaré.

Excedería del marco de este estudio el examen o la sola enunciación de los instrumentos procesales idóneos para hacer valer la supremacía de la Constitución frente a leyes que lesionen bienes implicados en una colisión constitucional. Sí es pertinente observar que el control concreto de la constitucionalidad, el cual en Alemania y en otros Estados europeos se plantea básicamente mediante la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad y en la mayoría de los países latinoamericanos se ejerce mediante el control difuso de la constitucionalidad, es un cauce útil para la canalización de algunos problemas de inconstitucionalidad de la ley vinculados con colisiones constitucionales. La conexión entre tales colisiones y el caso particular en que surgen hace de esta vía procesal un mecanismo apropiado, sobre todo cuando la norma objetada no es en sí misma, es decir, de manera general, contraria a la Constitución por infravalorar o desconocer uno de los bienes constitucionales en conflicto, sino solo en lo que respecta a determinadas situaciones que en el caso concreto han aflorado. Ello sin perjuicio del uso del control por vía de acción directa contra la ley o control abstracto, el cual no es ciego a las circunstancias de aplicabilidad de las leyes y conserva además significación frente a supuestos de total contradicción con la Constitución.

No obstante, es preciso señalar que con gran frecuencia las colisiones constitucionales que afloran con motivo de la ejecución de preceptos legales no son encaradas mediante la aplicación del control de constitucionalidad de la ley, sino por medio de las facultades judiciales de interpretación y aplicación de la Constitución²¹². Esto es lo que suele ocurrir en el ámbito penal, pues aquí las colisiones surgen a raíz de la efectiva o posible imposición de una pena dirigida a castigar una conducta que para el imputado o condenado representa un modo de ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales, argumento que puede ser estimado por el juez sin que ello necesariamente implique objetar la constitucionalidad de la ley. Un tipo penal y su aplicación pueden tener justificación en los supuestos ordinarios para los que objetivamente están destinados y ser sin embargo excesivos, en términos constitucionales, respecto de algún caso en que se invoca un derecho fundamental como soporte de la conducta censurada. El delito o falta de desobediencia o desacato a órdenes de la autoridad no es en sí mismo inconstitucional, pero sí lo es la respectiva condena a una persona que alegue, con razón, haberse negado a cumplir una orden policial contraria a sus derechos fundamentales²¹³.

Lo dicho resulta patente si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de la libertad de expresión e información, en casos de conflicto con el derecho al honor, la cual ha sido dictada principalmente no en el contexto de un control abstracto o concreto de constitucionalidad de la ley sino en virtud de acciones de amparo interpuestas contra sentencias condenatorias basadas en el tipo penal de difamación o injurias²¹⁴. La tutela penal del honor no es *per se* inconstitucional, más bien pudiera serlo su completa ausencia. Pero ante la fundada invocación de la libertad de expresión por el autor de las expresiones calificadas de ofensivas, la aplicación del tipo penal es inaceptable, operando tal invocación como una causa de justificación de la acción perseguida.

b) *La posibilidad de reconfigurar legislativamente las reglas jurisprudenciales resolutivas de colisiones.* Con más frecuencia de lo que se refleja en estudios referidos a los temas aquí tratados, la interpretación constitucional proveniente de un tribunal o sala constitucional no se emite en procesos de control normativo (abstracto o concreto), sino en procesos de amparo o tutela

²¹² *Vid.*, en este sentido, la posición de L. PRIETO, “Neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, pág. 147.

²¹³ *Vid.*, en este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal que declaró inconstitucional la sanción impuesta a un ciudadano que había desatendido una orden policial de identificación, pues según la decisión del Tribunal tal sanción había sido aplicada y confirmada sin que se hubiera examinado la licitud del requerimiento de identificación, lo cual representaba una violación del derecho a la autodeterminación informativa; decisión del 7 de marzo de 1995, *EuGRZ* 1995, pág. 259.

²¹⁴ *Vid.*, entre otras muchas, *BVerfGE* 12, 113; 93, 266.

u otros de similar naturaleza, en los que corrientemente no se dicta pronunciamiento alguno sobre la inconstitucionalidad de una ley, lo cual no significa que dicha interpretación carezca completamente de eficacia vinculante. En estos supuestos, el legislador debe estar en principio facultado para adoptar una regulación global sobre una materia (colisiones constitucionales) que la jurisdicción haya abordado de manera simplemente puntual o casuística, y al hacerlo puede establecer criterios que no concuerden totalmente con los que se hubieran fijado por la jurisprudencia en casos concretos. Debe precisarse no obstante hasta qué punto esto es admisible.

La problemática que ha de considerarse es la siguiente: los jueces, al solucionar conflictos en el ámbito de los derechos, efectúan ponderaciones que conducen a una regla aplicable a un caso particular y que a su vez puede o debe servir de base para dirimir ulteriores situaciones antinómicas sustancialmente iguales²¹⁵. Esto según una síntesis apretada de una visión hoy muy extendida acerca de la manera de tratar dichas colisiones. Pues bien, cabe preguntarse qué valor posee esa regla derivada de la labor jurisdiccional resolutoria de colisiones constitucionales.

Una aproximación al asunto sería estimar que tales reglas, al resultar de ponderaciones entre principios constitucionales y, a fin de cuentas, de una interpretación de la Constitución, adquieren una rigidez semejante a la de la Constitución. Esta postura tendría sin embargo que ser rechazada, porque no deben confundirse los criterios constitucionales que convergen en ese conflicto normativo con la norma o regla que nace de su resolución. Esta regla tendrá pues el valor que le otorgue la exigencia de coherencia en la solución de controversias en un orden jurídico y la que le corresponda en virtud del carácter persuasivo o vinculante de los precedentes. En ello incide la concepción que se tenga sobre la ponderación, pues desde una visión universalista, la racionalidad de la ponderación está ligada a la posibilidad de generalizar la concreta decisión adoptada, a la luz de los datos particulares que la fundamentaron²¹⁶.

Conforme al punto de vista de la eficacia del precedente, si un tribunal o sala constitucional dirime una controversia asociada a la colisión entre principios o derechos constitucionales, su pronunciamiento sentará una referencia para casos futuros, cuya mayor o menor fuerza obligatoria dependerá de cada sistema. Aun en los supuestos en los que esta es reconocida formalmente, existen compuertas por las cuales el dinamismo de la sociedad y del derecho circula. Una de ellas estriba en la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, que permite circunscribir y adaptar los criterios vinculantes.

²¹⁵ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos...*, op. cit., págs. 95 y ss.; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional ...*, op. cit., págs. 192 y ss.

²¹⁶ DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 179 y ss.

Pero la cuestión de mayor significación se refiere a la libertad con que cuente el legislador, dentro del marco constitucional, para configurar de manera general o abstracta las relaciones entre bienes constitucionales en potencial colisión, a pesar de la existencia de precedentes jurisprudenciales relativos a la resolución en concreto de conflictos normativos entre ellos, emanados de un tribunal o sala constitucional. Si ya existe una ley que regule en abstracto estas (potenciales) colisiones y los jueces constitucionales, al ser requeridos para dirimir el conflicto, estiman que la solución legislativa es contraria a la Constitución, se suscita un tema de control de constitucionalidad de la ley, pero si el legislador no ha intervenido y la jurisdicción constitucional ha sido precursora, surge la pregunta acerca del alcance de sus precedentes frente al legislador. Con frecuencia se entiende que las razones fundantes o determinantes de las decisiones del tribunal constitucional, y la respectiva interpretación de la Constitución, aun de las proferidas fuera de los procesos de control de la constitucionalidad de normas, ostentan una eficacia vinculante, al menos respecto de los jueces²¹⁷. No obstante, debe preservarse la facultad del legislador de evaluar de manera global la relación entre los principios involucrados, a la luz de los criterios jurisprudenciales, considerando todos los bienes jurídicos en juego, y de precisar la forma de articularlos y de definir los términos de su convivencia.

La necesidad de dejar a salvo esta facultad legislativa se sustenta en dos razones principales. La primera se relaciona con los márgenes que suele dejar la Constitución en el tratamiento de colisiones constitucionales potenciales. A menudo no hay una sola solución que considere suficientemente la significación de cada derecho o bien constitucional en la situación de tensión que ha de ser atendida. Si la ley no la ha regulado y la jurisdicción constitucional, al conocer de amparos o tutelas o de otras acciones o recursos semejantes, establece una fórmula de articulación que se orienta por un espíritu componedor entre los derechos o bienes en conflicto, puede suceder que haya dado una respuesta constitucionalmente razonable mas no necesaria ante la colisión. Es decir, puede que, dada la ausencia de la determinación legislativa sobre el modo de armonizarlos, el juez constitucional haya fijado, a la luz del caso particular y ante su obligación de decidirlo, un esquema de relaciones entre ellos conceptualmente provisional y que deja espacios para una articulación general posterior efectuada por el legislador.

Esta provisionalidad no siempre se hará explícita en la sentencia pero podrá inferirse de su análisis, y la regulación legislativa definitiva o estable sobre la situación de colisión latente que fuere emitida puede diferir de la

²¹⁷ En relación con el Tribunal Constitucional Federal *vid.* K. SCHLAICH/S. KORIOETH, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C. H. Beck, 2007, págs. 270 y ss. Respecto de los pronunciamientos de la Corte constitucional colombiana *vid.*, entre otras, las sents. T-260 de 1995; C-621 de 2015; y SU-354 de 2017, entre otras; *vid.*, igualmente, DIEGO LÓPEZ MEDINA, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.

regla jurisdiccionalmente adoptada. No obstante, en relación con aquello que pertenezca a la esencia de lo que el tribunal constitucional haya establecido como interpretación general de la Constitución al dirimir el conflicto, subsistirá el riesgo de una impugnación exitosa contra la ley, sin perjuicio de lo que después se acotará. Recuérdese que, conforme a la evolución de la jurisdicción constitucional, no es inusual que esta acuerde, en el control de constitucionalidad de las leyes, regulaciones o pautas provisionales sobre las relaciones jurídicas correspondientes, que rigen hasta tanto sea dictada la legislación que se ajuste a los criterios que fundamentaron la declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley. Este tipo de regulaciones provisorias, que ilustran acerca de la posibilidad de recomponer legislativamente lo que ha sido transitoriamente fijado por la jurisdicción constitucional, difieren de las reglas originadas en la resolución de colisiones, pues son concebidas explícitamente con tal carácter, como consecuencia de la inconstitucionalidad de una ley y de la necesidad de dejar en pie criterios normativos cónsonos con la Constitución hasta la aprobación de la nueva ley, mientras que en los casos de colisiones, que se suscitan en procesos de amparo o tutela u otros similares, las soluciones establecidas son definitivas, aunque esta fijeza se refiere a la controversia concreta decidida, en correspondencia con la naturaleza del proceso y del objeto del control, no a todos los elementos interpretativos involucrados. Hay aquí, pues, una combinación entre la rigidez de la decisión particular y la ductilidad de ciertos criterios o puntos de vista que le sirvieron de sustento, en especial de aquellos asumidos para suplir la ausencia de una determinación legislativa y que sustancialmente obedecen más a la búsqueda de un arreglo razonable entre los principios enfrentados.

El legislador podría apartarse incluso del criterio esencial de la interpretación proveniente del tribunal o sala constitucional si piensa que aquel debe matizarse en virtud de la visión de conjunto o abstracta sobre la colisión examinada, o debe ajustarse a nuevas circunstancias o a una alteración en las valoraciones sociales predominantes, y en tal caso la ley dictada en sentido no coincidente con el de la jurisprudencia constitucional habría de entenderse como una propuesta de modificación del criterio imperante, que la jurisdicción constitucional habría de considerar cuando fuera requerida su intervención.

La segunda razón se refiere a la eventual existencia de elementos de carácter normativo o empírico que no hayan sido tenidos en cuenta al resolver la colisión. Nótese que la intervención judicial al dirimir conflictos entre derechos u otros principios constitucionales es puntual o concreta y se inscribe en las coordenadas particulares de las situaciones fácticas examinadas. Mientras que el legislador está en condiciones de efectuar una apreciación general de la tensión o colisión potencial planteada, que introduzca en la ponderación bienes o intereses jurídicos no sopesados por la jurisdicción constitucional en los casos sometidos a su conocimiento. Puede haber además avances cientí-

ficos, presentes al tiempo de las decisiones judiciales emitidas o posteriores a ellas, que no hayan sido evaluados, o no lo hayan sido suficientemente. Esto justifica que el legislador entre en escena para reconfigurar desde una perspectiva más global las soluciones que los tribunales constitucionales hayan establecido desde una perspectiva más parcial o incompleta.

D) *Algunos criterios para la resolución de colisiones constitucionales*

En forma necesariamente sucinta se examinarán algunos de los principales criterios usualmente invocados para resolver colisiones constitucionales. Se enunciarán pautas útiles para el tratamiento de las colisiones en sentido estricto, es decir, de las surgidas en la fase de aplicación (judicial)²¹⁸ del Derecho.

a) *Evitar una simple ponderación abstracta de bienes.* La ponderación, como método para la solución de colisiones constitucionales o, en general, para determinar cuál interés jurídico debe prevalecer frente a otro que se le opone, ha estado en el centro de una larga discusión doctrinal aún no cerrada²¹⁹. La ausencia de referencias constitucionales textuales para los criterios que orientan la ponderación ha motivado que esta haya sido calificada como el talón de Aquiles de la problemática ínsita a tales colisiones²²⁰. Sería aventurado resumir, más aún, intentar dilucidar esta controversia en estas cortas líneas. Baste con señalar que las más serias críticas contra la ponderación, como procedimiento que permita resolver racionalmente y con sujeción a la Constitución las colisiones constitucionales, se ven atenuadas cuando se evita una ponderación abstracta de bienes.

Si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o intereses jurídicos el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es el igual valor de los bienes constitucionalmente amparados. No ha de seguirse, por tanto, la vía rápida pero expuesta al error de solventar la colisión mediante la identificación, en abstracto, del bien que ostente un valor más alto. En contra de tal aproximación milita la ausencia de una determinación constitucional general sobre la jerarquización de los bienes o valores que la Constitución protege, así como la enorme dificultad, cuando no imposibilidad, de establecerla interpretativamente. La Constitución puede aportar datos sobre la primacía de algunos, como ocurre cuando ciertas normas son sustraídas de los procedimientos ordinarios de revisión constitucional, pero de aquí no se puede colegir una ordenación general

²¹⁸ En esta fase aplicativa las colisiones también pueden suscitarse y ser solventadas ante la administración; *vid.* STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 639 y ss.

²¹⁹ *Vid.*, recientemente, entre las posturas escépticas, S. LENZ, *op. cit.*, págs. 205 y ss.; entre las posiciones defensoras de la racionalidad de la ponderación, BERNAL, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

²²⁰ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 650.

de las normas constitucionales. Pero la razón más decisiva en contra de aquel intento reside en la propia naturaleza de la colisión planteada ante el juez. A los jueces no se les pide que digan cuál de los bienes contrapuestos es más importante, sino que resuelvan un caso teniendo en cuenta las circunstancias que lo dotan de sentido.

Una vez que el juez ha precisado las normas constitucionales en conflicto, debe confrontarlas con los hechos relevantes del caso concreto, para luego decidir cuál ha de tener preferencia en las circunstancias dadas. Esta preferencia circunstancial ha sido calificada como *precedencia condicionada*, porque no es general o absoluta, sino dependiente de que se den hechos sustancialmente iguales a los considerados originalmente²²¹. Esta primacía relativa también ha sido descrita como una *jerarquía móvil*, pues no es estable o definitiva sino cambiante en función de los hechos nuevos que se presenten²²².

Lo dicho no implica que el valor abstracto de los bienes en conflicto no deba desempeñar ningún papel en la ponderación. Al contrario, es otro de los elementos que ha de ponerse en la balanza²²³, pero el mismo ha de ser pesado con arreglo a las circunstancias del caso. En la balanza judicial no se incorpora el peso apriorístico de la vida, o de la libertad de expresión, sino aquel que resulte de la modalidad y magnitud de su afectación en el caso concreto. Desde el punto de vista de la libertad de expresión, la significación de la difusión de mensajes comerciales o de entretenimiento no es igual a la de la manifestación del discurso político orientado a controlar la gestión gubernamental. Incluso en relación con el derecho a la vida, que pareciera excluir por definición cualquier diferenciación interna, la jurisprudencia dictada en materia de interrupción voluntaria del embarazo presupone distintos niveles de protección²²⁴.

b) *Procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión*. Desde su formulación por HESSE²²⁵, el principio de la concordancia práctica, inspirado a su vez en aportes del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha alcanzado gran repercusión en la jurisprudencia y en la doctrina alemana y comparada. La virtud fundamental del principio ha residido en su aptitud para desarrollar una forma de composición de las colisiones que reduzca los riesgos de la ponderación abstracta de valores y obligue a atender a las circunstancias y los puntos específicos de tensión en que surge el conflicto constitucional. El eje en torno al cual ha de girar la resolución del conflicto reside en los hechos concretos que lo han desencadenado, aunados a

²²¹ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 87 y ss.

²²² GUASTINI, *Distinguendo ...*, *op. cit.*, pág. 145.

²²³ ALEXY, "Epílogo ...", *op. cit.*, pág. 38.

²²⁴ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

²²⁵ HESSE, *op. cit.*, págs. 27 y 134.

los bienes constitucionales involucrados, apreciados en la medida en que son interpelados por esos mismos hechos.

Al ponderar los bienes enfrentados debe visualizarse además el contexto en que estos entran en conflicto. Así, el nivel de seguridad requerido en un establecimiento carcelario y la extensión e intensidad de los controles empleados para procurarlo son más elevados o amplios que los imperantes en una escuela, en un parque o en las calles de una ciudad, siendo posible establecer ulteriores diferenciaciones en función de las situaciones concretas.

La concordancia práctica implica para HESSE que los derechos en colisión alcancen una “efectividad óptima”²²⁶, es decir, que cada uno sea considerado debidamente y que se logre una relación proporcional entre ambos, con arreglo a las circunstancias concretas, lo cual presupone la fijación de límites a su ejercicio. En atención al principio de unidad de la Constitución, no es aceptable que uno de los bienes jurídicos se imponga unilateralmente sobre el otro, con fundamento en jerarquizaciones o ponderaciones abstractas de valores. Siguiendo esta orientación se ha apuntado que en situaciones de conflicto de derechos fundamentales ha de procurarse desde ambos lados una conciliación o equilibrio beneficioso²²⁷.

Esta aproximación al tema de los conflictos iusfundamentales ha merecido reservas²²⁸. La objeción primordial radica en que por lo general, al resolver un conflicto entre derechos, uno prevalecería finalmente sobre el otro, así sea de acuerdo con los hechos del caso. Además, se ha dicho que la utilidad del principio bajo examen sería la de evitar, en razón del esfuerzo armonizador requerido, antes que la de solventar las pretendidas colisiones. No obstante, conviene observar que esa solución final ha de estar precedida de un proceso racional, interpretativo y argumentativo, que conduce a identificar los linderos de cada derecho en la situación particular analizada, que eventualmente comprimen al derecho y que a la vez no pueden ser sobrepasados al dictar una decisión. Al constatar la ubicación de esos linderos cada derecho debe haber sido adecuadamente sopesado y es probable que ambos hayan obtenido menos de lo que resultaría de una apreciación unilateral. De esta forma la concordancia práctica ayuda a dirimir tales colisiones, lo cual no excluye que la máxima de armonización sirva en algunos supuestos para evitarlas, cuando la adecuada interpretación de los derechos involucrados lo permita. El mayor acierto de aquel principio es que rechaza las ponderaciones abstractas o apriorísticas como método para abordar las colisiones.

²²⁶ Ídem, pág. 28.

²²⁷ PETER LERCHE, “Grundrechtsschranken“, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1992, t. V.

²²⁸ Vid. GREGOR HEISSL, *Grundrechtskollisionen*, Viena, Verlag Österreich, 2017, págs. 49 y ss.

Un caso ilustrativo de la aplicación de la concordancia práctica es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa a la posible limitación de la información sobre actos delictivos cometidos con mucha antelación a la difusión del mensaje, en atención a la injustificada repercusión de aquella en el derecho general de la personalidad del condenado (caso *Lebach*)²²⁹. La transmisión televisiva de un documental sobre el origen, la comisión y la persecución de un grave hecho delictivo perpetrado tiempo atrás fue estimada contraria al principio de proporcionalidad, porque la falta de actualidad de la información restaba fundamento a la severa injerencia en los derechos del condenado, que adquiriría particular intensidad por la afectación del interés en la reinserción social del autor del delito, quien estaba claramente identificado en dicha representación periodística. A juicio del Tribunal no existía un interés superior ligado a la formación de la opinión pública que justificase una injerencia de tal magnitud en el derecho general de la personalidad. Como un reflejo del principio señalado se mencionó la práctica informativa de omitir datos o imágenes identificatorias de menores involucrados en actos ilícitos o de los posibles autores de hechos delictivos leves.

Dejando de lado otros aspectos de la sentencia, importa destacar que el conflicto no se resolvió apelando simplemente a la importancia de la libertad de expresión e información en una sociedad democrática, sino sopesando *in concreto* la magnitud de la afectación del derecho general de la personalidad, por un lado, y de la libertad de expresión e información, por el otro. La referencia a la omisión de información identificatoria del autor del hecho punible en ciertos supuestos, como una manifestación de la proporcionalidad, es también reveladora de la posibilidad de hallar soluciones intermedias entre los derechos en conflicto, pues en principio se declara lícita la difusión de la información, pero se admite la fijación de ciertas restricciones.

El caso reseñado es expresivo de la significación que en esta materia ostenta el principio de la proporcionalidad²³⁰. Ninguno de los bienes en colisión debe ser sacrificado más allá de lo requerido para la satisfacción del otro. De ahí que la búsqueda de la concordancia o entendimiento entre aquellos supone procurar una relación de *proporcionalidad recíproca* entre los mismos.

En íntima conexión con esta idea se encuentra el requerimiento de *optimizar* los bienes en conflicto, que se vincula con la exigencia de proporcionalidad²³¹, aunque algunos autores defienden su especificidad frente a esta²³².

²²⁹ BVerfGE 35, 202.

²³⁰ En relación con el principio de proporcionalidad *vid.* CARLOS BERNAL, *op. cit.*; LAURA CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; AHARON BARAK, *Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

²³¹ HESSE, *op. cit.*, págs. 28 y 142-143. Para ALEXY el carácter de principios de los derechos fundamentales y los mandatos de optimización que en consecuencia comportan son una consecuencia, precisamente, de la significación normativa del principio de proporcionalidad; *Teoría ..., op. cit.*, págs. 111 y ss.

²³² MICHAEL/MORLOK, *op. cit.*, págs. 358 y ss.

El criterio principal de distinción radicaría en que esta quedaría satisfecha si el bien afectado no es sometido a medidas desproporcionadas, mientras que el primero iría más allá, al reclamar una realización plena, o sea, el alcance de un punto óptimo²³³. Conviene, pues, aclarar el sentido que se atribuye a la optimización asociada a la concordancia práctica.

La optimización puede ser entendida como el mandato de realizar el bien constitucional tan ampliamente como sea posible. No se trata de un mandato de realización total o incondicionada, sino de una exigencia sujeta a los límites de la realidad y de la convivencia con otros bienes de igual rango. No implica la imposición unilateral de un valor que avasalla a los demás, sino la justa ponderación de la significación de cada uno. Cada uno de ellos debe ser sometido, según la reiterada declaración jurisprudencial, a una optimización orientada a lograr el equilibrio o acuerdo entre tales bienes²³⁴. La solución justa o adecuada al conflicto no es la que asegure a ambos la completa realización efectiva en el caso concreto, pues normalmente uno cederá total o parcialmente ante el otro, a la luz de los hechos particulares, sino la que sea fruto de la consideración más amplia posible de cada bien.

Es preciso observar que la exigencia de optimización no debe conducir a nivelar todas las normas o bienes constitucionales ni a suprimir las diferencias en la estructura normativa que puedan observarse. La optimización reclama la cabal atención del bien o norma constitucional tal y como se presenta; no pretende alterar su naturaleza sino llevar la que se posea a la mayor proyección posible. Dicha exigencia tampoco debe traducirse en un allanamiento de las diferencias en el reparto de las funciones entre los poderes públicos; en especial, aquella no faculta a los jueces para examinar, en el contexto de una colisión que haya sido objeto de tratamiento legislativo, si la solución legal es la mejor o la más razonable o adecuada a la luz de alguno de ellos o de ambos.

Esta advertencia adquiere especial relevancia en relación con las normas constitucionales que reconocen bienes colectivos. La necesidad de optimizar bienes colectivos constitucionalizados que entren en colisión con derechos fundamentales se sustenta, en primer término, en el rango constitucional de los bienes enfrentados y en el principio de unidad de la Constitución. Si no es posible solventar por vía interpretativa la discrepancia entre dos normas constitucionales ha de acudir a la concordancia práctica, en virtud de la cual, como se indicó, ha de procurarse un equilibrio entre los intereses contrapuestos igualmente merecedores de protección constitucional. Pero la búsqueda de esta optimización no debe conducir a sobredimensionar los bienes colectivos ni a perder de vista el punto de partida favorable a los derechos que el Estado

²³³ M. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Múnich, Heymanns, 1985, págs. 83 y ss.

²³⁴ Cfr., entre otras, *BVerfGE* 81, 278 (292 y ss.).

constitucional normalmente presupone. A falta de razones convincentes para la restricción de un derecho, la cual debe tener basamento en la ley, este ha de ejercerse a plenitud, porque sobre el Estado recae la carga de la argumentación sobre la justificación de una restricción. El control judicial sobre leyes limitativas de derechos, atacadas por desproporcionadas, es más estricto que el que puede ejercerse sobre leyes objetadas por la insuficiencia de la garantía ofrecida a un bien colectivo, lo cual se explica no solo por la diferencia estructural del ámbito de elección del poder público en uno u otro caso, sino también por esa opción constitucional básica a favor de la libertad.

El reconocimiento de un bien colectivo en la Constitución es, por otro lado, una tarea que no debe tomarse a la ligera. Especialmente si se trata de admitir que puedan brindar respaldo a limitaciones de derechos fundamentales consagrados sin reserva de restricción legal, objeto de una larga discusión dogmática en el ordenamiento alemán. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no ha sido siempre cautelosa al efectuar tal reconocimiento, aunque ha sabido introducir ajustes tras las críticas recibidas. No sería pertinente examinar aquí la evolución jurisprudencial sobre este tema; lo que ahora interesa es poner de relieve la tendencia a considerar que solo excepcionalmente cabe aceptar la virtualidad limitativa de disposiciones que proclaman principios constitucionales estructurales (como los que definen a un Estado como democrático, social o de Derecho) y que se niega tal aptitud a las normas que simplemente establecen las competencias de un determinado nivel político-territorial de gobierno (la Federación, p. ej.), a menos que algunas de esas normas incluyan un contenido adicional al reparto competencial que suponen, con relevancia o intencionalidad (objetiva) limitativa de derechos, cuya concreción incumbe al legislador.

Adicionalmente, al determinar las implicaciones jurídicas del precepto constitucional que recoge un bien o interés colectivo, han de tenerse en cuenta sus concretos rasgos normativos, especialmente al momento de ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones legales restrictivas de derechos. Así, cuando tal precepto enuncia una determinación de un fin del Estado, no ha de perderse de vista que estos dejan a las autoridades amplias posibilidades de elección. Esta clase de normas fijan a los poderes públicos objetivos que deben perseguir en su actuación, dejando en sus manos, en principio, la escogencia de los medios para alcanzarlos y la concreción del fin genéricamente enunciado, gozando el legislador de una significativa libertad de configuración normativa. Tales determinaciones no son simples normas programáticas, pues poseen fuerza jurídica inmediata, de manera que la aprobación de leyes que los ignoren o la derogación de las que los promuevan generará problemas de constitucionalidad, pero la orientación del control judicial no es comprobar si las medidas adoptadas efectivamente propenden a la realización plena del fin público, sino verificar un grado suficiente o básico de observan-

cia. Entre el umbral de la intervención estatal en un derecho proporcionada pero moderadamente efectiva en la consecución del fin y el punto más alto de aquellas que siendo también proporcionadas lo realicen con mayor intensidad hay un extenso campo de acción para el legislador.

En relación con otras normas consagratorias de bienes colectivos, ha de atenderse igualmente a su particular textura y contenido normativos y ha de quedar a salvo la facultad legislativa de escogencia de los medios que, no siendo desproporcionados respecto del derecho que haya sido limitado por el legislador, contribuyan a la consecución del correspondiente interés público, a menos que solo uno esté a su alcance por razones fácticas o normativas. La jurisdicción constitucional ha de observar parámetros de control que no cercenen este espacio para la configuración legislativa. En otras palabras, el campo de acción estructural y cognitivo del legislador debe ser preservado²³⁵.

c) *No ignorar los principios formales eventualmente involucrados.* A menudo la ponderación se plantea de manera directa entre principios materiales, como la libertad de expresión, el derecho al honor, la seguridad o la salud pública. Pero a veces entre los principios o bienes materiales en conflicto se interpone algún principio formal. Los principios formales imponen el respeto de las determinaciones normativas fijadas por una autoridad legitimada para ello²³⁶, con independencia de la valoración que tales determinaciones puedan merecer para el intérprete. Así, la previsión contenida en algunas Constituciones según la cual la policía únicamente está facultada para detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, en opinión de algunos quizás resulte excesivamente garantista, pues en ciertas situaciones no constitutivas de flagrancia los indicios de que una persona ha participado en la comisión de un delito y de que hay riesgo de fuga pueden ser muy sólidos, pese a no disponerse de una orden judicial. Pero no es dado al intérprete ignorar esta decisión constitucional con el fin de efectuar una ponderación directa entre bienes materiales en conflicto, sopesando, por un lado, por ejemplo, la seriedad de los indicios y la gravedad del delito y, por otro, la severidad de la intervención en la libertad personal y los peligros de la admisión, o generalización, del proceder policial. En estos supuestos el aplicador del Derecho se encuentra atado a la determinación constitucional establecida mediante una regla, que exige la orden judicial salvo en caso de flagrancia.

La atadura que estas reglas comportan no necesariamente es absoluta, pero la existencia de estas no puede ser ignorada. En principio poseen una pretensión incondicionada de validez, que tiende a hacerse definitiva o invencible en ordenamientos que concedan la máxima importancia a los principios formales.

²³⁵ Sobre el campo de acción estructural y cognitivo del legislador *vid.* ALEXY, “Epílogo ...”, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

²³⁶ *Vid.* ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 100.

No es pacífica la aceptación de la posibilidad de introducir, en virtud de una ponderación, excepciones en las reglas. No obstante, suele estimarse que las reglas jurídicas son susceptibles de excepciones, con posiciones diversas en cuanto a la justificación y alcance de estas excepciones, lo cual no puede ser examinado en este trabajo. Pero incluso quienes consideran lícito el reconocimiento de excepciones a las reglas sostienen que para hacerlo se requiere de la concurrencia, en el caso concreto, de razones de mucho peso, cuya preponderancia ha de ser medida no solo frente al bien material contrapuesto, resguardado por la regla (la libertad personal en el ejemplo señalado), sino además frente a un conjunto integrado por el bien material y por el principio formal de observancia de las normas legítimamente establecidas²³⁷.

De ahí que las disposiciones constitucionales concernientes al modo en que es lícito intervenir en algún derecho deban ser tomadas muy en serio. El intérprete no debe sustituir al constituyente ni desplazar sus determinaciones y valoraciones por las propias. Esto comprende tanto la franca admisión de una excepción a alguna regla constitucional como el soslayamiento velado de su alcance, mediante interpretaciones que desfiguren o desnaturalicen la regulación constitucional, con el pretexto de evitar consecuencias supuestamente indeseables que se derivarían de una aplicación cabal de la disposición.

d) *Examinar las colisiones desde el prisma del sistema democrático.* Al afrontar colisiones constitucionales es preciso considerar la repercusión que en ellas puedan tener los principios democráticos. Ello porque la democracia es el sistema político-constitucional en cuyo seno las colisiones se suscitan, el cual en algunos casos no será indiferente ante el conflicto y favorecerá una solución determinada.

El examen de las limitaciones a los derechos, y de las colisiones subyacentes, incorporando el criterio de la compatibilidad con la Democracia ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. No entraré ahora en el análisis de los particulares aportes derivados de la actuación de estas instancias²³⁸, pero conviene señalar que estos se resumen en la exigencia de que las restricciones a los derechos humanos tengan justificación en una sociedad democrática. Lo anterior es extensible a las colisiones constitucionales, no solo por influencia de estos tratados y de la jurisprudencia

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ Respecto de los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia *vid.* CASAL, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2009, págs. 86 y ss.; en cuanto al sistema europeo *vid.* FRANCIS JACOBS/ROBIN WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon, 1996, págs. 306 y ss.

mencionada, sino también en virtud de la opción constitucional por la Democracia, con todas sus manifestaciones y consecuencias. Así, la identificación del punto de armonización entre los bienes en conflicto ha de tener en cuenta la significación democrática de las posiciones enfrentadas.

Ello no implica una reinterpretación general y abstracta del catálogo de derechos a la luz de los principios democráticos, que conduzca a una gradación o jerarquización de los derechos reconocidos. Tampoco supone fijar un punto de partida favorable para los derechos directamente asociados a la Democracia, como la libertad de expresión, el derecho de asociación y de manifestación o la participación política. El prisma democrático con el cual las colisiones constitucionales pueden ser evaluadas se traduce en que la ponderación entre los bienes correspondientes no ha de desconocer la posible trascendencia democrática de las vías consideradas para componer el conflicto suscitado.

El ámbito en el que la incidencia de este control o *test* democrático se hace más visible es el de la libertad de expresión e información y sus tensiones con el derecho al honor y el derecho a la vida privada, o con otros bienes jurídicos. También ha tenido aplicación en relación con restricciones del derecho de asociación y manifestación y del derecho de participación en los asuntos públicos. Además, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la cláusula de la sociedad democrática comprende la preservación del pluralismo y de la tolerancia, por lo que la protección de minorías de diversa índole y el respeto de opciones de vida distintas a las prevalecientes en la sociedad adquieren una importancia que se proyecta sobre el ejercicio del conjunto de los derechos, incluyendo a los que amparan la autonomía privada.

Un buen ejemplo de la conexión de la lectura democrática de las restricciones a los derechos y de las colisiones que las sustenten con la defensa de la autonomía privada es la importante sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la ley del censo de 1983, en la cual los riesgos del tratamiento automatizado de datos fueron apreciados no solo desde la perspectiva del individuo y de sus posibilidades de libre desarrollo personal, sino también desde el ángulo de la significación de la autodeterminación individual para el funcionamiento de la democracia, pues “la autodeterminación es una condición funcional elemental de una comunidad democrática-liberal, fundada en la capacidad de acción y participación de sus ciudadanos”²³⁹. De acuerdo con esto, una limitación del derecho general de la personalidad, consistente en el almacenamiento de ciertos datos personales y dirigida a proteger la seguridad pública, tenderá a ser más aguda y, por tanto, más difícil de justificar, en la medida en que comprenda informaciones o formas de uso o transmisión de las mismas que propendan a repercutir negativamente en las posibilidades de acción política de los ciudadanos.

²³⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

E) *La restricción de derechos fundamentales y las posturas “anticonflictivistas”*

En los últimos años se han planteado insistentemente cuestionamientos respecto de la manera habitual de enfocar doctrinal y jurisprudencialmente la restricción o limitación de los derechos fundamentales y las colisiones que podrían servirle de base. Desde corrientes teóricas o filosófico-jurídicas diversas se critica una manera de entender y explicar la fijación legal de límites a los derechos y la resolución de controversias en que ambas partes invocan a su favor un derecho fundamental. Quienes defienden estas objeciones tienden a calificar al pensamiento tradicional o arraigado como “conflictivista”, mientras dicen propugnar posturas “anticonflictivistas” o “coherentistas”, sin que las primeras coincidan siempre con las segundas²⁴⁰.

El punto central de discrepancia se refiere al modo de abordar las denominadas colisiones entre derechos. Se afirma que la estructura del razonamiento o método de análisis generalmente empleado en este campo conduce a potenciar los supuestos conflictos entre derechos y a sobredimensionar el papel de la proporcionalidad y de la ponderación en su resolución. Ello implicaría un debilitamiento de la garantía de los derechos de la persona, ya que estos dejarían de representar posiciones fuertes de resistencia ante posibles intervenciones estatales y pasarían a ser objeto de una protección inicial o *prima facie*, susceptible de innumerables restricciones, según lo exigido por las circunstancias y el principio de proporcionalidad. Los derechos fundamentales se reducirían al derecho a ser tratado proporcionalmente. Estos terminarían siendo demasiado blandos, al tiempo que, por otra parte, brindarían cobertura preliminar a conductas que no pueden considerarse razonablemente incluidas en el ámbito amparado por determinado derecho, una vez que este ha sido cabalmente interpretado, con una perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico que favorece la armonización²⁴¹. El trasfondo de todo esto sería que la dogmática imperante propendería a ver colisiones donde no las hay; en otras palabras, trabajaría con conflictos falsos o puramente aparentes entre derechos, cuando en realidad estos o no existen o se suscitan solo en situaciones extraordinarias.

Lo dicho repercute directamente sobre el estudio de los límites a los que pueda ser sometido un derecho fundamental, pues para la aproximación anti-

²⁴⁰ Al respecto *vid.* MAURICIO MALDONADO MUÑOZ, “Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales”, en *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, vol. 16 (2), 2016, págs. 105 y ss.; JUAN CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, págs. 15 y ss.

²⁴¹ FERNANDO TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en JULIO CÉSAR RIVERA (h) y otros, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, págs. 107 y ss.

conflictivista estos tienen preponderante o exclusivamente naturaleza interna o inmanente, es decir, resultan de una inserción del derecho en el conjunto de los derechos y demás bienes constitucionales. En especial, la adecuada delimitación (*ex ante*) de su contenido permitiría reconocer linderos que no deben sobrepasarse en el ejercicio del derecho, los cuales quedarían recogidos normalmente en la legislación, con un carácter declarativo, de modo que ya no serían admisibles restricciones adicionales o limitaciones externas. Ello evitaría igualmente que sean incluidas en el ámbito protegido del derecho actuaciones que puedan considerarse abusivas o que por razones análogas no deban entrar en esa esfera iusfundamental tutelada. Por tanto, cabría decir que, según esa visión, los derechos son limados o decantados interpretativamente de antemano, de tal manera que el choque o conflicto con otros derechos o bienes constitucionales no se produce. De allí que estas teorías también hayan sido (auto) calificadas de coherentistas. No correspondería al legislador restringir o limitar los derechos fundamentales, sino plasmar normativamente los límites que se derivarían de la convivencia del derecho con otros bienes constitucionalmente garantizados. Una vez que el contorno o perímetro razonable del derecho ha sido determinado, teniendo en cuenta los derechos de los demás y el bien común, no habría posibilidad de limitación. Los llamados conflictos entre derechos serían en realidad controversias entre intereses o pretensiones, no genuinas colisiones²⁴².

Conviene aclarar que las tesis denominadas o a menudo autocalificadas como anticonflictivistas o coherentistas forman un conjunto heterogéneo. No necesariamente parten de los mismos fundamentos filosófico-jurídicos ni llegan a las mismas conclusiones en todos los asuntos enunciados. Detrás o al lado de la apretada síntesis bosquejada hay toda una ramificación de posturas diferenciadas²⁴³. Escaparía a los fines del presente estudio analizarlas todas ellas, pero sí es pertinente examinar los planteamientos centrales de las teorías de orientación anticonflictivista. Lo primero que conviene observar es que quienes las defienden se esmeran en construir la bipartición entre conflictivismo y anticonflictivismo o coherentismo, atribuyendo a las visiones contrapuestas una inclinación a propiciar las colisiones entre derechos que muchos de los supuestos conflictivistas no propugnan e ignorando o subestimando en ocasiones los pasos dados desde la concepción tradicional de los derechos para evitar la proliferación de colisiones. El método hoy prevaleciente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de varios tribunales constitucionales, cercana al tratamiento doctrinal dominante en la materia, no procura generar colisiones artificial o gratuitamente, sino que asume que en ciertas

²⁴² Ídem, págs. 138 y ss.

²⁴³ MALDONADO MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 106 y ss.

situaciones ocurren y deben ser resueltas con la mayor racionalidad posible, aunque no siempre se haya logrado. Más aún, como lo pone de manifiesto la discusión sobre el ámbito protegido por el derecho fundamental, desde hace varios años el pensamiento de la intervención y la restricción en el derecho fundamental, que está en la base de la estructura habitual de evaluación de licitud de la limitación de derechos fundamentales, junto a la teoría amplia sobre el alcance de esa esfera amparada, han arrostrado críticas semejantes a las últimamente vertidas y ha desplegado esfuerzos dirigidos a descartar colisiones y ponderaciones innecesarias, sin abandonar los pilares del esquema metodológico consolidado.

Se aprecia además alguna confusión terminológica que conviene subrayar. Tiende a afirmarse que uno de los postulados de las tesis supuestamente conflictivistas radica en la admisión de “infracciones”²⁴⁴ en los derechos que, según las particularidades de cada caso, pueden ser justificadas o injustificadas. En el primero de dos escalones o niveles del análisis de licitud de restricciones en derechos fundamentales habría de verificarse si el derecho ha sido “infringido”, para luego esclarecer si lo ha sido de manera legítima o ilegítima, con lo cual se haría frecuente en el ordenamiento la consideración de infracciones a derechos fundamentales que terminan siendo declaradas válidas. Al respecto es preciso advertir que la teoría predominante de los derechos fundamentales no examina en ese primer momento metodológico la existencia de una infracción, sino la de una injerencia en el derecho, la cual, como vimos, es una categoría neutral que no presupone antijuridicidad, esto es, que no es equiparable a la vulneración del derecho. La crítica obedece a que para los llamados anticonflictivistas en principio no habría injerencias en los derechos que puedan ser justificadas, sino conductas lícitas, que no inciden negativamente en la esfera protegida de algún derecho, aunque a veces parezca que es así, y otras que lo lesionan o vulneran, al ingresar en ella. Mientras que aquella teoría adopta la categoría de la injerencia para desarrollar una revisión racional acerca de la licitud de la actuación estatal restrictiva de derechos. Por otra parte, importa apuntar que algunos autores emplean la noción de infracción para referirse a una temática distinta: la de la posibilidad de que se justifique la infracción, no la violación, de un derecho fundamental en situaciones especiales. Se ha señalado que una norma de derecho fundamental podría ser justificadamente “infringida”, si hay razones morales superiores que lo respalden²⁴⁵ (infracción

²⁴⁴ GRÉGOIRE WEBBER, *op. cit.*, págs. 55 y ss.; JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI, “Conflictivismo vs. Coherentismo”, en <https://aecpa.es/es-es/conflictivismo-vs-coherentismo-derechos-en-el-contexto-post-positiv/congress-papers/1937/>

²⁴⁵ Un ejemplo imaginario mencionado por Thomson es el de una medicina que debe ser suministrada con urgencia a un niño para evitar su fallecimiento, pero la única existente pertenece a una persona que está de viaje y la dejó guardada bajo llave en una caja ubicada en el porche trasero de su casa. Ante la imposibilidad de conseguir prontamente el consen-

sin violación del derecho), lo cual, en todo caso y sin entrar en esta cuestión, no se corresponde con el significado del concepto de intervención o injerencia.

El tema principal objeto de la controversia antes esbozada se refiere a la existencia de verdaderas colisiones entre derechos o entre estos y normas constitucionales que protegen intereses públicos, o al sentido y grado con que tales conflictos se admiten. En un extremo se encuentran quienes aseveran que no puede haber colisiones entre derechos, pues ello sería contrario a la unidad de la Constitución, la cual exige soluciones interpretativas armonizadoras que ayuden a determinar el alcance de cada uno. Se sostiene incluso que, desde el punto de vista lógico, las colisiones entre derechos quedan descartadas por el principio de no contradicción²⁴⁶, ya que una persona no puede a la vez tener y no tener un derecho a algo. Más allá de eso, se defiende una continuidad entre la unidad del ser humano, en sus relaciones con la comunidad, y la de la Constitución, de modo que no serían posibles los conflictos ni entre los derechos ni entre estos y el bien común. Algunas posiciones que objetan el tratamiento jurisprudencial y doctrinal generalizado en esta materia afirman además que suelen confundirse las situaciones de auténtica colisión con las de conflictos meramente aparentes, las cuales no deberían quedar sujetas al mismo régimen jurídico.

Es frágil la opinión según la cual no puede haber colisiones entre derechos. Hay aquí en parte una diferencia de perspectiva o enfoque entre autores de una u otra tesis, si asumimos la contraposición antes mencionada, y se estaría tentado a sostener que ambas visiones coinciden en sus consecuencias jurídicas. Así, lo que la teoría más afianzada explicaría como una limitación justificada del derecho al honor basada en la protección de la libertad de expresión, sería para los representantes del coherentismo un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, que no implicó injerencia alguna en el derecho al honor. En muchos aspectos esta convergencia práctica se cumple, pero en otros no. Adicionalmente, la concepción de fondo que inspira algunas tesis anticonflictivistas puede reducir severamente la garantía de los derechos fundamentales. Las posturas filosófico-jurídicas que predicán la unidad del ser humano y la necesaria concordancia de sus acciones, o sea, del goce de sus derechos con el bien común y que, con fundamento en ello, excluyen de plano las colisiones entre derechos propenderían a supeditarlos a valoraciones apriorísticas sobre lo que el bien común reclama, dejando de lado los fundamentos del constitucionalismo y el pluralismo de las sociedades contemporáneas. En

timiento del propietario, se rompe la caja para obtener la medicina y salvar la vida del niño. Esto implicaría, según dicho autor, una infracción justificada del derecho, con eventuales consecuencias indemnizatorias, no una vulneración del mismo; *vid.* MALDONADO MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 110 y ss.

²⁴⁶ TOLLER, *op. cit.*, págs. 135 y ss.

resguardo de la libertad, la búsqueda del bien común o del interés público no se logra mediante un acortamiento o cincelamiento anticipado de una especie de materia prima iusfundamental, llevado a cabo por quienes estuvieren facultados para reconocer y fijar lo exigido por el bien común o por la convivencia armoniosa entre los derechos. La regla general es la del disfrute irrestricto de las libertades, aceptando la posibilidad de choques entre ellas, lo que demanda la intervención del legislador dirigida a fijar límites que procuren el mutuo respeto entre los derechos de que se trate o, cuando corresponda, la actuación del juez destinada a dirimir colisiones entre ellos sopesándolos según las circunstancias concretas. También son posibles conflictos entre los derechos y el interés público, que habrán de examinarse bajo el esquema de la intervención y la restricción. De esta forma las posiciones inicialmente amparadas por el derecho fundamental, que pueden obtener la garantía definitiva, reciben metodológicamente mejor consideración que cuando son sustraídas de entrada de la esfera tutelada por el derecho, con criterios pretendidamente objetivos sobre lo socialmente aceptable con arreglo al bien común, que vincularían al legislador en su tarea declarativa de los límites. El bien común puede impactar en la definición de esos límites, pero es un concepto abierto, permeado por el pluralismo político y social, que favorece distintas lecturas del mismo y diferentes soluciones respecto del punto de equilibrio que se estima razonable entre los requerimientos de la libertad individual y los del interés general. El proceso democrático determina esas soluciones dentro de un abanico de regulaciones posibles, perteneciendo primeramente al debate político, y al campo de lo opinable, la discusión acerca de lo que exija el bien común.

Esto desde luego no significa que las tesis que establecen la existencia de colisiones como fundamento de restricciones a los derechos, entendidos frecuentemente como principios, aseguren solo con ello una protección más amplia de las libertades, pues, como sabemos, la confirmación a la ligera de la validez de las restricciones que el legislador decida imponer haría que tales posiciones fueran puramente hipotéticas. Sin embargo, la idea sustantiva de un orden social coherente, vertebrado por el bien común, del cual se derivaría el contenido razonable y cierto de los derechos, puede ser peligrosa para la vigencia de los derechos fundamentales y, metodológicamente, ofrece menos transparencia y mensurabilidad respecto de las determinaciones relativas a lo que cada derecho protege. En cuanto a la garantía final de los derechos, las corrientes anticonflictivistas, o que tildan como conflictivistas a quienes propugnan el pensamiento tradicional sobre el asunto, se presentan a sí mismas como más recias porque propenderían a asegurar posiciones iusfundamentales absolutas, resultantes de la especificación o delimitación del contenido razonable del derecho, que deviene inexpugnable²⁴⁷, pero ello merece algunas observacio-

²⁴⁷ WEBBER, *op. cit.*, págs. 116 y ss.

nes. La teoría de los límites externos o del pensamiento de la intervención y la restricción no niega necesariamente la existencia de contenidos absolutos en materia de derechos fundamentales. Como veremos, varios autores que parten de estas premisas preconizan la teoría absoluta sobre el núcleo esencial de estos derechos. Además, aquello que vaya más allá de lo que en una apreciación abstracta en el plano legislativo o en una situación concreta en la esfera aplicativa puede ser impuesto como limitación a un derecho, con arreglo a las condiciones exigidas para su restricción, es también un contenido infranqueable del derecho. Por otro lado, se estima que el respeto de la dignidad humana es una exigencia (y derecho) de carácter absoluto²⁴⁸. No hay aquí, pues, una diferencia sustancial, aunque el acortamiento valorativo en perspectiva comunitaria de las posiciones subjetivas que terminan siendo razonables y absolutas nos reconduce al riesgo antes apuntado.

La experiencia jurídica ilustra suficientemente sobre la existencia de conflictos entre derechos. No es exacto sostener que solo hay conflictos de intereses o pretensiones, pues esto es decir demasiado poco respecto de las situaciones en que se suscitan conflictos. Después que la colisión ha sido resuelta, es fácil aseverar que la parte desfavorecida por la decisión judicial solo tenía una pretensión o interés, pero el asunto es más complejo. Las partes en un juicio contencioso aducen una pretensión o interés, pero estos conceptos no agotan el sentido con el que se alude a colisiones entre derechos. No toda pretensión basada en la invocación de un derecho fundamental, enfrentada a otra de igual tipo, genera una colisión entre derechos. Estos derechos pueden haber sido alegados sin ningún asidero, incluso en lo concerniente a su ámbito protegido, y así seguramente lo establecerá la sentencia respectiva. Pero muchas pretensiones contrapuestas de ese tipo sí pueden comprender un conflicto auténtico (aplicativo o en concreto). Este se produce, por ejemplo, cuando en alguna medida uno de los derechos contrapuestos se ve obligado a soportar una intervención que en otras circunstancias se consideraría ilegítima. Esto implica que tal derecho ha sido afectado, es decir, ha sido objeto de una injerencia, que en la situación examinada encuentra justificación. En estos supuestos, para arribar a esta conclusión es preciso determinar hasta dónde cada derecho podía desplegarse lícitamente y ha de acudir a un procedimiento racional que permita hacerlo. Una vez que se siguen los pasos propios de las teorías apoyadas en el pensamiento de la intervención y la restricción, o de los límites también externos de los derechos, el conflicto queda resuelto, lo que no significa que jamás haya existido.

Una de las razones de la discrepancia entre las tesis que se están analizando es que no siempre queda claro qué significación se atribuye a la categoría del conflicto o colisión entre derechos²⁴⁹. Se dice que los conflictos abordados

²⁴⁸ MICHAEL/MORLOK, *op. cit.*, pág. 45; *BVerfGE* 109, 279.

²⁴⁹ MALDONADO, *op. cit.*, págs. 115 y ss.

por las doctrinas tradicionales son solo aparentes, pero no siempre se define lo que sería un conflicto genuino, si es que se estima posible²⁵⁰. La colisión de la que se parte en estas doctrinas no se refiere a que en abstracto dos normas iusfundamentales sean contradictorias, hasta el punto de que una excluya completamente a la otra, sino a conflictos suscitados en el ejercicio o despliegue de los derechos. Uno de los derechos en tensión posee muchos supuestos de disfrute en los que no choca con el goce de otro derecho, pero puede tener algunas proyecciones aplicativas en que ello sí ocurre. Esta colisión no deja de serlo por el hecho de que, en ese mismo plano, sea posible resolverla. No se trata de que alguien tenga y no tenga a la vez un derecho a algo, sino de que tener un derecho se descompone en dos momentos o vertientes: el titular de un derecho legítimamente restringido debe soportar las barreras impuestas al ejercicio de su derecho, pero antes este ha debido ser tenido suficientemente en cuenta a fin de verificar si han sido observados los requisitos de licitud de toda restricción o injerencia. Así, dadas ciertas circunstancias, se justifica la difusión de mensajes o informaciones que perjudican el honor de una persona o se refieren a su esfera de privacidad, por el interés público ligado a la divulgación, con lo cual el derecho al honor o a la vida privada recibe la protección inicial pero no la definitiva, que corresponde a la libertad de expresión²⁵¹; lo cual puede, atendiendo al contexto, suceder en sentido inverso. En el primer momento se tienen en cuenta dos (o más) derechos; en la fase final se aplica el que recibe la garantía definitiva.

Para evitar colisiones aparentes la doctrina dominante se esfuerza por precisar el ámbito protegido de cada derecho, de modo que no cualquier invocación del mismo genera la garantía inicial aludida, aunque se favorece una visión amplia sobre su alcance y se evitan las exclusiones apriorísticas basadas en valoraciones sobre lo que conviene al interés público o a la concordancia de un derecho con otro. La armonización que debe procurarse entre normas constitucionales en virtud de la unidad de la Constitución no implica que no sean posibles las colisiones entre derechos, aunque sí orienta sobre la forma de dirimir las. La conocida formulación de HESSE referida al principio de concordancia práctica, que en ocasiones ha sido vinculada a las posturas denominadas coherentistas, es ante todo una expresión de la manera como el Tribunal Constitucional Federal alemán ha abordado tradicionalmente las colisiones constitucionales, cuya jurisprudencia está dominada por el pensamiento de la intervención y la restricción, sobre el cual se apoya la respectiva teoría

²⁵⁰ Respecto de la distinción entre conflictos genuinos y aparentes o falsos *vid.* LORENZO ZUCCA, “Conflicts of fundamental rights as constitutional dilemmas”, en BREMS (Ed.), *op. cit.*, págs. 23 y ss.

²⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Haldimann and Others v. Switzerland*, sent. de 25 febrero 2015.

de los derechos fundamentales. Como lo afirma dicho autor, aquel principio debe guiar la resolución de “colisiones”²⁵²; no pretende negar su existencia.

Los enfoques que procuran preservar la coherencia del sistema jurídico y propugnan la subsunción en lugar de la ponderación como método general en el tratamiento de casos de derechos fundamentales han intentado sustituir las tesis a menudo llamadas conflictivistas con una visión apegada a un orden jurídico teleológica y sistemáticamente coherente. Para sustentarla, exponen una clasificación de los derechos que distingue entre los derechos denominados inclusivos o regla, que ampararían libertades naturales o prenormativas (libertad de expresión, derecho de asociación); los derechos de exclusión o excepción, que vendrían definidos normativamente y protegerían a la persona frente a cualquier intromisión, que siempre se consideraría violación del derecho (inviolabilidad del domicilio, derecho al honor o a la intimidad, derecho de participación en los asuntos públicos); derechos a un hacer positivo del Estado (derecho al debido proceso); derechos a una omisión del Estado (derecho a no ser detenido ilegalmente o a no ser torturado). Los derechos-regla estarían limitados por los derechos-excepción, en virtud de la propia configuración de su objeto, con lo cual no cabría hablar en estos casos de colisiones o antinomias. Por su parte, los derechos-excepción no admitirían limitaciones. En relación con las otras dos categorías de derechos se afirma que los conflictos normativos que estos pudieran enfrentar por lo general no se producirían con otros derechos sino con otros bienes constitucionales (seguridad pública, p. ej.), pero que también aquí podría entenderse que no hay colisión o antinomia porque las respectivas normas de derecho fundamental operarían como excepciones, de manera similar a lo antes mencionado. Es decir, serían derechos que limitan el contenido (legítimo) de tales bienes públicos, al tiempo que no pueden ser restringidos por ellos²⁵³.

Este ensayo de solución de una problemática tan compleja es muy discutible. La misma clasificación es objetable, desde el ángulo de la estructura de los derechos, ya que, por ejemplo, el derecho de asociación no es solo reflejo de una libertad natural sino que requiere el complemento normativo relativo a las formas de constituir y organizar jurídicamente la asociación de que se trate; y el derecho a la participación en los asuntos públicos no es simplemente un derecho de abstención o que rechaza intromisiones del Estado, por cuanto comprende la obligación del poder público de dictar normas y adoptar medidas administrativas para el disfrute del derecho (derecho al sufragio, p. ej.). No

²⁵² HESSE, *op. cit.*, pág. 28.

²⁵³ JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI, “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherente de las normas de derecho fundamental”, en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Coord.), *Conflictos ..., op. cit.*, págs. 69 y ss.; el autor se apoya en la clasificación de GARCÍA AMADO formulada en “Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven”, en GARCÍA AMADO (Coord.), *Razonar ..., op. cit.*, págs. 38 y ss.

obstante, lo más relevante es que dicha conceptualización no explica lo que realmente ocurre en la dinámica de los derechos. Así, en ciertas circunstancias puede haber intromisiones en el derecho a la intimidad, o a la vida privada, que estén justificadas por el interés público ligado al ejercicio de la libertad de expresión, lo cual suele determinarse mediante el principio de proporcionalidad y la ponderación. Que no queramos calificarlas como tales sino solo a partir del momento en que rebasen el umbral de lo que estimemos ilegítimo, supone volver al punto que se pretendía eludir pero con opacidad. Por otra parte, el ocultamiento de la restricción bajo la construcción de las nociones de derechos-regla y derechos-excepción en poco ayuda a clarificar el asunto. El establecimiento de una suerte de múltiples pares de relaciones entre derechos, o entre estos y bienes colectivos constitucionalizados, de modo que los que puedan estar en tensión encajen perfecta y consistentemente unos con otros, previo acoplamiento “interpretativo”, bajo el esquema bien de la regla que no resulta restringida sino completada por su excepción, bien de la excepción que no es limitable porque solo limita, más bien delimita, podría ser una representación de la fase final del análisis iusfundamental, que omite el proceso que permite llegar a ella. Desde el punto de vista de la diferenciación entre reglas y principios se diría que muchos de los derechos a una omisión del Estado y varios de los derechos-excepción, sustraídos de posibles limitaciones, son reglas, que hay que tomar en serio, ciertamente, como ya se apuntó.

En resumen, no pareciera que las posiciones genéricamente (auto) calificadas de anticonflictivistas o coherentistas solucionen las dificultades que aspiran superar. Es cierto que tienden a proliferar las colisiones entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes constitucionales, y que ello en parte es consistente con consecuencias atribuibles a la teoría de los derechos como principios, pero no luce preferible liquidar las colisiones mediante la apertura de espacios subjetivos y opacos para recortar apriorísticamente lo que cada derecho ampara. Las advertencias de autores que podrían inscribirse en aquellas corrientes son pertinentes y deben ser examinadas en aras de una garantía más efectiva de estos derechos, aunque la ruta que al respecto trazan no resulta del todo certera. La adecuada constatación de la esfera protegida por cada derecho; la recuperación del valor y rigor de las reglas que componen las normas sobre derecho fundamental; una mayor racionalidad y rigor argumentativo en la ponderación, la cual solo debe ser empleada cuando sea realmente necesario, y la reivindicación de la fuerza normativa de la resistencia de los derechos a la intervención, con las consecuentes cargas de la justificación que recaen sobre el Estado, son algunas de las respuestas que se defienden en este trabajo.

CAPÍTULO IV

RESTRICCIÓN DE DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD

Como ya se advirtió, el principio de proporcionalidad desempeña un papel capital en el examen de licitud de las intervenciones en derechos fundamentales. Su observancia representa una condición de validez de las normas limitativas de tales derechos. Por eso se afirma que la reserva de ley se ha configurado, en el ámbito de los derechos, como una “reserva de ley proporcionada”¹, lo cual es expresivo de la destacada función que desde los años sesenta ha cumplido progresivamente este principio en el control de constitucionalidad de leyes restrictivas de derechos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Se ha erigido en el más importante de los llamados *límites de los límites* de los derechos fundamentales², relegando a un papel secundario a la garantía del contenido esencial, aunque siendo exactos habría que observar que la proporcionalidad no es simplemente una barrera que no puede ser sobrepasada por el legislador que introduce o ha introducido restricciones en algún derecho fundamental, como lo sugeriría aquella clásica locución, sino más bien un requisito de licitud de la propia restricción.

La idea de que las restricciones legislativas de los derechos son posibles siempre que no rebasen la barrera de la proporcionalidad, como límite de los límites, hoy solo es aceptable si se tienen en cuenta los principios formales de reparto de funciones entre el legislador y la justicia constitucional, los cuales conducen a que en el control judicial de constitucionalidad generalmente no se exija de las leyes respectivas que sean perfectamente proporcionadas, bastando con que no sean francamente desproporcionadas. Pero ni siquiera esto implica la existencia de un *espacio para la restricción* de derechos ajeno al principio de proporcionalidad, sino el reconocimiento de márgenes de acción o apreciación al legislador, como se comprobará.

El principio de proporcionalidad constituye la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que toda limitación de un derecho constitucional debe satisfacer. Desde esta óptica, se reclama de tal limitación no solo que no sea excesiva, sino que pueda exhibir desde el comienzo una

¹ K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 764.

² PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 68 y ss.

fundamentación sustantiva capaz de vencer la resistencia que esos derechos oponen a cualquier intento de reducción de sus posibilidades de ejercicio o disfrute. Su significación jurídica va, pues, más allá de lo que los términos proporcionalidad o prohibición de exceso estrictamente entendidos podrían indicar, ya que este principio opera como un cancerbero del contenido general o global de cada derecho fundamental. La expansión y fortaleza del principio de proporcionalidad es el correlato de la propia eficacia de estos derechos, lo cual ha sido certeramente observado por la teoría de los principios, por cuanto el tratamiento de los derechos fundamentales como mandatos de optimización presupone la exigencia de proporcionalidad que toda intervención estatal en el derecho debe colmar.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha adoptado el principio de proporcionalidad, bajo la influencia de la doctrina alemana, y al hacerlo lo ha entendido como una concreción del requerimiento de razonabilidad³. Ciertamente, la justificación material que debe ostentar toda limitación de derechos para ser válida implica una exigencia general de razonabilidad, que encuentra en la proporcionalidad una especificación técnica o dogmática. En algunos sistemas se ha acudido tradicionalmente al concepto de razonabilidad en el control de constitucionalidad de medidas legislativas restrictivas de derechos, en lugar de a la proporcionalidad o a veces en concurrencia con esta, quedando en ocasiones los elementos de la proporcionalidad repartidos entre ambas categorías, sin perjuicio de los contenidos especiales que aquel pueda incluir⁴. En el caso colombiano se ha impuesto el principio de proporcionalidad como criterio material central para el ejercicio de ese control. En relación con el principio de igualdad y la evaluación de la licitud de distinciones legislativas, la Corte Constitucional ha construido un test integrado de igualdad, cuyos fundamentos siguen estando en la proporcionalidad pero se incorporan aportes de la doctrina y jurisprudencia estadounidense, con lo cual en este campo se aplica actualmente un test de razonabilidad de tres niveles de intensidad⁵. La idea de la razonabilidad se invoca también al ámbito general de la proporcionalidad, así como la graduación de la densidad de la revisión judicial de constitucionalidad⁶.

Seguidamente se abordarán los aspectos neurálgicos del principio de proporcionalidad, procurando poner de relieve la función que puede cumplir en el control de licitud de las restricciones legislativas a derechos fundamentales. Sin perjuicio de los relevantes aportes doctrinales se acudirá a casos jurisprudenciales que permitan ilustrar las posibilidades y a veces las limitaciones de cada uno de los requerimientos comprendidos por el principio de proporcionalidad.

³ Corte Const., sent. C-022 de 1996, entre otras.

⁴ BARAK, *op. cit.*, págs. 371 y ss.

⁵ Sent. C-220 de 2017, entre otras.

⁶ Sent. C-234 de 2019.

1. BASES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A) *La idea de la proporcionalidad o prohibición de exceso*

Según el principio de proporcionalidad, no debe haber ningún sacrificio o acortamiento de la libertad de carácter gratuito o innecesario. El reconocimiento jurídico del valor de la libertad, con sus diversas concreciones o vertientes, implica rechazar las intromisiones estatales en la esfera subjetiva amparada, a menos que exista una razón de peso que justifique la introducción de una limitación. Ello explica que el mencionado principio también se denomine prohibición de exceso, pues toda injerencia estatal en las libertades constitucionalmente garantizadas desprovista de justificación implica un exceso, extralimitación o abuso en el ejercicio del poder público.

Esto puede apreciarse mejor con una primera aproximación a cada una de las exigencias específicas que integran el principio de proporcionalidad. Si un acto normativo restrictivo de derechos no es idóneo para contribuir a la realización de la finalidad lícita que persiga, resulta superfluo desde la perspectiva de tal finalidad y abusivo desde el prisma del derecho afectado; si dicho acto es en tal sentido idóneo pero puede ser sustituido por una medida alternativa menos gravosa, es innecesario, y si, pese a satisfacer los anteriores requisitos, el objetivo que dicho acto es capaz de alcanzar posee una importancia menor a la del sacrificio sufrido por el derecho restringido, carece de justificación.

En su fundamentación última ese principio entronca con la propia idea de la justicia⁷, especialmente en su dimensión de justicia distributiva, porque el reparto de bienes y cargas en la comunidad debe ser equitativo y el acortamiento desproporcionado de derechos derivado de una medida estatal es una carga individual que va más allá de lo razonablemente exigible. En la actuación desproporcionada hay un *plus* de intervención que deviene injusto al sobrepasar lo requerido por la adecuada ordenación de la vida social. No es casual que la jurisprudencia constitucional, al referirse a la proporcionalidad en sentido estricto, enfatice que la severidad de la intervención en el derecho, comparada con la importancia de la protección de los bienes colectivos o individuales invocados en su respaldo, no debe rebasar la esfera de lo soportable⁸, más allá de la cual quedaría desdibujado el papel de la persona en el orden jurídico, al ser tratada como simple objeto para la consecución de intereses públicos o privados.

Sin embargo, la significación actual de la proporcionalidad en materia de derechos fundamentales no sería captada completamente si no son consideradas sus raíces liberales. La afirmación de la libertad como un estado natural que

⁷ K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 765.

⁸ *BVerfGE* 71, 183 (197); 81,70 (92): 83, 1 (19); 90, 145 (173).

solo podía ser alterado en la estricta medida en que fuera indispensable para asegurar, en el marco de la sociedad política instituida, esa misma libertad y la posición servicial atribuida al Estado en el desempeño de este cometido se oponían a cualquier reducción innecesaria de los derechos y respaldaron el desarrollo del principio en la jurisprudencia administrativa alemana del último tercio del siglo XIX⁹.

La exigencia de proporcionalidad está asociada, incluso semánticamente —tanto en alemán como en español, aunque con distintos énfasis—, a la idea de la *justa medida*, así como a la de *relación* adecuada entre al menos dos *dimensiones*¹⁰. Sin perjuicio de las precisiones que luego se formularán, cabe afirmar que estas dos dimensiones son, por un lado, el fin legítimo perseguido o que ha de ser perseguido por la autoridad y, por el otro, la medida adoptada por las autoridades para conseguirlo, que afecta la esfera subjetiva de una persona. De allí que la proporcionalidad sea caracterizada a menudo como una relación de *medios a fines*. Su traducción jurídica consiste justamente en que la intervención del poder público en las libertades o derechos subjetivos debe mantenerse dentro de los límites de lo indispensable, lo cual es expresión del proceso de juridificación del poder inherente al Estado de Derecho.

Esta idea subyacente al principio de proporcionalidad ha alcanzado en el Derecho alemán cotas muy altas de racionalización o tecnificación y, sobre todo, ha tenido una presencia descollante en la jurisprudencia primero administrativa y también en la procesal-penal y constitucional. Dicho principio cumple hoy un papel relevante en casi todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Administrativo Federal relacionadas con derechos fundamentales. Con ello no pretende decirse que sea una idea exclusiva de tal ordenamiento. En otros sistemas, bajo el mismo u otros mantos terminológicos o conceptuales, se encuentran igualmente criterios dirigidos a asegurar la contención de la administración o de los poderes públicos en general al momento de incidir en los derechos o intereses subjetivos. La atención que en este estudio se presta a aquel ordenamiento no implica negar estas paralelas aportaciones.

B) Premisas históricas

La idea de la proporcionalidad como criterio de licitud del ejercicio del poder público ha encontrado reflejo en distintas épocas de la historia. Sus orígenes se remontan a la filosofía griega antigua y al Derecho romano¹¹, pero

⁹ Vid. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Gotinga, Schwartz, 1981, págs. 2 y ss.

¹⁰ JAKOB, *op. cit.*, págs. 12 y ss.

¹¹ Cfr. WIEACKER, “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Recht-anwendung”, en M. LUTTER *et al.*, *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1979, págs. 867 y ss.

su perfilamiento técnico-jurídico cristaliza en la modernidad. Una revisión somera de los antecedentes históricos inmediatos del principio de proporcionalidad facilita la comprensión de su alcance y de las facetas que ha llegado a proyectar en su evolución.

Son múltiples las corrientes históricas o histórico-filosóficas que influyeron en la formación del principio de proporcionalidad, pero su reconocimiento en el siglo XIX está especialmente vinculado, en primer término, al ideario de la Ilustración, conforme al cual la libertad de los individuos no podía ser restringida más allá de lo exigido por la garantía de la libertad de todos. Así se encargaría de recordarlo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, al subrayar que “[...] el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (art. 4). En esta Declaración la idea de la proporcionalidad también estaba reflejada en la exigencia de limitación de las penas a las “estricta y evidentemente” necesarias (art. 8). Por otra parte, el principio de la legalidad y la base incipientemente democrática de la ley reclamaban la sujeción de la administración, destinataria del principio de proporcionalidad en esta primera etapa, a los objetivos trazados por el legislador, sin poder desconocerlos o sobrepasarlos.

Además, al explicar el surgimiento del principio de proporcionalidad en el Derecho alemán no debe prescindirse de las contribuciones de teorías racionalistas sobre los fines del Estado, que colocaron a los fines públicos en el centro de sus reflexiones sobre la legitimidad o límites del poder político. La fundamentación del poder estaba, según muchos partidarios de esta concepción, ligada a la naturaleza y relevancia de los fines que las autoridades debían procurar. Esta centralidad de los fines públicos explica que la proporcionalidad haya nacido anclada al pensamiento de que la justificación del poder estatal y de su ejercicio no podía prescindir de la consideración de sus fines. Si el fin colectivo propugnado brindaba soporte a la acción estatal, esta no podía exceder válidamente de lo requerido para obtener su realización. En este contexto se inscribe la temprana afirmación de BERG, quien en 1802, al emplear por primera vez el término proporcionalidad¹², advirtió que el poder público solo podía restringir la libertad en la medida en que lo demandara la finalidad lícita a la que debía servir, y que si se hacía uso de la coacción a pesar de no exigirlo la garantía de la seguridad o del bienestar públicos, el poder policial actuaba, respecto de sí mismo, sin finalidad y, respecto del particular afectado, de forma contraria al fin.

El ámbito en que primordialmente se cruzaban las potestades administrativas con los derechos o intereses subjetivos era entonces el del Derecho de Policía, que comprendía las actuaciones encaminadas a mantener la tranqui-

¹² Vid. K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 766.

lidad, la seguridad o el orden públicos. También aquí confluyeron los ideales liberales y las teorías sobre el papel legitimador de la finalidad de la acción estatal. El principal instrumento normativo que sustentaba y sustentaría por más de un siglo el poder de policía era el Código General de Prusia de 1794 (art. 10 II 17), conforme al cual la *misión o función* de la policía era tomar las providencias *necesarias* para la consecución de aquellos *finés*. La medida típica de la proporcionalidad se hacía presente, aunque todavía en conexión con un sobredimensionamiento de la significación de la finalidad de la acción administrativa, que no pocas veces condujo a deducir de tal finalidad la licitud de los medios admisibles para procurarla, aun en ausencia de previsión legal.

Conforme a estas coordenadas comenzó a desarrollarse, con oscilaciones, un control judicial de la actividad de policía con fundamento en la idea de la proporcionalidad. Fue así como un tribunal administrativo conoció del reclamo presentado por el propietario de un inmueble que había sido obligado por la administración a modificar la puerta del granero, porque abría hacia la calle y obstaculizaba el paso. La administración había ordenado que la puerta del granero fuera colocada de forma que abriera hacia adentro, lo cual fue considerado excesivo por el tribunal, porque esto implicaba despojar al demandante de la posibilidad de superar la situación irregular por medios menos gravosos señalados por él mismo, como la instalación de una puerta corrediza¹³. Este caso sencillo muestra cabalmente el espíritu que anima al principio de proporcionalidad: en cumplimiento de sus funciones, las autoridades enfocan su atención en la aptitud de las medidas que adoptan para lograr los objetivos propuestos y pueden perder de vista la magnitud de su incidencia en derechos o intereses individuales, que el principio de proporcionalidad les obliga a considerar. La andadura jurisprudencial de este principio estuvo precedida y acompañada de estudios dogmáticos, siendo digno de mención, entre los primeros autores que invocaron expresamente la proporcionalidad, OTTO MAYER, quien atribuía al principio una base iusnaturalista y sostenía que, en virtud de “la proporcionalidad de la defensa” frente a peligros o perturbaciones de bienes públicos, la policía no debía realizar un despliegue de la fuerza que excediera de la “medida natural”¹⁴.

Es importante subrayar que, como ha observado HIRSCHBERG, este afloramiento del principio estuvo inicialmente signado por una de las tres vertientes de la proporcionalidad, la de la necesidad¹⁵. La exigencia de idoneidad estaba a menudo implícita, pues al ponerse el acento en la contención o freno de las facultades policiales a una justa medida se daba frecuentemente por descontado

¹³ Cfr. WALTER JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tubinga, Mohr, 1913, pág. 9.

¹⁴ OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, págs. 267 y 351.

¹⁵ HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 2 y ss.

que las acciones emprendidas eran aptas para contribuir a la consecución del interés público, solo que debían serlo sin abusar de las posiciones subjetivas involucradas. En cambio, un examen orientado por la proporcionalidad en sentido estricto implicaba un nivel de razonamiento más complejo y un control más intenso, los cuales serían potenciados por la constitucionalización del principio¹⁶.

Ciertamente, una cosa es velar por la conformidad de un acto con la finalidad a la que debe servir, desde el ángulo de su magnitud o intensidad, y otra muy distinta es poner en entredicho la finalidad en sí misma, no en cuanto a su licitud abstracta sino a la falta de prevalencia del interés en su realización sobre el interés en evitar el sacrificio de libertad que la restricción o injerencia adoptada comporta. Este escalón se afianzaría luego en el propio Derecho de Policía, en el Derecho Administrativo en general y, más tarde y con mayor profundidad, en el Derecho Constitucional, como una evolución natural de la idea de la proporcionalidad. Esa perspectiva limitada inicial del control de proporcionalidad pudo obedecer a que su punto de gravedad o anclaje radicaba de manera un tanto aislada en la finalidad perseguida por la autoridad. Un control de proporcionalidad que se agotara en el examen de la (idoneidad y) necesidad de una actuación estatal respecto de la finalidad correspondiente comportaría riesgos para los propios derechos o intereses subjetivos, pues si aquella era apta para lograr el objetivo trazado y no existía una medida alternativa menos gravosa e igualmente efectiva ya estaría superada la prueba de la proporcionalidad, aunque tal objetivo fuera poco significativo en comparación con la pérdida de libertad resultante.

Con estos antecedentes se desarrolla el principio de proporcionalidad, el cual se revaloriza después de la segunda guerra mundial¹⁷, haciéndose aún más presente en la jurisprudencia administrativa y, en particular, en las decisiones del Tribunal Administrativo Federal. Su protagonismo no se agota en el ámbito clásico del Derecho de Policía, sino comprende la materia expropiatoria, urbanística, ambiental y de regulación industrial, entre otras.

Un avance cualitativo en el despliegue del principio de proporcionalidad se produce cuando, tras su despliegue en el Derecho Administrativo y en otras ramas del Derecho, irrumpe en el plano constitucional. No era extraño que así ocurriera, pues su reiterada aplicación jurisprudencial y su maduración en la conciencia de los juristas, sobre todo de los iuspublicistas, aunadas a su reconocimiento como principio jurídico o principio general del Derecho, allanaban el camino para su elevación (interpretativa) al rango constitucio-

¹⁶ Vid. K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 782.

¹⁷ Vid. HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 6 y ss.; MICHAEL KLOEPFER, "Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips", en SCHMIDT-ASSMANN y otros, *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymanns, 2003, págs. 332 y ss.

nal, sobre la que luego volveré. Importa ahora destacar que su incursión en la jurisprudencia constitucional consolidó la significación del principio de proporcionalidad, como categoría general comprensiva, a veces bajo la denominación de la prohibición de exceso, de los requerimientos de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Su constitucionalización implica asimismo que tal principio rige la actuación de todos los poderes públicos, cuando emiten o ejecutan normas o actos y realizan acciones que afectan posiciones jurídicas subjetivas.

Esta ruta hacia la constitucionalización fue impulsada de manera decisiva por el reconocimiento de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales y de su eficacia vinculante frente a todos los poderes públicos. Tras la reducida efectividad de estos derechos durante la República de Weimar y su abierto desconocimiento durante el Nacionalsocialismo, se alcanzó la convicción de dotar a esos derechos de la operatividad jurídica correspondiente a su valor y naturaleza. La consecuencia de ese reconocimiento fue la paulatina introducción de un criterio omnicompreensivo para el control de licitud de los actos o normas que incidieran negativamente en tales derechos, el cual iba más allá de la protección nuclear o básica que la noción del contenido esencial, constitucionalmente establecida desde 1949, podía prometer.

La esbozada expansión del principio de proporcionalidad no ha estado exenta de críticas o inquietudes, relativas al posible “ablandamiento”¹⁸ del ordenamiento jurídico o a la nivelación u homogeneización de los criterios jurídicos de control del poder público derivados de la indiscriminada aplicación de ese principio, lo cual ha llevado a algunos a recomendar mesura en su invocación o a acentuar diferenciaciones que adquieren especial intensidad en el campo de la administración prestacional y de las relaciones jurídicas multipolares¹⁹.

C) *El concepto de la proporcionalidad y las divergencias terminológicas*

De acuerdo con lo expuesto, la proporcionalidad es un principio que conduce a poner en relación elementos ligados a la intervención del poder público en derechos o intereses subjetivos. Estos elementos son, por un lado, la finalidad perseguida por la actuación pública y, por otro, los medios empleados para alcanzarla. El criterio básico para la confrontación o comparación es el de la justa medida o prohibición de exceso²⁰, que excluye toda afectación injustifi-

¹⁸ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 128; F. OSSENBÜHL, “Abwägung im Verfassungsrecht”, en *DVBf* 110, 1995, págs. 904 y ss.; PIERTOH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 68-69. Vid., también la opinión de BÖCKENFÖRDE, “Schutzbereich ...”, *op. cit.*, pág. 190.

¹⁹ Vid. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 209 y ss. En el Derecho español véase la opinión de MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 136 y ss.

²⁰ Vid. K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 762 y ss.

cada de posiciones jurídicas subjetivas. Este va secundado por criterios específicos que sustentan cada una de las tres vertientes del principio: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La primera exige fundamentalmente de la acción estatal un cierto grado de eficacia en orden a la consecución del fin; la segunda, la ausencia de una alternativa menos gravosa pero igualmente eficaz para su realización y, la tercera, una preponderancia del interés en amparar el bien correspondiente sobre el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva afectada.

Cada una de las vertientes de la proporcionalidad que hemos mencionado precedentemente, requiere de precisiones y ofrece problemas conceptuales que luego serán abordados. Desde una perspectiva global del principio es suficiente con señalar que las exigencias de idoneidad y de necesidad tienen rasgos comunes que las distinguen de la proporcionalidad en sentido estricto, sin perjuicio de la unidad del principio general. Aquellas tienen una significación principalmente empírica y están ancladas al fin de la actuación estatal como presupuesto de su aplicación, pues permiten examinar si cabe esperar un nivel razonable de obtención del fin o si existen medidas alternativas igualmente eficaces de menor severidad; mientras que la última pone el acento en lo valorativo al comportar una ponderación de bienes, aunque los factores empíricos también inciden en la ponderación, e incorpora a la finalidad perseguida como objeto y no como simple punto de referencia del control. Además, la proporcionalidad en sentido estricto suscita el problema de la determinación del *tertium comparationis*²¹, es decir, del criterio que permite comparar y sopesar la importancia de la consecución del propósito del acto restrictivo frente a la reducción de esferas de libertad que este supone. En el juicio de idoneidad y de necesidad el fin estatal es el punto de referencia para la evaluación de la proporcionalidad de la medida adoptada, sin que sea imprescindible un criterio externo adicional, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto no puede ser aplicada sin acudir a criterios complementarios.

Esta es una de las razones por las que no todos los autores han agrupado a las tres exigencias mencionadas dentro de un mismo principio. Para algunos, la llamada proporcionalidad en sentido estricto sería la proporcionalidad a secas, de la que se distinguirían el principio de idoneidad y el de necesidad. Otros tratan conjuntamente la proporcionalidad y la necesidad dentro del concepto común de la prohibición de exceso y, por separado, la idoneidad, pues las primeras se referirían a una relación cuantitativa entre los medios y el fin, en tanto que la segunda tendría un carácter cualitativo, al basarse en la aptitud de la medida tomada para alcanzarlo. También se ha acudido a la noción de prohibición de exceso para comprender las tres vertientes particulares mencionadas, aunque la jurisprudencia constitucional se ha decantado

²¹ JAKOBS, *op. cit.*, págs. 12, 23 y ss.

por la significación amplia del principio de proporcionalidad, que abarca las manifestaciones ya señaladas, lo cual ha repercutido en la doctrina jurídica²².

Con independencia de que se acoja o no la terminología dominante en la jurisprudencia constitucional, sigue siendo válido asumir la prohibición de exceso como idea directriz y general del principio de proporcionalidad. No deben desconocerse las diferencias entre los subprincipios que lo integran, pero todos responden al propósito de evitar el uso desmedido del poder. Si una medida restrictiva de derechos no es apta para lograr el fin al que va dirigida, su mantenimiento implicaría un sacrificio injustificado de intereses subjetivos, como también sucede cuando lo es pero existe la posibilidad de recurrir a una medida paralela, de igual eficacia y menos gravosa para el derecho. Y desde la perspectiva global propia de la proporcionalidad en sentido estricto, el exceso se produce porque la finalidad perseguida por la autoridad no es lo suficientemente importante como para justificar el acortamiento de libertad que entraña.

D) *Principio o regla de la proporcionalidad*

Una cuestión que a veces pasa inadvertida en los estudios sobre la proporcionalidad es si esta realmente constituye un principio como se desprendería de su propia denominación. La mayoría de la doctrina no duda en calificarla como principio, a veces sin ser consciente de la correspondiente adscripción dogmática. Así, STERN no vacila al estimar que la prohibición de exceso o mandato de proporcionalidad constituye un principio jurídico y cita otras opiniones coincidentes²³. En cambio, ALEXY sostiene que la proporcionalidad y, en particular, cada una de sus manifestaciones específicas deben ser tratadas como reglas, pues no son principios llamados a ser sopesados con otros y que solo se aplicarían cuando prevalezcan en la ponderación, sino reglas que siempre deben ser cumplidas²⁴.

Al referirse a esta discrepancia es indispensable considerar las distintas premisas en que las opiniones vertidas se sustentan. La tesis de STERN y otros autores, que se corresponde con el tratamiento que usualmente recibe la proporcionalidad en otros ordenamientos, como sucede en España y en varios países latinoamericanos, no parte de la distinción fuerte o rigurosa entre reglas y principios que ALEXY defiende, sino de un concepto genérico de los principios

²² Respecto de las divergencias terminológicas en la doctrina cfr. HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; JAKOBS, *op. cit.*, págs. 8 y ss.; E. GRABITZ, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *AöR* 98, 1973, págs. 568 y ss.; PETER LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia/Berlín/Munich/Bonn, Carl Heymanns, 1961, págs. 19 y ss.

²³ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 767 y ss.

²⁴ ALEXY, *Teoría ..., op. cit.*, pág. 112.

jurídicos según el cual estos son normas que no se circunscriben a lo que un precepto pueda establecer al regular una situación determinada sino que van más allá, pues operan como bisagras articuladoras del sistema jurídico o de sectores del mismo. Además, con frecuencia tienen un carácter implícito, sin perjuicio de que se pongan de manifiesto en diversas disposiciones legales. Su papel en la interpretación e integración del Derecho es fundamental y, en este sentido, suele destacarse que con fundamento en ellos puede restringirse, ampliarse o modificarse la significación de una disposición. Es innegable que el mandato de proporcionalidad reúne estas condiciones.

Pero si se asumen las premisas de ALEXY, la proporcionalidad y sus componentes normativos han de definirse como reglas, porque la proporcionalidad (o la ausencia de desproporción) no es, sobre todo desde la perspectiva del control judicial, una exigencia que deba realizarse tan ampliamente como sea posible y que admita una realización gradual en virtud de exigencias contrapuestas, sino un requisito que debe llenar toda norma o medida que afecte derechos subjetivos.

JAKOBS, invocando parcialmente las mismas premisas conceptuales, sostiene en cambio que la proporcionalidad tiene carácter de principio, pero al hacerlo deja traslucir los riesgos de la tesis que propugna, pues señala, por ejemplo, que una ley no respetuosa de la proporcionalidad podría superar el control de constitucionalidad si un principio contrapuesto de igual rango, como el de la seguridad jurídica, lo desplaza²⁵. Es decir, en ciertos supuestos la ley podría establecer soluciones rígidas fruto de ponderaciones generales que deliberadamente excluyan, por razones de certeza jurídica, modulaciones en la ponderación de situaciones concretas. Sin embargo, incluso si se admiten estos supuestos, pareciera que deben entenderse como excepciones a la regla de la proporcionalidad, no como evidencias de su condición de principio. En consecuencia, no bastaría que otro principio constitucional prevaleciera en determinadas circunstancias frente a la proporcionalidad para que esta fuera modulada, ya que sería necesaria una preponderancia de aquel sobre la prohibición de exceso, como principio material que soporta a la proporcionalidad, y sobre el principio formal que exige someterse a lo ordenado por toda regla.

E) *Naturaleza formal o material de la proporcionalidad*

También se discute si la proporcionalidad es un principio (o regla) de índole material o puramente formal, es decir, si aporta criterios sustantivos o de contenido para determinar la justificación de la intervención en derechos o intereses subjetivos o si solo resulta de utilidad para estructurar el razonamiento que ha de seguirse al efectuar este examen de licitud, al hilo del cual han de incorporarse los verdaderos criterios materiales de decisión.

²⁵ JAKOBS, *op. cit.*, pág. 141.

Las objeciones al carácter material del principio han sido vertidas sobre todo respecto de la proporcionalidad en sentido estricto, con el argumento de que esta reclama una ponderación del medio y del fin de la acción estatal, debiendo rechazarse el primero cuando los perjuicios que ocasiona son mayores a las ventajas de su aplicación, sin que aquella determine los criterios que han de ser empleados para sopesar tales perjuicios o ventajas. En otras palabras, los criterios para la ponderación no los suministra el principio de proporcionalidad, que como “cláusula general” o “fórmula vacía” debe ser rellenada con contenidos sustantivos externos²⁶.

No deja de ser cierto que la proporcionalidad en sentido estricto está llamada principalmente a estructurar el proceso racional que ha de desembocar en la apreciación de la justificación de una actuación limitativa de derechos, sin que aporte por sí sola los criterios de decisión. Cuando se pondera una afectación del derecho al honor con la libertad de expresión, por ejemplo, la proporcionalidad no dice cuál ha de prevalecer. Fija un marco metodológico conforme al cual la ponderación no ha de efectuarse de manera apriorística sino en atención a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la severidad de la incidencia en el derecho y la importancia del cumplimiento del fin perseguido. La medición de la severidad de la injerencia y de la importancia de la realización del fin obliga a acudir a criterios exteriores a la misma proporcionalidad: considerar graves las expresiones difamatorias que impliquen denigrar o subestimar al afectado, especialmente si están relacionadas con una deficiencia física o psíquica insuperable o si lo desacreditan en la práctica de su profesión u oficio; conferir relevancia a las informaciones de gran utilidad para la formación de la opinión pública en una democracia, particularmente si se refieren al control sobre el desempeño de funciones públicas.

Sin embargo, parece que se exige demasiado de la proporcionalidad cuando se pretende que resuelva por sí sola las dudas relativas a la justificación de la intervención en un derecho. No basta con verificar que en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto deben introducirse criterios materiales externos para sostener que aquel carece de esa condición. De ahí que se haya afirmado que la proporcionalidad no es un principio simplemente formal, porque exige que la ponderación esté dirigida por la idea de la relación proporcionada entre los bienes en conflicto y se convierte de esta manera en un criterio de decisión²⁷. Por otra parte, los requerimientos de idoneidad y de necesidad sí son suficientes para la evaluación, limitada, de la justificación de una medida restrictiva de derechos, pues esta es ilícita si no contribuye a la realización del fin perseguido o puede ser remplazada por otra menos gravosa e igualmente efectiva.

²⁶ Vid. HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 75 y ss.

²⁷ K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 785.

La idea de la prohibición de exceso que ilumina a la proporcionalidad como un todo no es un criterio puramente formal. Es un principio material de medida o proporción en la actividad estatal que incide en derechos o intereses subjetivos. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad permiten concretar la aplicación de esa idea material en el examen de licitud de los actos correspondientes, al igual que la proporcionalidad en sentido estricto, la cual posee una doble condición. Es en sí misma un criterio material, al tiempo que establece una plataforma metodológica o estructural para la incorporación de otros criterios materiales, que provienen del contenido de los derechos fundamentales, de la significación especial que en determinados contextos el ejercicio o disfrute de estos posee, del principio democrático como conexión sistemática o valorativa que influye en la ponderación, entre otros.

F) *Rango del principio de proporcionalidad*

En el ordenamiento alemán se reconoce al menos desde mediados de la década de los sesenta la naturaleza constitucional del principio de proporcionalidad²⁸. Este reconocimiento fue producto de aportes doctrinales y jurisprudenciales que no partían de premisas puramente teóricas, sino de una práctica consolidada en el Derecho de Policía y en general en el Derecho Administrativo, en virtud de la cual el control del poder público con base en la idea de la prohibición de exceso, de la justa medida y, en suma, de la proporcionalidad, formaba parte de la praxis judicial y de la conciencia de los juristas. Por eso cabe aseverar que la constitucionalización del principio fue un proceso natural dentro de ese ordenamiento, ello sin perjuicio del quiebre que representó el Nacionalsocialismo y del impulso posterior derivado de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, como marco jurídico propicio para la deducción jurisprudencial del rango constitucional del principio.

En un comienzo algunos intentaron insertar la proporcionalidad en el precepto que garantiza el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2 LF), pero pronto prevaleció la postura, de la que fue precursor el Tribunal Constitucional de Baviera, de adscribirlo al principio del Estado de Derecho²⁹. Así lo declaró el Tribunal Constitucional Federal, al sostener que el mandato de proporcionalidad es consustancial al principio del Estado de Derecho (arts. 20, 28.1 LF), aunque también ha afirmado que la exigencia de proporcionalidad se colige de la esencia de los derechos fundamentales, con lo cual no se pretende incluir tal exigencia en la categoría del contenido

²⁸ Ídem, págs. 770-771; LERCHE, *op. cit.*, págs. 61 y ss.

²⁹ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 769 y ss.; GRABITZ, *op. cit.*, págs. 584 y ss.; ANDREAS VON ARNAULD, “Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, en *JZ* 2000, págs. 6 y ss.

esencial (art. 19.2 LF) sino subrayar que aquella emana de la fuerza normativa de estos mismos derechos³⁰.

Ambas vías de conexión constitucional son plausibles y pueden resultar aplicables a otros Estados constitucionales que carezcan de un reconocimiento expreso de ese u otros principios equivalentes de control, pues la aceptación de la licitud de una acción desproporcionada del poder público y, por tanto, la afectación gratuita de derechos, rompería los moldes del Estado de Derecho como conjunto de técnicas de limitación del poder. Asimismo, los derechos fundamentales por definición son resistentes a toda intervención estatal que no responda a razones de suficiente peso, las cuales deben ser confrontadas con el derecho de que se trate con arreglo a un criterio racional como el ofrecido por el principio de proporcionalidad.

En este sentido apunta la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha reconocido el rango constitucional de ese principio con fundamento esencialmente en el “principio del Estado Social de Derecho y del respeto por la dignidad humana”³¹, y con apoyo en varias disposiciones de la Constitución³².

2. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Entre las singularidades del principio de proporcionalidad se destaca la pluralidad de funciones que puede cumplir en un ordenamiento jurídico. Vistas estas desde un ángulo constitucional y con énfasis en la temática de la restricción de derechos fundamentales, es posible distinguir, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cuatro funciones principales: ser una condición material para la licitud de las restricciones de derechos fundamentales y un criterio estructural en la ponderación; orientar la interpretación de disposiciones legales e incluso constitucionales; determinar la introducción de garantías formales que han de rodear la restricción o intervención en tales derechos, e influir en la modulación de la exigencia de precisión normativa respecto de leyes restrictivas de derechos. La diversidad de estas funciones permite hablar de una transversalidad del principio de proporcionalidad, en virtud de la cual este impregna variados ámbitos del régimen constitucional de los derechos fundamentales.

³⁰ *BVerfGE* 17, 306 (págs. 313 y ss.); 38, 348 (368), entre otras muchas decisiones.

³¹ Sent. C-205 de 2003.

³² *Ibidem*: “el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los arts. 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)”.

Tales funciones serán ilustradas con apoyo, principalmente, en la importante sentencia del citado Tribunal concerniente a la reforma constitucional que reguló nuevos supuestos para la práctica de medidas que afecten la inviolabilidad del domicilio (art. 13, párrs. 3 al 6, LF)³³. El fallo examinó la constitucionalidad de la ley de reforma de la Ley Fundamental que incorporó el artículo 13.3, el cual permite, previa decisión judicial, la práctica de medidas de vigilancia acústica de viviendas en las que presumiblemente se encuentre el supuesto autor de delitos especialmente graves que la ley debe precisar. Igualmente, revisó la constitucionalidad de las modificaciones introducidas, con motivo de esta reforma constitucional, en la legislación sobre la lucha contra la criminalidad organizada. Los dos criterios fundamentales de control en que la sentencia se apoya son el mandato de protección de la dignidad humana y la idea de un núcleo absoluto del ámbito de configuración de la vida privada que de dicha dignidad se desprende, por un lado, y el principio de proporcionalidad, en lo que atañe a las injerencias que no lleguen a tocar tal núcleo, por otro lado.

Las numerosas cautelas en la aplicación de la medida señalada que la sentencia estima derivadas de la propia Constitución se explican por la profundidad de la intervención en derechos fundamentales que aquella comporta, por cuanto la vigilancia acústica implica que, sin conocimiento del imputado ni de quienes convivan o mantengan trato con él, son captadas y eventualmente grabadas a distancia las conversaciones que mantiene en un domicilio. La ley de reforma constitucional fue declarada conforme con la Ley Fundamental, mientras que la modificación legal fue considerada parcialmente inconstitucional y algunas de sus disposiciones fueron interpretadas en conformidad con la Constitución.

A) *Servir de condición material para una restricción o intervención y de criterio estructural en la ponderación*

Ya se mencionaron las dimensiones material y formal-estructural del principio de proporcionalidad y antes también se hizo referencia a su carácter de condición material para la restricción o afectación de derechos fundamentales. Como se afirmó, la proporcionalidad es un correlato de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, pues estos rechazan cualquier intervención estatal que no esté provista de justificación. Dicho principio ayuda por tanto a establecer cuándo y hasta dónde puede incursionar el Estado en la esfera amparada por un derecho. De allí que se haya sostenido que la proporcionalidad cumple un papel en la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador³⁴.

Conviene reiterar que la proporcionalidad rige tanto en el plano de las restricciones directamente fijadas por la ley como en el de las limitaciones o

³³ BVerfGE 109, 279.

³⁴ Vid. BERNAL, *op. cit.*, págs. 81 y ss.

intervenciones que, con fundamento en la ley, puedan adoptar autoridades administrativas o judiciales. La regulación de los supuestos en los que es lícita una intervención en la esfera amparada por un derecho debe ser respetuosa de la proporcionalidad, pues de lo contrario incurriría en inconstitucionalidad.

Esto no significa que la ley deba hacer expresa mención a la proporcionalidad como principio que las autoridades han de observar al acordar medidas de intervención, pues su fuerza normativa emana del propio ordenamiento constitucional, pero sí resulta excluida toda regulación que impida la aplicación del principio o que predetermine soluciones que merezcan el reproche de la desproporción. Así, una ley que establezca rígidamente la medida limitativa de derechos que debe ser adoptada al darse un supuesto de hecho, sin dejar un espacio para la valoración de la autoridad, puede ser desproporcionada si de antemano son previsibles varias situaciones en las que tal medida será excesiva, o si ello queda evidenciado con ocasión de su ejecución. Además, cuando la proporcionalidad de la injerencia dependa de la toma de cautelas que eviten la extralimitación, las mismas deben estar legalmente previstas.

La sentencia antes citada alude a la faceta de la proporcionalidad objeto de análisis, particularmente al insistir, en distintos pasajes, en la necesidad de que este principio esté garantizado no solo en la formulación sino también en la aplicación de la modificación legal impugnada. En tal sentido, se sostiene que el legislador debía establecer, como en parte lo hizo, garantías jurídicas para que la medida de vigilancia acústica de vivienda fuera un último recurso dentro de la investigación penal, lo cual venía exigido por el propio artículo 13.3 de la Ley Fundamental, que en este aspecto fue considerado una concreción del principio de proporcionalidad. Otra concreción de este principio es, según el fallo judicial, la exigencia de que, junto a la gravedad abstracta del delito imputado, existan en el caso particular elementos determinados que sustenten la sospecha de comisión del delito. Igualmente, en relación con la adopción de la medida en la vivienda de un tercero, o sea, una distinta a la del imputado, en la cual se presume la presencia de este, el Tribunal añade, basándose aquí directamente en la proporcionalidad pues el artículo 13.3 guarda silencio al respecto, que no basta una presunción fundada en datos concretos de que en un domicilio se encuentra el sospechoso para llevarla a cabo, pues deben concurrir elementos fácticos que permitan pensar que en ese lugar se producirán conversaciones relevantes para la investigación³⁵.

Además, en atención a la proporcionalidad la decisión judicial que autorice la medida debe precisar a qué cuartos o espacios de la vivienda puede extenderse la vigilancia acústica, cuando de esta forma no se imposibilite el cumplimiento de su finalidad, así como determinar la duración máxima de la misma³⁶.

³⁵ *BVerfGE* 109, 279 (págs. 315 y ss.).

³⁶ *Ibidem*.

B) *Informar la interpretación de preceptos legales o constitucionales*

Otra relevante función de la proporcionalidad es la de informar la interpretación de disposiciones legales o incluso constitucionales. El rango constitucional del mandato de proporcionalidad y, especialmente, su conexión con el principio del Estado de Derecho obliga a tenerlo presente en la interpretación de las normas jurídicas.

Su repercusión en la precisión del alcance de preceptos constitucionales se hace visible en los supuestos de reformas constitucionales que incorporen disposiciones que deban armonizarse con las exigencias de la proporcionalidad. Así lo demuestra la sentencia antes comentada, en la que expresamente se señala que la disposición cuestionada (art. 13.3 LF), limitativa del derecho a la inviolabilidad del domicilio, debe ser sometida a una interpretación sistemática que tenga en cuenta otros derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad³⁷. De ahí que se haya efectuado una interpretación en diversos aspectos restrictiva de la norma. Una de las ideas orientadoras de esta reducción sistemática del precepto, dirigida a amparar la dignidad humana, es también una manifestación implícita de la proporcionalidad: las condiciones que han de exigirse para la licitud de la vigilancia acústica de una vivienda son tanto más estrictas cuanto más alta sea la probabilidad de que se hayan captado conversaciones de contenido muy personal.

La aplicación del principio de proporcionalidad se hace más explícita en la sentencia al evaluar la constitucionalidad de la correspondiente modificación legal. Así, se insiste en que la intensidad de la intervención en el derecho incide en la valoración de su proporcionalidad en sentido estricto y, con apoyo en tal principio, se acude a una interpretación restrictiva de los supuestos en los cuales la ley permite que terceros (no sospechosos) sean afectados por la vigilancia acústica. Entre las circunstancias que habrían de sopesarse para medir la severidad de la injerencia se mencionan las siguientes: el número de las personas que resultarían afectadas; si la medida se cumple en una vivienda privada o en un establecimiento profesional o comercial; si las personas permanecen o no en el anonimato durante las grabaciones; los riesgos que de su realización puedan derivarse para ellas; el contenido de las conversaciones, entre otras. Se afirma, además, que debe disponerse de elementos concretos de acuerdo con los cuales sea posible presumir que el imputado se halla en la vivienda (del tercero), lo que a veces ha de confirmarse mediante verificaciones adicionales. También se exige, como antes apunté, la concurrencia de elementos fácticos específicos que evidencien la relevancia de la vigilancia acústica para la investigación³⁸.

³⁷ BVerfGE 109, 279 (págs. 316 y ss.).

³⁸ BVerfGE 109, 279 (págs. 352 y ss.).

El principio de proporcionalidad está llamado a ser un criterio de especial utilidad para la interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución. Las atribuciones que estas otorguen a las autoridades han de ser leídas desde el prisma de este principio, que puede ayudar a rectificar, dentro de los límites de la propia interpretación conforme, el sentido literal de los respectivos preceptos. Las facultades discrecionales reconocidas a la administración han de entenderse, por lo demás, sujetas al principio.

C) *Determinar la introducción de garantías formales que han de rodear la restricción o la intervención*

Una función de la proporcionalidad que no ha sido suficientemente destacada consiste en hacer indispensable, en ciertos casos, la previsión de cautelas formales destinadas a evitar que la injerencia legalmente permitida termine siendo desproporcionada. Esta vertiente funcional de la proporcionalidad pone de relieve la idoneidad del principio para encauzar y sopesar el conjunto de los factores que contribuyen a determinar la severidad de la intervención en un derecho. No basta examinar aisladamente la medida autorizada por la ley (detención, allanamiento de domicilio, grabación de conversaciones privadas); es preciso tener igualmente presentes las circunstancias en que suelen practicarse y los riesgos que probablemente comporten para el derecho afectado. En virtud de esta valoración global puede ser necesario establecer garantías formales sin las cuales la injerencia puede resultar desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional.

La sentencia analizada incorpora criterios que apuntan en esta dirección. Así, declara que en atención al principio de proporcionalidad y a la protección del núcleo intangible del ámbito de configuración de la vida privada es importante que los jueces, al autorizar medidas de vigilancia acústica, consideren, según las circunstancias, la posibilidad de imponer a los funcionarios responsables de la ejecución la obligación de informar periódicamente sobre el desarrollo de la medida, para así introducir correctivos o incluso interrumpirla si deja de estar justificada antes del vencimiento del plazo para el que fue autorizada. La proporcionalidad guía también la postura del Tribunal sobre el deber de los funcionarios responsables de notificar al afectado de la medida que, a sus espaldas, fue realizada, a los fines de que esté en condiciones de reclamar luego la tutela judicial, lo cual es una exigencia derivada, según el fallo, tanto del derecho a la protección judicial (art. 19.4 LF) como del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 LF). En tal sentido, la genérica alusión legal a la puesta en riesgo de la seguridad pública o de la actuación futura de un agente encubierto no fue considerada suficiente para justificar el aplazamiento de la señalada comunicación; en cambio, la preservación de los fines de la investigación y de la integridad y la vida de una persona sí fue confirmada como una razón válida³⁹.

³⁹ BVerfGE 109, 279 (págs. 358 y ss.).

Una sentencia posterior del Tribunal Constitucional Federal abona aún más esta orientación, que ya había aflorado en una de sus primeras decisiones sobre las injerencias en el ámbito de configuración de la vida privada⁴⁰. Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley sobre Seguridad y Orden Público de uno de los Estados federados, declaró que las intervenciones en el derecho de secreto de las comunicaciones privadas mediante interceptación de conversaciones telefónicas ostentan una singular intensidad por ser practicadas sin el conocimiento de quienes participan en las comunicaciones, lo cual adquiere mayor severidad cuando la omisión de la ulterior notificación impide al afectado activar en un plazo razonable la protección judicial y evitar así las consecuencias que del almacenamiento o uso prolongado de los datos recabados pueden derivarse. Desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la sentencia señaló que la intervención en el derecho se agrava por la amplitud con que la ley permite aplazar la participación de la información al afectado, ya que basta que esta atente contra la persecución de cualquier hecho punible o contravención para que proceda el diferimiento. También se admite en la ley cuestionada, como justificación para omitir la notificación, la puesta en peligro de la integridad, la libertad, la vida u otros intereses relevantes de una persona, o de la futura actuación de algún confidente o agente encubierto, lo cual se consideró excesivo⁴¹.

D) Influir en la modulación de la exigencia de precisión normativa

Tal como se sostuvo en el capítulo anterior, el principio de proporcionalidad ha repercutido en la aplicación de una exigencia formal como lo es la de determinación o precisión de las normas restrictivas de derechos fundamentales. No en el sentido de que la invocación de tal principio sirva para excusar o subsanar la falta de claridad de la respectiva regulación, sino más bien como criterio que puede conducir a hacer más riguroso en ciertos casos el examen del cumplimiento de esa exigencia.

Cuanto más severa sea la injerencia en un derecho tanto mayor es la precisión que se exige en la correspondiente regulación, entre otras razones porque ello permite llevar a cabo adecuadamente la ponderación entre la finalidad perseguida por la medida limitativa y la seriedad de la intervención en un derecho. La falta de claridad de una regulación puede dificultar la exacta demarcación del bien cuya realización o protección motiva la normativa dictada, así como la captación de los supuestos y del alcance de la intervención autorizada. Las dificultades para determinar la intensidad de la intervención se hacen mayores si se tiene en cuenta que la imprecisión normativa suele dar lugar a que actuaciones muy disímiles en su propósito o magnitud pretendan hallar fun-

⁴⁰ BVerfGE 34, 238 (245).

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 668/04.

damento en el precepto legal, algunas de las cuales pueden ser ajenas a la finalidad de la norma o incurrir en desproporción en el caso particular. Por eso la jurisprudencia constitucional ha acuñado y seguido la máxima arriba citada.

En la sentencia antes comentada, relativa a la Ley de Seguridad y Orden Público, la declaración de la violación del principio de proporcionalidad en sentido estricto se basó, entre otros fundamentos, en la indeterminación del marco legal, que aumentaba el riesgo de medidas desproporcionadas y obstaculizaba el despliegue de la función limitadora del mandato de ponderación⁴².

E) *Evitar extralimitaciones en la aplicación de las restricciones legales*

La proporcionalidad se proyecta sobre la aplicación de las disposiciones legales que en abstracto no merezcan reproche alguno desde la perspectiva de ese principio. Con frecuencia los abusos del poder público contra los derechos fundamentales no se desprenden de las disposiciones legales que fijan restricciones a estos derechos, sino de los actos dictados en aplicación de las mismas. Para la admisión de la proporcionalidad de una ley restrictiva de derechos basta, al menos en el control abstracto de normas, con que de modo general y en relación con los supuestos ordinarios de su ejecución aquella no merezca el calificativo de excesiva, lo cual no excluye que con motivo de su aplicación se cometan atropellos.

El principio de proporcionalidad, como ya se indicó, no se conforma con imponer criterios de control en la fase de formulación legislativa y en el respectivo examen de su constitucionalidad, sino que ilumina la actuación administrativa y judicial desarrollada dentro del marco legal válidamente adoptado. Conviene recordar que, en el Derecho alemán, dicho principio evolucionó de abajo hacia arriba, es decir, impregnó primero el plano de la aplicación legislativa para luego trascender al control de constitucionalidad de las leyes.

La jurisprudencia constitucional pone de relieve esta función omnicomprendensiva de la proporcionalidad, la cual puede ilustrarse con tres decisiones emitidas en recursos de amparo. En la primera fue rechazada, por desproporcionada, la orden judicial de efectuar una intervención corporal sobre el demandado en un proceso, la cual iba dirigida a verificar su estado psíquico y su imputabilidad. La intervención ordenada era de tal severidad, por implicar una punción lumbar u occipital, y la significación de la sanción que eventualmente podía llegar a imponerse tan pequeña, que se estimó vulnerado el principio de proporcionalidad y el derecho a la integridad corporal⁴³. También se ha declarado que, cuando la presencia del imputado en la audiencia

⁴² *Ibídem*.

⁴³ *BVerfGE* 16,194 (págs. 198 y ss.).

de juicio comporte un serio riesgo para su vida o su salud, puede ser imperativo, tras una ponderación de las circunstancias concretas orientada por el principio de proporcionalidad, suspender su realización o incluso sobreseer la causa⁴⁴. Igualmente, sin llegar a situaciones tan extremas, se ha establecido que el traslado de una persona a dependencias policiales a los únicos fines de su identificación solo es admisible cuando sea imprescindible y siempre que el hecho ilícito investigado ostente una cierta importancia⁴⁵. En general, las medidas de intervención en derechos fundamentales adoptadas en el proceso penal quedan sujetas a la proporcionalidad en sentido estricto, de tal modo que para acordarlas han de sopesarse la gravedad del hecho investigado junto al grado de la sospecha que recaiga sobre el imputado y la intensidad de la intervención. En el ámbito contencioso-administrativo es posible además constatar un enorme despliegue de la proporcionalidad en el control de actos de aplicación de leyes restrictivas de derechos.

F) *Influir en la modulación de la prohibición de utilización o valoración de pruebas*

Un buen ejemplo de la relevancia del principio de proporcionalidad en la fase de aplicación legislativa, ligado a la actividad jurisdiccional, es el criterio jurisprudencial relativo a las condiciones para el aprovechamiento en el proceso penal de elementos probatorios obtenidos mediante una intervención en la esfera de vida privada del imputado. Dejando a salvo el núcleo intangible de configuración de la vida privada, derivado de la dignidad humana y del contenido esencial del derecho general de la personalidad, se admite que informaciones comprendidas por el ámbito de la vida privada pueden ser empleadas en el proceso penal, siempre que esta injerencia en el derecho guarde la debida proporcionalidad respecto de la finalidad de esclarecimiento del delito perpetrado, lo cual supone sopesar su gravedad, como también la utilidad para el proceso de las informaciones obtenidas y la intensidad de la intervención en el derecho. Estos criterios han sido aplicados, por ejemplo, a la valoración judicial de informaciones contenida en un diario personal⁴⁶.

3. LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA ACCIÓN ESTATAL Y LA PROPORCIONALIDAD

La finalidad de la acción estatal cuya proporcionalidad esté sometida a examen es un punto de referencia necesario para cada una de las tres vertientes

⁴⁴ BVerfGE 51, 324 (págs. 345 y ss.).

⁴⁵ BVerfG, NVwZ 1992, pág. 767; *vid.* también CASAL, *Derecho a la libertad personal ...*, *op. cit.*, págs. 191 y ss.

⁴⁶ BVerfGE 80, 367 (págs. 373 y ss.).

del principio de proporcionalidad⁴⁷. De ahí que a veces su determinación y el examen de su licitud sean tratados como un componente de ese mismo principio, integrado, según algunos autores, a la exigencia de idoneidad⁴⁸. No obstante, es más exacto concebir la determinación de la finalidad de la acción legislativa y la revisión de su licitud como un paso previo, que constituye al mismo tiempo un presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁹. En este sentido, la jurisprudencia constitucional española ha calificado a la finalidad legislativa como el “*prius lógico*” de la proporcionalidad⁵⁰. Antes de entrar en el examen específico de la idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto de una medida restrictiva es preciso confirmar la licitud constitucional del fin legislativo, lo cual implica haberlo delimitado con certeza. En esta dirección apunta la jurisprudencia constitucional, en la cual el análisis de la licitud de la finalidad de la ley restrictiva es por lo general previo al control basado en los tres componentes específicos del principio de proporcionalidad⁵¹.

En algunas ocasiones la revisión de la licitud de la finalidad perseguida por la ley ha estado salpicada por el razonamiento de la proporcionalidad, al comprender expresa o tácitamente una ponderación entre dicha finalidad y la significación o el grado de afectación del derecho involucrado, lo cual tiende a solaparse con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁵². Conviene tener presente los riesgos de la anticipación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el examen inicial de la licitud de la finalidad de la intervención estatal tenderá a ser somero y carecerá de la racionalidad propia del principio de proporcionalidad en sus tres dimensiones. Piénsese, por otro lado, que un juicio anticipado y parcial de la proporcionalidad, confundido con el referido a la licitud de la finalidad, podría conducir a desechar de plano la constitucionalidad de una restricción legal que, tras un examen detenido de su alcance, el cual se extienda, por ejemplo, a la evaluación de la magnitud y posibilidades reales de la afectación del derecho restringido, resulte justificada.

Las normas contentivas de restricciones a derechos fundamentales deben estar orientadas a una finalidad compatible con la Constitución. La Constitución no predetermina los objetivos específicos que las autoridades han de procurar con sus actuaciones, pues en virtud de su carácter de ordenamiento marco o de norma abierta al proceso político solo prevé algunos fines generales de la

⁴⁷ SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, pág. 148.

⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, BERNAL, *op. cit.*, págs. 694 y ss.

⁴⁹ *Vid.* L. CLÉRICO, *op. cit.*, págs. 39 y ss.; SACHS, *Verfassungsrecht II*, *op. cit.*, pág. 148; F. HUFEN, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Múnich, C. H. Beck, 2007, págs. 119 y ss.; GAVARA, *op. cit.*, págs. 300-301.

⁵⁰ *Vid.*, entre otras decisiones del Tribunal Constitucional español, las SSTC 55/1996 y 49/1999.

⁵¹ *Vid.*, entre otras decisiones, *BVerfGE* 109, 279 (págs. 335 y ss.); 115, 118 (págs. 162 y ss.).

⁵² *BVerfGE* 115, 118 (págs. 162 y ss.).

actividad estatal. En consecuencia, la compatibilidad con la Constitución no significa que el fin de toda ley restrictiva o el bien cuya satisfacción se persigue deban estar enunciados constitucionalmente, sino que aquel no entre en contradicción con las correspondientes disposiciones o principios. La libertad de configuración normativa del legislador comprende la elección de los objetivos de su obrar, los cuales habrá de definir a la luz de las circunstancias reinantes y de los reclamos de la sociedad, dentro de los linderos constitucionales. Esta facultad para la fijación de los objetivos de la actividad legislativa no se disuelve en la esfera de los derechos fundamentales ni al imponerles restricciones, aunque el rango de estos derechos exige que tales restricciones tengan respaldo en la Constitución.

El asidero constitucional de las limitaciones a derechos fundamentales que no estén destinadas a asegurar otro bien constitucional se halla en las reservas de ley (restrictiva) previstas en la propia Constitución en materia de derechos fundamentales⁵³, de carácter general o específico, que dejan a criterio del legislador, sin perjuicio de lo que establezcan las reservas calificadas, la precisión de los objetivos de la regulación dictada, los cuales han de estar en consonancia con el ordenamiento constitucional; ello obliga a determinar si son lo suficientemente importantes como para justificar la limitación de un derecho fundamental. En lo que concierne a las reservas calificadas, estas a menudo circunscriben los fines lícitos de las eventuales limitaciones legales al derecho respectivo, lo que ha de ser observado por el legislador.

Se ha sostenido que principios no previstos en la Constitución y que no sea posible adscribir a una disposición constitucional pueden justificar la restricción de derechos fundamentales, siempre que haya sido adoptada con apoyo en las correspondientes reservas de ley. Al respecto invocan varias decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Pero añaden que, como tales principios no constitucionalizados han de ser lo suficientemente importantes como para desplazar un derecho fundamental, puede distinguirse entre principios constitucionales de primer grado (constitucionalizados) y de segundo grado (basados en una reserva de restricción y en su importancia material)⁵⁴. Esta posición comparte la idea de que la razón para una restricción de derechos fundamentales no ha de estar necesariamente prevista ni es siempre adscribible a un precepto constitucional, pero introduce el concepto de principio constitucional de segundo grado, el cual puede inducir a confusión, pues en definitiva se trata de un principio que no pertenece ni materialmente ni por su rango a la Constitución. Más allá de lo terminológico, conviene subrayar que, para oponer a un derecho fundamental un bien jurídico de menor rango normativo,

⁵³ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 267 y ss.; SACHS, *Grundgesetz ...*, op. cit., págs. 65 y ss.

⁵⁴ ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 267 y ss.

es preciso acudir a una argumentación especialmente dirigida a evidenciar la importancia del interés aducido para justificar una restricción al derecho.

En algunas materias la jurisprudencia constitucional ha fijado, teniendo en consideración el derecho afectado y la profundidad de la injerencia en el mismo, estándares generales referidos a los fines que pueden justificar una restricción legislativa. Este es otro supuesto de anticipación parcial del juicio de ponderación. Así, en relación con las limitaciones (objetivas) a la libertad de profesión que incidan en el acceso a la correspondiente actividad y no solo en su ejercicio, se suele exigir que las respectivas restricciones respondan a “intereses superiores de la comunidad”, no solamente al propósito de garantizar un bien importante de la comunidad⁵⁵; y en materia de libertad personal o corporal se ha requerido que las medidas privativas de libertad se basen en “razones especialmente importantes”⁵⁶. En estos casos no solo se examina la licitud abstracta del fin legal, sino que este es medido a la luz de la intensidad de la injerencia en la libertad individual, lo que presupone una ponderación.

En el examen de la compatibilidad con la Constitución de la finalidad de la ley restrictiva ha de tenerse en cuenta el principio de igualdad. Sería inconstitucional una ley restrictiva de derechos cuya finalidad fuera discriminatoria, por estar dirigida, por ejemplo, a negar o a reservar a un grupo étnico o racial, o a un sector político, la posibilidad de acceder a determinadas funciones públicas. Así, el Tribunal Constitucional Federal, al revisar la licitud de la previsión legal que establecía la forzosa estimación conjunta del impuesto sobre la renta de los cónyuges, que colocaba en desventaja a los contribuyentes unidos en matrimonio, sobre todo cuando ambos realizaban actividades productivas, declaró su inconstitucionalidad porque, entre otras razones, uno de los fines perseguidos por las normas respectivas era fomentar el retorno o permanencia de la mujer en las tareas del hogar, el cual fue considerado violatorio del espacio de libertad que la Ley Fundamental asegura a cada matrimonio y a cada familia (art. 6.1 LF), así como del principio de igualdad (art. 3.2 LF)⁵⁷.

Cuando la finalidad que motiva la aprobación de una norma es en sí misma ilícita, por ser discriminatoria o contraria por otras razones a la Constitución, la ley respectiva queda viciada de inconstitucionalidad, lo que hace superfluos otros análisis desde la óptica de la proporcionalidad. A menudo el examen de la licitud o legitimidad del fin legislativo se realiza de manera expedita y arroja un resultado favorable a la ley, ya que es muy amplio el marco dentro del cual el legislador puede elegir los fines de su actividad normativa. Incluso en ordenamientos como el español, en el que la jurisprudencia constitucional se ha inclinado a estimar que el fin de leyes limitativas de derechos ha de

⁵⁵ *BVerfGE* 7, 377 (págs. 405 y ss.); 103, 172 (págs. 182 y ss.).

⁵⁶ *BVerfGE* 22, 180 (219).

⁵⁷ *BVerfGE* 6, 55, (págs. 79 y ss.).

tener respaldo constitucional, la generalidad característica de los preceptos constitucionales y la facilidad con que es posible adscribirles objetivos legislativos reduce la significación práctica de este control⁵⁸. El mismo adquiere relevancia en casos singulares.

El control de constitucionalidad de las leyes con fundamento en el fin perseguido, en los casos en que es preciso ir más allá de una somera verificación de compatibilidad, ofrece sin embargo especiales dificultades. Raras veces las leyes enuncian en su texto una finalidad inconstitucional. Con frecuencia la finalidad de las leyes se establece por vía interpretativa, al no contener estas una proclamación expresa de la misma. Adicionalmente, la ilegitimidad puede residir no en la finalidad objetiva de la ley sino en las intenciones subjetivas del legislador, cuya determinación, como se sabe, está plagada de enormes obstáculos. Aquí se plantean problemas similares a los que suscita la desviación de poder como vicio de los actos administrativos, que es de difícil prueba. Pero esto no echa por tierra la afirmación de principio de que las leyes restrictivas de derechos son susceptibles de un control de constitucionalidad que examine la licitud de los fines que persigue.

Una reforma legal puede ir dirigida a suprimir un tipo penal, por razones de sistemática legal o en atención al propósito de incluir en la legislación administrativa infracciones y sanciones que sustituyan ciertos tipos penales, lo cual en sí mismo no es objetable. Pero de resultar palmaria y demostrable la motivación de evitar el castigo penal de personas vinculadas al gobierno de turno como fin de la reforma, esta podría ser atacada por su inconstitucionalidad, para lo cual el principio del Estado de Derecho brindaría un soporte normativo. Un propósito discriminatorio también puede ocultarse tras un texto legal y una finalidad objetiva aparentemente impolutos.

La identificación del fin de la ley restrictiva es una tarea ineludible, tanto para desarrollar el examen de su licitud como para pasar luego, como normalmente ocurre, al análisis de su proporcionalidad. El punto de partida para esta determinación es el texto legal, el cual a menudo no hace explícita su finalidad, lo que obliga a interpretarlo. Aun en los casos en que exista una enunciación de la misma en la ley, puede ser necesario buscar la finalidad real o última de las respectivas normas. En estos contextos suele ser de utilidad una lectura sistemática del cuerpo legal o la consulta de la exposición de motivos de la ley, de documentos que recojan los trabajos preparatorios y de los diarios de debates.

El legislador puede procurar más de una finalidad al dictar una norma restrictiva de derechos, lo cual debe ser precisado al ejercer el control judicial. En tal caso, la licitud de las otras finalidades también ha de ser verificada y todas han de ser consideradas en el examen de cada una de las exigencias del prin-

⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, págs. 67 y ss.

cipio de proporcionalidad⁵⁹, pudiendo a veces distinguirse entre una finalidad primaria y otra secundaria, o entre una inmediata y otra mediata⁶⁰, jerarquización u ordenación esta que desde luego repercute en el juicio de proporcionalidad globalmente entendido.

4. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez que la finalidad legislativa ha sido establecida, y siempre por supuesto que no haya sido encontrada ilícita, debe verificarse la compatibilidad con la Constitución del medio elegido para alcanzar dicha finalidad, considerado en sí mismo, lo cual también representa un presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad.

Luego ha de evaluarse el cumplimiento de las tres exigencias particulares del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Solo aquella restricción que satisfaga esas tres exigencias supera la prueba de la proporcionalidad. Su observancia ha de ser corroborada de manera secuencial, comenzando por la idoneidad, pasando por la necesidad y desembocando en la proporcionalidad en sentido estricto, aunque el énfasis que se ponga en cada una dependerá de las circunstancias del caso. Esta secuencia metodológica no lo es sin embargo en un sentido lógico, pues una medida cuya idoneidad y necesidad se presupongan puede ser sometida directamente a la fase de ponderación típica de la proporcionalidad en sentido estricto, y luego ser confrontada, si la supera, con la idoneidad y la necesidad, entre las cuales sí hay una relación de precedencia lógica⁶¹. En atención a las cuestiones valorativas asociadas a la ponderación es sin embargo aconsejable seguir la secuencia indicada, que permite filtrar en las fases empíricas de la idoneidad y la necesidad asuntos que pueden ofrecer mayores aristas problemáticas desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual se corresponde con la práctica judicial.

A) *La idoneidad de la ley restrictiva*

a) *Rasgos generales de la exigencia de idoneidad.* La primera exigencia dimanante del principio de proporcionalidad es la de idoneidad, la cual tiene una naturaleza empírica y se traduce en que la restricción impuesta al ejercicio o disfrute del derecho debe ser apta para alcanzar la finalidad legislativa, es decir, ha de reunir condiciones que le permitan contribuir en un sentido fáctico a la realización de tal finalidad. En palabras del Tribunal Constitucional

⁵⁹ CLÉRICO, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

⁶⁰ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, págs. 68 y ss.; BERNAL, *op. cit.*, págs. 718 y ss.

⁶¹ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 66; HIRSCHBERG, *op. cit.*, pág. 69.

Federal, una ley es idónea cuando con su ayuda el fin propuesto puede ser promovido o favorecido⁶².

Con frecuencia la idoneidad es asociada a una relación de causalidad entre el medio y el fin de la acción estatal, lo cual requiere algunas aclaraciones. Normalmente no se exige al poder público que sea capaz de acreditar una causalidad física entre la medida restrictiva y el objetivo que con esta se quiere lograr. Es más, a veces no será posible obtener tal prueba de la causalidad, porque los conocimientos científicos alcanzados en un campo determinado pueden ser tan relativos o controvertidos que permitan poner en duda tal causalidad. Por otra parte, la idoneidad no se mide por la consecución del resultado deseado, que puede no llegar a darse, sin que ello comprometa la licitud de la medida adoptada, pues su obtención depende a menudo de variables diversas, no todas controlables por el Estado.

El criterio central para evaluar la idoneidad de un acto restrictivo de derechos consiste en apreciar si puede contribuir en alguna medida a la consecución del fin legislativo. Esto conduce a rechazar aquellas que en nada ayuden a lograrlo o, por supuesto, que obstaculicen su satisfacción. La idoneidad implica una cierta aptitud de la medida respecto de la obtención del fin, pero no se reclama una efectividad total ni un grado de eficacia determinable de antemano, bastando con la posibilidad de que el medio escogido coadyuve a lograr el fin propuesto. La idoneidad implica haber dado un paso en la dirección correcta, es decir, un paso que se acerca al fin propuesto aunque quede un largo tramo por recorrer.

Varias razones abonan esta visión moderada o débil de la exigencia de idoneidad, que no conduce a desechar las medidas que ostenten una eficacia limitada o parcial⁶³. Al respecto se ha indicado que frente a algunos fines públicos puede no estar a disposición del legislador ningún medio que los satisfagan de manera total, siendo necesario acudir a medios que los realicen parcialmente⁶⁴. Por otro lado, conviene agregar que a veces la elección de medios que aseguren la satisfacción total u óptima del fin puede resultar contraria a la proporcionalidad en sentido estricto. Igualmente, se ha sostenido que la autoridad que está facultada para procurar la obtención de una finalidad también lo está para decidir recurrir a un medio que la alcance de manera parcial, aunque se añade que la idoneidad no estaría colmada en estos casos

⁶² *BVerfGE* 90, 145 (172).

⁶³ JAKOBS, *op. cit.*, págs. 61 y 62; BERNAL, *op. cit.*, págs. 724 y ss.; GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, págs. 70 y ss. Es la orientación dominante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en criterio de sus magistrados, según se desprende del informe presentado por algunos de ellos en nombre del Tribunal en la XIII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos. Cfr. "Kriterien der Einschränkung von Grundrechten in der Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *EuGRZ* 2006, págs. 617 y ss.

⁶⁴ JAKOBS, *op. cit.*, pág. 62.

si el poder público se encuentra jurídicamente obligado al logro del fin, caso en el cual le estaría vedado optar por una realización parcial⁶⁵. Ante lo cual es preciso observar que el cuestionamiento de la deliberada o inadvertida decisión legislativa de procurar la realización de un bien en un grado menor al que sería fácticamente posible no pertenece en rigor al examen de idoneidad de la medida, sino ha de evaluarse en otros contextos dogmáticos, como el de la prohibición de protección deficiente o la inconstitucionalidad por omisión. Incluir en el examen de la idoneidad la evaluación del cumplimiento de mandatos constitucionales de protección u otros semejantes lo desnaturalizaría por completo; cuando una actuación estatal es controlada por el exceso que pudiese comportar, la idoneidad deja de lado consideraciones relativas a la eventual insuficiencia de la protección de un derecho o de la optimización de algún principio constitucional.

Las razones principales para la visión de la idoneidad planteada están ligadas, en primer lugar, a la prohibición de exceso como idea directiva de la proporcionalidad. Al examinar teóricamente la exigencia de idoneidad no hay que perder de vista el fin al cual está ordenada: evitar restricciones o intervenciones excesivas de derechos o intereses subjetivos. Pues bien, el exceso en la restricción o intervención no se produce simplemente porque una medida contribuya de manera parcial a la consecución del fin propuesto. Tal medida puede ser ciertamente la única disponible, pero lo decisivo es que la extralimitación surge cuando el escaso grado de realización o de satisfacción del bien respectivo va aunado a una severa injerencia en un derecho. Una injerencia poco significativa en un derecho fundamental puede ser proporcionada respecto de una medida que contribuya escasamente a la obtención de un fin público de gran relevancia, siendo este un examen que corresponde al juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El principio de proporcionalidad no es indiferente a los distintos grados de contribución de un medio a la obtención del fin propuesto, que oscilan entre la eficacia posible y la completa eficacia, pero en el juicio de idoneidad es suficiente con establecer que la restricción legislativa puede ser útil para alcanzar la finalidad correspondiente, no siendo imprescindible acreditar que efectivamente lo es.

En segundo término, la visión moderada del requerimiento de idoneidad halla respaldo en los principios estructurales relativos al reparto de funciones entre el legislador y la jurisdicción constitucional en una democracia⁶⁶. No incumbe a la jurisdicción constitucional examinar autónomamente el grado de eficacia de los medios elegidos por el legislador para lograr una finalidad lícita, con la consecuencia de desechar los que no alcancen un nivel considerable de efectividad; mucho menos la determinación de los más idóneos o

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Vid. BERNAL, op. cit., págs. 727 y 728.*

efectivos. Debe además respetarse el campo de acción cognitivo y estructural del legislador, siendo el primero especialmente importante en relación con la idoneidad como criterio empírico, lo que supone dar preferencia, *prima facie*, a la comprensión legislativa de los elementos fácticos que sustentan la medida adoptada, los cuales en ocasiones se refieren a cuestiones técnico-científicas aún inciertas que deben quedar abiertas a la evolución del conocimiento y a la mayor capacidad de respuesta y adaptación del legislador, que puede estar obligado a asumir su responsabilidad política ante las necesidades sociales del momento. En otros casos concurren variables sociales o económicas que pueden hacer muy difícil la previsión de las consecuencias de una medida oficial, que sin embargo esté objetivamente orientada a favorecer en alguna medida la realización del fin propuesto.

En relación con los problemas ligados al control de los pronósticos del legislador, estrechamente relacionados con la exigencia de idoneidad, es suficiente por ahora con subrayar que la fragilidad de las premisas fácticas en que se apoye una normativa restrictiva de derechos milita a favor del campo de acción del legislador y no de las competencias de los tribunales, cuando nos hallamos en esta primera etapa del examen de la proporcionalidad. Estos deben reconocer el margen de apreciación del legislador para la elección de los medios que estime idóneos respecto de la finalidad propuesta, quedando él sujeto con gran frecuencia a un simple control de evidencia.

b) *Criterios para el control judicial de la idoneidad.* El control judicial de la constitucionalidad de las leyes basado en la exigencia de idoneidad se caracteriza porque para la aceptación de la licitud de la norma por lo general es suficiente con verificar que no cabe descartar la contribución de la medida prevista a la consecución del fin legal. El Tribunal Constitucional Federal afirma con frecuencia, al declarar la licitud de una medida con apoyo en este criterio, que la misma no es “en principio inútil”, “objetivamente inútil” o “completamente inidónea”⁶⁷. Este control judicial se perfila, pues, como un examen dirigido a verificar si el medio elegido no es apto para la obtención del fin, antes que a corroborar su idoneidad. Por eso suele decirse que esta exigencia y el control que sustenta tienen un carácter negativo.

Más allá de los giros lingüísticos empleados en las decisiones judiciales, lo esencial es que solo son censurables, por su falta de idoneidad, las restricciones legislativas que no puedan contribuir a la consecución del fin perseguido. A esto habría que sumar aquellas que solo de una manera incidental, casual o azarosa respecto de la voluntad legislativa y de la orientación objetiva de la medida puedan tener influencia positiva en la obtención del fin. En todos estos supuestos la revisión judicial tiende a limitarse a un simple control de

⁶⁷ BVerfGE 77, 84 (108); *vid.*, también CLÉRICO, *op. cit.*, págs. 61 y ss.

evidencia, en el que solo las medidas manifiestamente no idóneas reciben el reproche de la inconstitucionalidad.

Aquí no se agota, sin embargo, la apreciación de la eficacia o aptitud de una restricción legislativa de derechos respecto del fin propuesto, pues ya se señaló que aquella puede plantearse desde la perspectiva del último y básico nivel de la proporcionalidad, bajo el prisma de la ponderación de los bienes en juego. La exigencia de idoneidad solo permite rechazar aquellas actuaciones estatales que, sin necesidad de llevar a cabo tal ponderación, no estén en condiciones de coadyuvar a la realización de la finalidad perseguida, pues esto basta para patentizar el exceso que comportan.

Una ojeada a la jurisprudencia constitucional facilita la captación del modo en que opera la idoneidad en la revisión de la constitucionalidad de las leyes. Se esbozarán algunos pronunciamientos judiciales, poniendo de relieve algunos de los criterios que de los mismos pueden colegirse, los cuales reiteran o complementan los ya expresados.

a') *Pertinencia o conexión táctica con la (verdadera) finalidad legal.* En un caso relativo a la caza mediante halcones (cetrería)⁶⁸, el Tribunal Constitucional Federal consideró no idóneo el requerimiento, impuesto de manera general por la ley para quienes pretendieran realizar actividades de caza, de demostrar conocimientos sobre el uso de las armas y su regulación y de aprobar una prueba de tiro, porque no guardaba conexión con la finalidad legal de procurar la conservación de las aves empleadas en la cetrería y de hacer frente a abusos con motivo de su cría o tenencia. Este fin podía ciertamente alcanzarse mediante el establecimiento de requisitos de entrenamiento o formación en la cetrería más estrictos, pero no mediante una barrera como aquella, ajena a la finalidad legal. Obsérvese que el control ejercido está orientado a constatar la manifiesta falta de idoneidad de la restricción establecida.

En un caso relativo a la regulación de la actividad de establecimientos dedicados a servir de intermediarios entre quienes quisieran viajar con su automóvil de unas ciudades alemanas a otras ofreciendo uno o más puestos, a un determinado costo, y los correspondientes interesados⁶⁹, también fue estimada ilícita, por ausencia de idoneidad, la prohibición legal de llevar como acompañante en el automóvil a una persona con la que se compartieran los gastos de viaje cuando esta hubiera sido contactada a través de publicidad o de agencias intermediarias que perciben comisión. La finalidad declarada de la medida era aumentar la seguridad en el tránsito de vehículos y la de los acompañantes, pero el Tribunal Constitucional Federal no halló elementos que permitieran enlazar fáctica u objetivamente en sentido positivo la restricción o prohibición impuesta con dicha finalidad. Al contrario, llegó a señalar que la prohibición

⁶⁸ BVerfGE 55, 159 (págs. 165 y ss.).

⁶⁹ BVerfGE 17, 306 (págs. 313 y ss.).

podía ser contraproducente, al estimular acuerdos privados, y afirmó que los verdaderos motivos de la norma probablemente estribaban en el propósito de contener la actividad de las respectivas agencias intermediarias, para proteger medios públicos de transporte. Esta decisión pone de manifiesto que la falta de idoneidad de una medida restrictiva de derechos puede responder a la persecución de una finalidad encubierta, no necesariamente ilícita, que el legislador no ha querido confesar.

b') *La posible contribución al logro del fin.* La mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre casos relevantes en materia de idoneidad han concluido con la aceptación de la licitud del medio empleado, al no haberse establecido que este careciera de posibles efectos favorecedores de la finalidad propuesta. El denominador común a muchas decisiones es que basta con que el medio elegido por la ley pueda coadyuvar de alguna forma al logro del fin.

Así, la obligación impuesta a los productores de cigarrillos y derivados del tabaco de colocar en la caja o envoltorio la advertencia de que fumar causa cáncer o enfermedades cardiovasculares, con la finalidad de proteger la salud de la población, no ha sido considerada desproporcionada⁷⁰. Al conocer de una impugnación contra la normativa que obliga a introducir tales advertencias en los envoltorios de los productos derivados del tabaco, la jurisdicción constitucional ha señalado que, según los conocimientos científicos actuales, fumar es dañino para la salud y ocasiona dichas enfermedades, razón por la cual esas advertencias están fundadas y no sugieren, como adujeron los recurrentes, una relación de monocausalidad. Desde el ángulo de la idoneidad, se declara que el legislador podía partir de la aptitud de la medida para la protección de la salud de la población. Se admite que el consumo de cigarrillos en Alemania se estaba incrementando pese a las advertencias, pero se afirma que la apreciación legislativa de que estas podían ayudar a evitar que el aumento del consumo de tabaco fuera aún mayor no merecía reproche constitucional; las advertencias exigidas “son idóneas al menos para apartar a los consumidores de un consumo irreflexivo de tabaco”⁷¹.

Nuevamente es concebida la idoneidad como una exigencia más bien débil de aptitud de la medida adoptada para favorecer el fin legal perseguido. Tal debilidad se confirma si se tiene en cuenta que la frase del fallo que ha sido reproducida dice incluso algo más de lo que leída en su contexto significa. No cabe aseverar que las advertencias impidan un consumo irreflexivo del tabaco, pero pueden ciertamente contribuir a evitarlo, lo cual, a su vez, posiblemente llegue a tener un efecto disuasorio sobre algunos consumidores, sin que sean necesarias evidencias fácticas que corroboren este concreto resultado. Sin embargo, no es descartable, según los criterios jurisprudenciales dominantes,

⁷⁰ BVerfGE 95, 173 (págs. 184 y ss.).

⁷¹ BVerfGE 95, 173 (185).

que la eventual existencia de elementos científico-empíricos concluyentes acerca de la imposibilidad de influenciar la conducta de los consumidores mediante esta clase de mensajes conduzca a una respuesta distinta a partir de la idoneidad.

A veces la jurisprudencia se ha conformado, en lo que a la idoneidad respecta, con una contribución solo tangencial de la medida a la consecución del fin legal. Tangencial no porque esta persiga una finalidad principal distinta, sino porque desde el punto de vista fáctico su posible aporte a la realización del fin es escaso y apenas roza el centro de las situaciones que la ley quiere promover o proteger. Al examinar la constitucionalidad de las disposiciones que limitaban estrictamente los supuestos en que un hijo podía impugnar la paternidad matrimonial, el Tribunal Constitucional Federal admitió la idoneidad de la restricción legal porque esta podía coadyuvar a alcanzar el fin legal de conservar la unión matrimonial y preservar la paz de la familia. Aclaró, sin embargo, que en realidad la limitación legal “no protegía” al matrimonio ni a la paz familiar, pues ambos podían resultar afectados por las dudas sobre la filiación paterna que el hijo planteara en el seno de la familia, por ejemplo. Pero aceptó que la regla propendía al menos a evitar que la discusión sobre la paternidad biológica trascendiera a una instancia externa y estatal, como lo es un tribunal⁷². En este “reducido” ámbito la medida servía al fin legal. Este escaso rigor en la verificación de la idoneidad estuvo seguido, conviene apuntar, de un examen de la proporcionalidad en sentido estricto que no fue completamente superado, en atención a las posibles circunstancias en las cuales la demanda judicial no supondría un riesgo para el matrimonio ni la paz familiar.

c’) Posibilidad abstracta, mas no puramente teórica, de consecución del fin. Con alguna frecuencia se señala que la contribución del medio elegido a la consecución de la finalidad legal se mide abstractamente, para destacar que la idoneidad de la ley puede aceptarse aunque de hecho, en un caso concreto o en determinadas constelaciones fácticas, la aplicación de la medida prevista no favorezca dicha finalidad. La jurisprudencia pone de manifiesto la certeza y al mismo tiempo la relatividad de esta aproximación.

Así, la orden ministerial, y las disposiciones legales en que se basaba, aprobadas en el contexto de la guerra fría, de efectuar medidas estratégicas (no dirigidas contra personas determinadas) de interceptación o captación de la correspondencia, conversaciones telefónicas o de otras comunicaciones a distancia que se produjeran desde o hacia países del Pacto de Varsovia, con la finalidad de obtener información relevante para la defensa de la República Federal de Alemania de posibles ataques armados, fueron consideradas idóneas⁷³ porque

⁷² BVerfGE 79, 256 (271).

⁷³ BVerfGE 67, 157 (págs. 173 y ss.).

para colmar esta exigencia no era necesario, como pretendía la reclamante, que estas medidas tuvieran éxito en cada caso concreto de aplicación; era suficiente con “la posibilidad abstracta de la consecución del fin”⁷⁴. Es importante esta alusión a la posibilidad *abstracta* de realización del fin, ya que en sede de idoneidad no se requiere que la restricción legal contribuya efectivamente a la consecución del fin perseguido en los distintos casos concretos de aplicación, siendo suficiente con una idoneidad general o abstracta.

Más de diez años después, tras otra reforma de la misma ley que, entre otros cambios, ha ampliado los supuestos y el ámbito geográfico en que se admiten tales controles, al tiempo que ha limitado respecto de algunos de aquéllos las formas de comunicación susceptibles de vigilancia, el Tribunal Constitucional Federal se ha ocupado nuevamente del asunto y ha ratificado el criterio de que la posibilidad abstracta de consecución del fin es suficiente para corroborar la idoneidad de la medida⁷⁵. En esta oportunidad añade que la extensión del método de captación, el cual solo en pocos casos conduce a información relevante, no es óbice para su idoneidad, pues no puede afirmarse que el mismo sea *per se* inútil, y confiere importancia a las cautelas legales que pueden favorecer una idoneidad de la medida en su aplicación, tales como la obligada fundamentación de la solicitud que debe presentarse para obtener la orden correspondiente; la determinación de los conceptos que han de guiar la búsqueda durante la vigilancia de las comunicaciones, y el control ejercicio por una instancia parlamentaria y una comisión especial. Tampoco comprometen la idoneidad de la medida, según el Tribunal, los desarrollos técnicos que permiten cifrar o codificar informaciones y hacerlas inmunes a la captación de la comunicación, porque el campo de aplicación real de dichas técnicas es controvertido y, de acuerdo con los conocimientos actuales, no es posible negar en abstracto la aptitud del medio elegido por la ley, a lo que se suma el deber de las autoridades de procurar dejar a salvo la idoneidad de las medidas en las situaciones concretas de peligro que justifiquen su adopción.

En esta última sentencia se realiza un examen de la idoneidad de la medida que se mantiene en la línea de apreciarla en abstracto, pero que no elude aspectos técnico-empíricos en virtud de los cuales la medida escogida puede quedar reducida a un instrumento puramente teórico al servicio del objetivo perseguido. A partir de los conocimientos científicos disponibles no es posible, a juicio del Tribunal, apreciar en abstracto si las modernas técnicas de codificación harán fracasar los intentos por obtener información relevante gracias a las medidas de captación legalmente introducidas, duda que juega a favor del legislador y de la solución por él adoptada. Pero la sentencia avanza un poco más, teniendo en cuenta seguramente la severidad de la injerencia en

⁷⁴ BVerfGE 67, 157 (175).

⁷⁵ BVerfGE 100, 313 (págs. 368 y ss.).

derechos fundamentales que las medidas consideradas implican, a lo cual se refiere el fallo en otros apartados, y enlaza la idoneidad abstracta con la fase de la aplicación legal, enfatizando el deber de las autoridades de preservar la idoneidad del medio legalmente establecido.

Esta orientación se hace igualmente visible en la ya comentada sentencia sobre las medidas de vigilancia acústica de domicilios, en la cual, al examinar la idoneidad de la medida, se hace mención a informes anuales oficiales conforme a los cuales en algo más de la mitad de los casos en que se ordenó la medida esta no condujo a resultados relevantes para la investigación penal, al tiempo que se subraya, con fundamento en las declaraciones recibidas, la importancia de los hallazgos obtenidos en los procedimientos que sí han sido exitosos⁷⁶. En relación con la finalidad legal de aprovechar la vigilancia acústica de viviendas para penetrar las estructuras internas de la criminalidad organizada, con propósitos preventivos y represivos a la vez, tampoco se objeta la idoneidad de la regulación, ante la insuficiencia de los conocimientos actualmente disponibles sobre el propio fenómeno de la criminalidad organizada, que impide formarse un juicio definitivo. Pero la inseguridad subsistente obliga, advierte la sentencia, a hacer un seguimiento permanente de la ejecución del instrumento legal para verificar si es idóneo respecto de esa especial finalidad. Nótese que el Tribunal se detiene nuevamente en datos fácticos o información técnica que, de haber arrojado un resultado concluyente sobre la ínfima o nula contribución del medio respecto del fin legal, habrían motivado la declaratoria de la inconstitucionalidad de la restricción legal.

d') *Idoneidad y premisas empíricas controvertidas*. Las dos decisiones antes comentadas son también reveladoras del margen de acción que se reconoce al legislador al controlar la idoneidad de una medida, lo cual se acentúa cuando son inciertas las premisas fácticas de la decisión legislativa. Esta incertidumbre puede originarse en la fragilidad de los conocimientos técnicos o científicos disponibles sobre los efectos de la medida adoptada o sobre las situaciones problemáticas a las que intenta dar respuesta.

Un caso digno de mención desde el punto de vista de la idoneidad es la decisión que examinó la constitucionalidad de tipos penales relativos a la producción, comercialización u otra forma de tráfico o reparto, adquisición o posesión no autorizadas de ciertas drogas (*Cannabis*). El Tribunal Constitucional Federal declaró que la determinación legislativa de penalizar de manera general las conductas señaladas, que en principio estaban cubiertas por el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, no era contraria al mandato de proporcionalidad. En particular, aseveró que la exigencia de idoneidad estaba satisfecha, porque tales disposiciones penales eran “en general” idóneas para

⁷⁶ BVerfGE 109, 279 (págs. 336 y ss.).

favorecer la consecución del fin legal⁷⁷. La decisión entra en los pormenores de los posibles daños a la salud individual y colectiva causados por el consumo de esta clase de drogas y establece que, si bien estos son menores a los que inicialmente pudo estimar el legislador, existen efectos negativos asociados al consumo de estas drogas: mayoritariamente se estima, según las opiniones especializadas recogidas en el fallo, que estas no generan dependencia física pero sí síquica; que consumidas en medida moderada producen pocos daños a la salud, pero que su consumo prolongado ocasiona perturbaciones del comportamiento, depresión y pérdida del sentido de la realidad, lo que podía afectar el desarrollo de la personalidad de los menores. Por tanto, pese a la menor entidad de estos daños en comparación con los originalmente apreciados por el legislador, no cabía aceptar la tesis, subyacente a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, de la reducida peligrosidad de los respectivos productos.

La controversia científica que rodea muchos de estos asuntos o, en otras palabras, la inseguridad de las premisas empíricas, sumada a la consideración del margen de apreciación del legislador, llevaron a la aceptación de la idoneidad de la medida legal. Es importante, sin embargo, hacer notar que el Tribunal no se limitó a comprobar que el trasfondo de la idoneidad de la penalización de las conductas señaladas es objeto de controversia entre los expertos, sino procuró hallar, en medio de estas discrepancias científicas, denominadores comunes que sustentaran su juicio sobre la idoneidad de la regulación. Las discusiones y desacuerdos científicos sobre un tema vinculado a la eficacia o a los presupuestos de una medida no son, en consecuencia, suficientes para afirmar que esta es idónea, pero sí puede ser un factor que dificulte la declaración judicial de su falta de idoneidad. En estos casos los órganos judiciales han de llegar tan lejos como sea posible en la verificación de la fundamentación empírica de la restricción, y solo pueden negar su idoneidad si existen conocimientos científicos consolidados que así lo indiquen.

e') *Eficacia de la medida y juicio de ponderación.* El caso *Cannabis* también demuestra que en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto pueden reaparecer cuestiones vinculadas a la eficacia o efectividad de la medida adoptada. Uno de los puntos entonces discutidos era si la adquisición o posesión de tales drogas para el consumo personal podía ser castigada penalmente. En la correspondiente decisión la penalización de la adquisición o posesión no autorizadas de *cannabis* no se juzgó excesiva, entre otras razones porque dichas conductas favorecían la formación de un mercado ilegal de drogas. Sin embargo, se admitió que en estos casos el peligro del bien jurídico protegido resultante de las conductas prohibidas podía ser poco significativo, especialmente si se trataba de una adquisición y posesión ocasional en pequeñas can-

⁷⁷ BVerfGE 90, 145 (págs. 176 y ss.).

tidades y para el consumo personal, sin incidencia sobre terceros, en particular sobre menores de edad⁷⁸. Estas situaciones, en las que el interés público en la imposición del castigo era escaso y la sanción penal podía ser injustificada e incluso contraproducente, en atención al principio de proporcionalidad en sentido estricto, debían ser canalizadas a través de los mecanismos procesales especialmente previstos en la ley para esta clase de supuestos (no ejercicio de la acción penal o sobreseimientos, entre otros). De esta forma, la pequeña contribución de las conductas prohibidas a la puesta en riesgo del bien protegido y, en consecuencia, la reducida eficacia de la persecución o castigo penal para la protección del bien jurídico —la salud individual y colectiva—, llevó a enfatizar la función de los mecanismos procesales indicados, que debían servir de cauce a la exigencia constitucional de proporcionalidad. La tipificación penal no era, por consiguiente, en sí misma no idónea, pero su reducida colaboración para la obtención del fin propuesto repercutió en la ponderación llevada a cabo entre los derechos del afectado y los intereses públicos.

B) *La necesidad de la ley restrictiva*

a) *Rasgos generales de la exigencia de necesidad*. Son los siguientes:

a') *Una comparación entre medios idóneos*. La proporcionalidad de la disposición legal restrictiva de un derecho no puede admitirse si la misma no es estrictamente necesaria o indispensable. Indispensable no en el sentido de que sin ella no sea posible alcanzar el fin legal, sino en cuanto a la inexistencia de una medida alternativa que, sin comprometer el nivel de idoneidad o eficacia inicialmente previsto, afecte en menor grado el derecho restringido o no lo afecte en absoluto. La alusión a la necesidad de la medida se refiere, pues, no a un deber del legislador de escoger un medio por su elevada aptitud para la consecución de un fin, sino a una comparación con otro u otros medios no menos idóneos, que tienen preferencia si dejan mayores espacios de libertad. De allí formulaciones como las de mandato “de intervención mínima” o “del medio más benigno”⁷⁹, con las que frecuentemente es designado el subprincipio de necesidad. Nuevamente queda reflejada la perspectiva de la prohibición de exceso, que excluye toda limitación innecesaria de derechos.

El requerimiento de necesidad en principio conduce a una comparación entre medios idóneos para lograr la finalidad legal, por lo que implica, como ha sido destacado, una relación medio-medio⁸⁰. No obstante, aquel sigue teniendo como referencia el fin legal, por lo que no es ajeno al esquema medio-fin. El fin legal es un punto de conexión ineludible en la comparación entre medios,

⁷⁸ BVerfGE 90, 145 (págs. 176 y ss.).

⁷⁹ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, págs. 65 y ss.

⁸⁰ Ídem, pág. 65.

y la medida restrictiva impuesta pese a la existencia de un medio alternativo menos gravoso es excesiva desde el punto de vista tanto del derecho afectado como de la finalidad perseguida.

Pero no solo el fin legal es un punto de referencia fijo en la evaluación de la necesidad, sino también lo es, según una extendida opinión, el nivel de idoneidad o eficacia que el medio alternativo debe ostentar⁸¹. Así, el examen comparativo de la necesidad de la medida no admitiría un medio algo menos eficaz que el escogido por el legislador pero mucho menos gravoso para el derecho afectado, pues de esta forma se preserva la decisión legislativa de dictar una medida que se aproxime al menos hasta un cierto punto a la obtención de una finalidad legítima. En otras palabras, una vez que el legislador ha avanzado en la dirección correcta respecto de la finalidad perseguida no sería posible, mediante el control judicial de la necesidad, hacerle retroceder algunos pasos para hallar, a partir de esta nueva posición, un medio menos restrictivo de derechos. Tal retroceso podría imponerse, indirectamente, en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, mientras que el subprincipio de necesidad implica el contraste entre medidas que reúnan determinadas condiciones mínimas de idoneidad.

Frente a esto se ha sostenido que debe darse cabida a una comparación con medidas alternativas sustancialmente menos gravosas para el derecho pero de eficacia levemente inferior⁸². Desde la perspectiva de la prohibición de exceso esta solución, que propugna más amplios espacios de libertad, luciría plausible, en el entendido de que resulte evidente la existencia de esa medida mucho menos severa aunque un poco menos eficaz y siempre que se haya agotado el contraste con posibles medidas alternativas menos incisivas pero de idoneidad no inferior, ya que esta comparación tiene preferencia por ser más respetuosa con la voluntad de la ley.

Pero metodológicamente y a luz de la misma prohibición de exceso y del principio democrático, es acertado mantener la rigidez de la referencia al nivel mínimo de idoneidad de la medida escogida por la ley, trasladando al juicio de proporcionalidad en sentido estricto ese resto de sacrificio aparentemente prescindible. De este modo se preserva la medida en la actuación estatal y a la vez se evita que la jurisdicción constitucional penetre en un área sensible de la libertad política del legislador, como lo es la elección de las medidas que este estima conveniente adoptar en un contexto determinado, las cuales serían rechazadas en atención a un medio alternativo que por su menor idoneidad podría no corresponderse con los motivos que condujeron a la aprobación de la normativa cuestionada. Es importante apreciar que, con arreglo a la exigencia

⁸¹ Ídem, pág. 67; SACHS, *Grundgesetz ...*, op. cit., pág. 860.

⁸² SACHS, *Grundgesetz ...*, op. cit., pág. 860; R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, Múnich, Franz Vahlen, 1989, págs. 56 y ss.

que nos ocupa, la existencia de un medio paralelo bastante menos gravoso pero algo menos eficaz no impide calificar la medida adoptada como necesaria respecto del fin legal, aunque la visualización de tal medio paralelo repercuta en la ponderación que tiene lugar en el tercer nivel de la proporcionalidad, en el que es posible tomar en cuenta distintos intereses favorables o contrarios a la restricción legal adoptada. Cabe aceptar, sin embargo, que ante la existencia de un medio paralelo mucho menos gravoso no sea preciso que resulte evidente la eficacia equivalente del mismo, como se exigiría corrientemente⁸³.

La exigencia de necesidad está íntimamente relacionada con la de idoneidad. Como ya observamos, la segunda es un presupuesto de la primera, hasta el punto de que esta es en parte una prolongación del juicio de idoneidad, el cual sin embargo introduce elementos propios. La prolongación se produce porque el requerimiento de necesidad lleva a buscar o considerar otro medio *idóneo* para la consecución del mismo fin. El *plus* específico que este requerimiento comporta estriba en que ese otro medio debe poseer una idoneidad no inferior a la del previsto en la ley y debe entrañar una intervención de menor intensidad en el derecho para tener preferencia.

Esta base común a la idoneidad y la necesidad se integra en lo que ha sido denominado un examen completo de la idoneidad⁸⁴, que no se circunscribe a la medida legalmente prevista sino que incorpora en el horizonte del control otras medidas idóneas, lo cual se traduce en que los criterios de control aplicables a la idoneidad serían extensibles a la necesidad, particularmente en lo relativo al margen de apreciación que ha de reconocerse al legislador. Los contenidos especiales de la exigencia de necesidad abonan aún más tal consideración hacia el legislador, ya que ella no se limita a verificar la posible contribución fáctica de una medida a la realización del fin legal sino que desemboca en una comparación de los niveles de eficacia de cada medio y de la intensidad de la injerencia que generan.

Un rasgo peculiar de la exigencia de necesidad es que procura una comparación entre el medio legalmente elegido y otros medios hipotéticos que sean aducidos por quienes objetan el primero o que sean avizorados por los jueces. Como veremos, esto suscita la problemática de determinar los confines de la búsqueda o, en otras palabras, de la admisibilidad o los límites de la carga que se coloca sobre los jueces de imaginar medidas alternativas de idoneidad no inferior y menos gravosas para el derecho. En todo caso, si tal medida no es hallada, o si de entrada solo la elegida por el legislador es idónea para lograr el fin, esta merecerá el calificativo de necesaria.

⁸³ El Tribunal Constitucional Federal suele requerir que la medida alternativa sea de eficacia claramente equivalente; *vid. BVerfGE* 81, 70 (91).

⁸⁴ HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 59 y ss.

Conviene apuntar que la medida elegida por el legislador no ha de tener forzosamente un carácter aislado o singular, pues puede consistir en un haz de medios que concurren desde distintos ángulos a la consecución del fin legal, o tratarse de un medio adicional a los ya previstos en la legislación, sin que sea siempre fundado aducir que es posible alcanzar el fin legal por uno solo de estos medios, ya que podría quedar comprometida la eficacia de la medida. En tal caso, el exceso no controlable en este escalón de la proporcionalidad asociado a este conjunto de medios de intervención referidos a un mismo fin sería evaluado en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

b') *Factores que inciden en la comparación.* La necesidad del medio previsto en la ley se confirma al descartar la existencia de medios alternativos más benignos y de eficacia no inferior, lo cual conduce a efectuar una comparación entre medios desde el punto de vista de su idoneidad o eficacia para la obtención del fin legal y de la intensidad de la intervención en el derecho.

La comparación de la idoneidad de los medios posiblemente concurrentes que el subprincipio de necesidad origina ha de incluir todos los puntos de vista relevantes, en especial aquellos que tuvieron singular peso para la elección legislativa del medio normativamente previsto. En términos generales ha de contrastarse la eficacia o efectividad de las correspondientes medidas para la consecución del fin legal, según la fórmula usual en la jurisprudencia constitucional. Cuando sea pertinente distinguir entre un fin principal y uno accesorio o subordinado, la igual eficacia de cualquier medida alternativa ha de ser evaluada y constatada respecto de ambas finalidades.

Un análisis de la diversidad de factores comprendidos en la idoneidad lleva a desglosar varios elementos, que a mi juicio son también manifestaciones de la eficacia en sentido lato: la celeridad que la medida es capaz de lograr los objetivos trazados (rapidez); la amplitud de las facetas del fin que resultan cubiertas por la medida (alcance de la realización del fin); el grado de certeza que se tenga sobre su contribución a la consecución del fin (probabilidad) y los efectos en el tiempo derivados de su adopción (duración)⁸⁵.

Según la jurisprudencia constitucional, la idoneidad cuando menos equivalente del medio alternativo ha de serlo desde todos los puntos de vista relevantes⁸⁶, lo cual encuentra respaldo en la división de funciones entre el legislador y la justicia constitucional, pues la exclusión de un medio legal por la existencia, en ocasiones puramente hipotética, de un medio alternativo menos gravoso y no menos idóneo implica un análisis de la eficacia de la medida que habitualmente y de manera natural descansa en la instancia político-legislativa. De ahí que solo cuando sea evidente la disponibilidad de un medio menos

⁸⁵ Vid. BERNAL, *op. cit.*, págs. 744 y ss.

⁸⁶ Cfr., entre otras, BVerGE 81, 70 (91); en el mismo sentido apunta la jurisprudencia constitucional española. Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

gravoso y no menos idóneo sea admisible la declaratoria de la falta de necesidad e inconstitucionalidad del legalmente establecido.

El juicio de idoneidad está a veces influenciado por las posibilidades de llevar a la práctica los medios alternativos, desde la perspectiva de sus costos financieros, de las limitaciones técnicas o de otros obstáculos análogos. De allí que se estime que la imposibilidad técnica o los costos exorbitantes de la eventual medida alternativa le impiden ser considerada para sustentar la falta de necesidad de la medida adoptada⁸⁷. Hay que ser cauteloso, sin embargo, al aplicar esta exclusión, que las autoridades pueden estar tentadas a invocar abusivamente en su favor. En particular, conviene tener presente que los medios alternativos menos gravosos pero no menos idóneos pueden llevar aparejadas mayores dificultades de implementación. A veces los encargados de la elaboración de una norma optan por prohibiciones generales u otras limitaciones globales para evitar cargas adicionales a funcionarios ejecutores, las cuales por sí solas no bastan para el rechazo de medios alternativos que eviten el exceso de restricción que esa norma genere, aunque para ponerlos en escena se requiera de una mejora de la organización administrativa o de un mejor manejo de los recursos disponibles.

Resulta admisible, además, que en la comparación de la idoneidad de dos o más medios desde la perspectiva de su practicabilidad cumpla un papel importante la severidad de la injerencia en el derecho. Si la adopción de una medida alternativa que comporte actividades o gastos administrativos adicionales relevantes permite reemplazar una injerencia muy severa en un derecho por otra de intensidad media, los jueces pueden estar obligados a declarar innecesario el medio legalmente contemplado, así requiera un menor despliegue de recursos. Y, a la inversa, una posible medida alternativa, consistente, por ejemplo, en un control administrativo más estricto sobre el desarrollo de una actividad, con los correspondientes costos, puede ser desechada argumentando que va más allá de lo que razonablemente cabe exigir a la sociedad para la protección de posiciones individuales, si la restricción no es especialmente severa.

Por lo que respecta al derecho afectado, los medios en juego han de contrastarse desde la perspectiva de la severidad de la injerencia que ocasionan. En muchos supuestos la determinación de la mayor o menor severidad de un medio resulta sencillo: una prohibición es más intensa que la regulación del uso de un producto; una pena privativa de libertad, más que una sanción de multa; una obligación de participación sobre la realización de una actividad, más que su sometimiento a una autorización; una medida imperativa, más que una de estímulo o fomento. Pero pueden presentarse casos complejos.

Para resolver estos casos dudosos, se ha planteado que en ciertos supuestos pudiera ser de utilidad la opinión de los afectados. De hecho, tradicionalmente

⁸⁷ Vid., entre otras, *BVerfGE* 77, 84 (págs. 110 y ss.).

en el Derecho de Policía alemán se ha contemplado el derecho del afectado de proponer un medio que sustituya al que fue adoptado para hacer frente a una situación de peligro, siempre que queden a salvo los intereses públicos⁸⁸. Pero esto puede acarrear complicaciones adicionales en el plano de la aplicación legislativa y en el del control judicial. En cuanto a este último, no sería sensato medir dicha opinión teniendo únicamente en cuenta la de los recurrentes, respecto de una disposición de efectos generales, como tampoco lo sería imponer la celebración de una consulta a los interesados. En cuanto al primero, la eficacia de la medida legal podría verse comprometida por la oportunidad que habría de conferirse a los afectados por actos de aplicación, de proponer medios alternativos que tendrían que ser examinados de acuerdo con su grado de idoneidad.

Al evaluar la intensidad de la injerencia en el derecho han de apreciarse todas las facetas incisivas de los medios sujetos a la comparación, así como la naturaleza de la limitación sufrida por el derecho. Esto implica sopesar factores cuantitativos y cualitativos. Al respecto es útil observar si el derecho es tocado en aspectos periféricos de su disfrute o ejercicio o si es alcanzado en contenidos más sensibles: permitir la grabación de conversaciones que se realicen en lugares públicos para luchar contra ciertas formas de criminalidad afecta menos el derecho a la vida privada (o el derecho general de la personalidad) que autorizar tales grabaciones con el mismo fin en lugares privados; prever la recolección y almacenamiento de datos que se mantienen en el anonimato incide menos en tal derecho que la recolección de los que conservan la referencia a la identidad. Asimismo, es relevante considerar los supuestos de aplicación de la medida alternativa, pues esta puede ser igualmente severa en sus consecuencias pero más estricta en sus supuestos de aplicación. También puede ser útil incluir en el análisis otros puntos de vista mencionados al referirnos a la determinación del grado de eficacia de la medida respecto del fin legal⁸⁹ (rapidez, alcance, probabilidad, duración), los cuales estarían ahora orientados a calibrar la dimensión o profundidad de la intervención en el derecho.

Un asunto controvertido es si el examen de la necesidad del medio adoptado debe tener en cuenta intereses colectivos o de terceros que este llegue a afectar o a favorecer. Un medio alternativo menos severo para el derecho del directamente interesado puede ser gravoso para la comunidad u otros particulares. Algunos sostienen que en estas constelaciones complejas de intereses no concurrentes el examen de la necesidad de una medida queda incompleto (fracasa) y no permite resolver el conflicto⁹⁰.

⁸⁸ HIRSCHBERG, *op. cit.*, págs. 65-66.

⁸⁹ *Vid.* BERNAL, *op. cit.*, págs. 748 y ss.

⁹⁰ HIRSCHBERG, *op. cit.*, pág. 70.

El punto de partida para abordar esta cuestión es la idea de la prohibición de exceso, cuya razón de ser no es evitar perturbaciones a los intereses públicos sino preservar esferas de libertad. Por eso, el examen de necesidad solo puede conducir a rechazar la medida legalmente prevista cuando el medio alternativo de idoneidad no inferior incide con menor intensidad en el derecho restringido. Quedaría trastocado el sentido y función de la exigencia de necesidad si esta fuera invocada para excluir una medida legal que represente, desde la perspectiva del derecho y del sujeto directamente afectados⁹¹, el medio más benigno, con el argumento de que existe un medio alternativo que repercute en menor grado en intereses públicos o de terceros.

Sin embargo, cabe admitir la consideración de los intereses públicos o de terceros para inclinar la balanza, cuando los medios alternativos no ostenten mayor severidad respecto del derecho fundamental. Así, parece razonable que los intereses públicos o de terceros sean apreciados por los jueces como criterio complementario de decisión, de manera que un medio de idoneidad equivalente y algo menos gravoso para el derecho pero (más) lesivo de intereses públicos o de terceros no baste para excluir la medida prevista en la ley. El juicio de necesidad está enfocado en el derecho de los destinatarios de la restricción, que deben ser ciertamente delimitados, pero esta perspectiva central del control no implica necesariamente ignorar los efectos de una decisión judicial sobre otros titulares de derechos o sobre la colectividad.

b) *Criterios para el control judicial de la necesidad.* Conforme a una reiterada orientación de la jurisprudencia y según la opinión mayoritaria de los autores, el control de necesidad solo permite censurar judicialmente el medio legalmente elegido cuando el medio alternativo sea franca o manifiestamente igual o más idóneo para la consecución del fin propuesto y menos gravoso para el derecho⁹². En temas vinculados al manejo de la economía el ámbito de apreciación y acción reconocido al legislador se acrecienta. La regla general es, por tanto, que el examen de la observancia de la exigencia de necesidad se perfila como un control de evidencia, aunque la jurisprudencia ha desarrollado criterios especiales, en ocasiones más estrictos, en relación con el derecho a la libre elección de profesión (art. 12.1 LF), lo cual resulta extensible a las injerencias muy severas en derechos fundamentales.

Ese control de evidencia encuentra particular justificación respecto del grado de idoneidad o eficacia de los medios objeto de comparación, lo cual no es igualmente aplicable al examen de la intensidad de la restricción. Lo primero está rodeado de problemas de conocimiento y apreciación de las premisas empíricas de la decisión legislativa propios del juicio de idoneidad,

⁹¹ Sobre la prevalencia de esta perspectiva centrada en la concreta posición jurídico-individual. *Vid.* JAKOBS, *op. cit.*, pág. 70 y ss.; STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 781.

⁹² *Vid.* STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 782; GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

que incluso se agudizan en esta sede, pues no es lo mismo establecer que una medida puede coadyuvar a la obtención de un fin que contrastar los niveles de eficacia de una medida adoptada y otra hipotética. La limitación del control de necesidad se explica, además, por sus debilidades intrínsecas, en virtud de las cuales este no siempre es capaz de determinar “la” medida necesaria o, en otros términos, “el” medio más benigno. Son posibles situaciones en las que varios medios merecen la calificación de necesarios o más benignos. A continuación se pondrán de relieve, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, algunos límites y posibilidades del juicio de necesidad.

a) *La búsqueda de medios alternativos.* Una singularidad del juicio de necesidad, ya comentada, es que obliga al juez a vislumbrar los otros posibles medios que también contribuirían, en forma equivalente, a la realización de la finalidad legal, cuya severidad para el derecho restringido resulte inferior. El hallazgo de la hipotética medida alternativa adquiere especial complejidad en el control de constitucionalidad de las leyes, pues es difícil determinar en abstracto los medios que llenen tales condiciones. No sería razonable exigir al juez que vaya demasiado lejos en la búsqueda de medios alternativos, lo cual, adicionalmente, pudiera desplazar la función judicial hacia la libre determinación de la regulación deseable.

El juez debe tener en cuenta en primer lugar los alegatos de quien impugna la medida legal por estimarla innecesaria, los cuales con frecuencia incluirán una referencia al medio alternativo más benigno. Además, ha de considerar, según la jurisprudencia constitucional, como veremos, las alternativas discutidas en círculos especializados. Puede también calibrar las que le parezcan evidentes o plausibles, aunque no hayan sido alegadas, lo cual es recomendable que sea contrastado con la opinión de expertos.

Un caso en el que se hacen visibles estos límites de la búsqueda es la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la regulación de la actividad de montar a caballo en los bosques. La legislación de uno de los Estados federados había establecido que para cabalgar en los bosques debían utilizarse caminos especialmente destinados a estos efectos, de tal modo que dicha actividad no podía realizarse en las vías disponibles para los excursionistas o viandantes. Esta separación entre el tránsito de jinetes y el de quienes llevaran a cabo otras formas de esparcimiento, dirigida a proteger especialmente a los excursionistas y a mantener en buen estado las vías que quedaban a su disposición, no fue declarada contraria al mandato de necesidad, porque el Tribunal reiteró que su control podía reducirse a examinar si las alternativas señaladas por el recurrente y las discutidas en círculos especializados reunían las condiciones ya conocidas. En el caso concreto, se limitó a verificar que el recurrente no había propuesto tal alternativa y que esta, por lo demás, tampoco saltaba a la vista⁹³.

⁹³ BVerfGE 80, 137 (págs. 152 y ss.).

Nótese que, si bien la fórmula general ratificada podía exigir un poco más de los jueces, sobre todo por la alusión a las discusiones desarrolladas en medios especializados, el Tribunal descartó de manera expedita la existencia de una medida alternativa. Ello porque no resultaba evidente que alguna pudiera entrar en consideración a estos efectos. La referencia a las alternativas discutidas en círculos de especialistas está pensada, pues, para los supuestos en que sea pertinente, en los cuales los jueces estén al tanto o sean informados de que hay un debate científico o especializado sobre la materia. En varias decisiones, en las que estas condiciones no se cumplen, el Tribunal Constitucional Federal se conforma con decir que no es evidente que exista una medida alternativa no menos idónea y menos gravosa⁹⁴.

Un caso en el que el Tribunal se basó en la alegación del recurrente para reconocer un medio alternativo evidentemente no menos idóneo y también más benigno fue la decisión sobre la prohibición de circulación de productos que se asemejaban al chocolate pero que en realidad mezclaban porciones de cacao en polvo con otros ingredientes. La finalidad perseguida por la prohibición, que admitía pocas excepciones, era evitar que los consumidores fueran inducidos a confusión o error con motivo de la comercialización de tales productos. El recurrente planteó que la adecuada señalización de los ingredientes que aquellos contenían era suficiente para alcanzar esa finalidad y así lo estimó la decisión judicial⁹⁵.

b') *Medios alternativos y premisas empíricas controvertidas*. En el ejercicio del control jurisdiccional de la necesidad del medio elegido, tiene relevancia, al igual que en el de la idoneidad como tal, la falta de certeza sobre las bases empíricas de la problemática que ha sido abordada por el legislador y que motiva la restricción de un derecho fundamental. En un contexto fáctica o técnicamente inseguro no sería correcto, desde el prisma de la división de las funciones públicas, que el juez determinara la preferencia, frente al ya previsto por la ley, de otro medio hipotético de idoneidad aparentemente equivalente. El riesgo de incursionar en ámbitos todavía abiertos al debate entre especialistas o a la comprobación práctica ha de asumirlo en primera línea el legislador, que está en mejores condiciones para ensayar y, eventualmente, rectificar. Esto no significa que en tales circunstancias la medida legalmente establecida siempre deba prevalecer, solo implica que por lo general superará la prueba de la necesidad, aunque debe pasar por el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, el cual puede exigir al legislador un sustento empírico muy sólido, a la luz de la severidad de la intervención en el derecho fundamental.

Muestra de lo expresado es la decisión dictada en el caso ya comentado relativo a la penalización de conductas relacionadas con el tráfico, producción

⁹⁴ *Vid.*, entre otras, *BverfGrGE* 101, 331 (págs. 349 y ss.).

⁹⁵ *BVerfGrGE* 53, 135 (págs. 143 y ss.).

o posesión de ciertas drogas (*Cannabis*), en la cual el Tribunal Constitucional Federal, después de ratificar la idoneidad de la respectiva prohibición y sanción, examinó su necesidad y abordó el argumento según el cual los fines pretendidos podían alcanzarse mejor mediante una política de liberalización de esta droga, como medio más benigno. El Tribunal sostuvo que la discusión de política criminal sobre la posibilidad de procurar la reducción del consumo de tales drogas por medios distintos a la penalización estaba abierta, sin que existieran conocimientos científicamente fundados que respaldaran las posiciones contrapuestas. El fallo no descartó que en algunos temas la certeza de los conocimientos criminológicos disponibles permitiera excluir una regulación de naturaleza penal, pero afirmó que al tener que elegir entre varios medios, todos potencialmente idóneos para alcanzar el fin legislativo, el legislador gozaba de una prerrogativa o facultad de apreciación, sin que las opiniones contrarias a las medidas examinadas en ese caso arrojaran tal nivel de certeza⁹⁶.

De esta forma se enuncia una regla general favorable a preservar la determinación tomada por el legislador en terrenos todavía empírico-científicamente inseguros, lo cual no impide que el desarrollo de los conocimientos en ese campo disipe muchas de las dudas reinantes y facilite el control judicial, que puede desembocar en la declaratoria de inconstitucionalidad de la innecesaria restricción. Además, dada la posibilidad de que en áreas aún rodeadas de grandes incertidumbres y de controversias entre expertos existan algunos denominadores comunes o conocimientos ampliamente aceptados; en estos ámbitos los jueces también están en condiciones de censurar aquellas medidas manifiestamente innecesarias.

c') *Necesidad de la medida y evolución del contexto fáctico y normativo*. Es importante observar que la determinación de la necesidad de una medida puede requerir una revisión del marco normativo en que se inscribe, de las circunstancias de su gestación y de la evolución que ambos hayan sufrido. Al respecto, es interesante traer a colación una sentencia en la que se niega la necesidad de la medida legal en atención a la modificación de sus presupuestos fácticos y normativos. Se trata de un amparo constitucional cuyo trasfondo era una vieja normativa que estableció un sistema de admisión particular y excluyente para el ejercicio de un abogado ante los tribunales civiles superiores de los estados federados. De acuerdo con dicha normativa, que paulatinamente había sido abandonada en varios de esos estados conforme a lo dispuesto en la legislación federal, los abogados beneficiarios de la respectiva admisión eran los únicos facultados para ejercer en tales tribunales, pero no podían hacerlo en otras instancias civiles de la jurisdicción. La sentencia enunció las razones históricas de tal regulación: la mayor facilidad para contactar al abogado y mantener relaciones que fomentaran un trabajo conjunto entre el tribunal y la abo-

⁹⁶ BVerfGE 90, 145 (págs. 171 y ss.).

gacía establecida en la localidad; un mejor conocimiento de la práctica forense y la jurisprudencia del tribunal; la mejora de la asesoría forense, y la garantía de que otro profesional del Derecho, distinto al que actuó en primera instancia, se encargara del caso en la apelación. A causa de cambios operados en la forma de organización de los despachos de abogados y de las actuales facilidades para la movilidad de personas y las telecomunicaciones no cabe sostener, según el Tribunal, que las dos primeras razones mencionadas conserven vigencia, de lo cual ha dado señas el legislador en reformas introducidas en la normativa procesal civil y en la relativa al ejercicio de la abogacía.

En relación con las razones subsistentes, un examen de la evolución legislativa en la materia le llevó a afirmar que “no es posible constatar con claridad que el legislador todavía considera a la autorización particular como un medio idóneo y necesario para mejorar la administración de justicia”. La mejora de la administración de justicia fue así asumida como la finalidad de la restricción legal a la libertad de profesión. Aunque originalmente (1959), en un contexto distinto, había sido otra la apreciación del legislador, reformas legales posteriores sobre la formación de sociedades mixtas de abogados y sobre la incorporación de directrices de la Comunidad Europea relativas al ejercicio de la abogacía en los países miembros (1990), revelaban, según el fallo, un cambio de visión, que se ponía de manifiesto especialmente en la sustitución de la separación entre el abogado de la primera instancia y el de la apelación por una prohibición específica, no sirviéndose del sistema de la admisión particular sino del de la admisión simultánea a diversas escalas judiciales. Ello permitió al Tribunal aseverar “que el legislador desde 1990 de manera progresiva y más clara se distanció de su apreciación inicial, según la cual la admisión particular era en general más beneficiosa para la administración de justicia que la admisión simultánea”. La experiencia acumulada en los Estados federados que ya habían abandonado la admisión particular demostraba, además, que no había diferencia sustancial entre los dos sistemas en cuanto al funcionamiento de la justicia, a lo que se sumaba la histórica ausencia de una restricción semejante a la admisión particular en otros órdenes jurisdiccionales, como el contencioso-administrativo, todo lo cual sustentó la declaración de que la restricción legal no era “necesaria”⁹⁷.

La sentencia es, por un lado, un ejemplo de un pronunciamiento frontero entre las exigencias de idoneidad y de necesidad. Ambas son invocadas como criterio indiferenciado de control, aspecto que podría explicarse porque la segunda en cierto modo es, como antes se afirmó, una prolongación de la primera. Supone, no obstante, algo más que la idoneidad y la decisión resulta imprecisa al rechazar la necesidad del sistema de admisión particular sin señalar cuál es el medio alternativo más benigno y de eficacia equivalente. Cabe

⁹⁷ *BVerfGE* 103, 1 (págs. 9 y ss.).

inferir que este sería la prohibición de la concurrencia en un mismo abogado de la representación judicial en las dos instancias, pero este es un punto que en realidad quedó abierto, ya que el fallo subraya que el legislador no introdujo esta solución en una reforma de 1994 y que después no la ha considerado imprescindible. También puede colegirse que la alternativa reside en el sistema de admisión simultánea, pero este, antes que representar una medida alternativa, implica la ausencia de medida específica alguna.

Dejando de lado este aspecto opaco del fallo, interesa destacar la importancia que, aun en un pronunciamiento que niega la necesidad del medio elegido por la ley, se confiere a la voluntad legislativa expresada en sucesivas reformas normativas. El Tribunal Constitucional Federal procuró, tanto como fuera posible, sustentar un criterio que coincidiera con los propósitos y la visión actuales del legislador, en atención al principio democrático. Aquí fue el propio legislador el que fue marcando el camino hacia la pérdida de justificación del sistema de admisión particular, y el Tribunal se encargó de poner de relieve las señas e hitos de esta evolución. Lo cual no significa que en casos de evidente pérdida de sentido de una restricción legal, a causa de una alteración sensible de las circunstancias que la vieron nacer, la jurisdicción constitucional no pueda declarar la inconstitucionalidad de la correspondiente disposición legal, aun cuando su autor no haya dado signos de apartarse de la voluntad que acompañó su gestación.

Una situación parecida, en la que la jurisprudencia confirió relevancia a pasos legislativos dados que se apartaban no ya de la regulación examinada sino de una posible interpretación de la misma, se ha presentado en el ámbito de las incompatibilidades de los abogados notarios. Para asegurar la independencia e imparcialidad de todo notario, la legislación correspondiente somete a una autorización de la autoridad supervisora la participación de notarios en consejos de vigilancia de organizaciones empresariales, la cual debe ser negada cuando esta no sea compatible con la función notarial o ponga en riesgo la confiabilidad en la imparcialidad o independencia del notario. La sentencia impugnada mediante amparo había confirmado respuestas negativas a solicitudes de pertenecer al consejo de vigilancia de instituciones bancarias, basadas precisamente en los mencionados supuestos legales, mientras que el Tribunal Constitucional Federal declaró que había sido lesionada la libertad de profesión de los afectados, porque el principio de proporcionalidad exigía considerar medidas menos gravosas para dicha libertad que alcanzaran la finalidad legal. Podía acudirse, con arreglo a las circunstancias, a la disposición de la misma ley que permite conceder una autorización pero fijando condiciones u obligaciones especiales, en lugar de una completa negativa a la realización de la actividad⁹⁸.

⁹⁸ BVerfG, 1 BvR 1717/00, de 23 septiembre 2002.

En este pronunciamiento judicial tuvo un peso decisivo la voluntad legislativa expresada en la normativa sobre una materia conexas o paralela, la de autenticaciones y legalizaciones, en la cual fue abandonada la idea, inicialmente considerada por el legislador, de someter a los notarios que pertenecieran al consejo de vigilancia de alguna empresa a una prohibición absoluta de autenticar documentos surgidos del tráfico jurídico de esta empresa. Según esta concepción legislativa, la previsión legal de la obligación de hacer pública la relación y de dar a la otra parte en el negocio la oportunidad de exigir un cambio de notario es suficiente para preservar los principios de la función notarial antes señalados.

Otra decisión en la que se hace patente el influjo de modificaciones del marco normativo en el juicio de necesidad se refiere a las restricciones a la publicidad de las asociaciones dedicadas a la asesoría de trabajadores en materia tributaria. Para procurar la igualdad de oportunidades en la concurrencia entre estas asociaciones —surgidas para asistir a los trabajadores en asuntos tributarios ligados con la relación laboral— y los profesionales liberales dedicados a la asesoría o representación en materia tributaria, se sometió a las primeras a restricciones publicitarias análogas a las que estos profesionales debían respetar, aunque sin llegar a una equiparación, en atención a las peculiaridades de aquellas y, en especial, a la necesidad en que se encuentran de hacer conocer su existencia y los servicios que ofrecen entre sus potenciales miembros. Se redujo la publicidad de tales asociaciones principalmente a los periódicos de frecuencia diaria, excluyendo así a los boletines municipales, cuya frecuencia normalmente es menor. No obstante, estos son de singular utilidad para la difusión de la actividad de esas asociaciones entre posibles interesados. Con posterioridad a la aprobación de la norma restrictiva, el gremio de los profesionales del ramo de la asesoría tributaria autorizó la publicidad de sus actividades incluso en boletines o periódicos comerciales de frecuencia no diaria y de ámbito regional, lo que fue invocado por el Tribunal Constitucional Federal como fundamento de la falta de necesidad (sobrevvenida) de la restricción legal, pues esta ya no propendía a la igualdad de oportunidades entre concurrentes, sino más bien a colocar en desventaja a las asociaciones de asesoramiento tributario a trabajadores, al privarlas de un medio de publicidad del que los citados profesionales ahora sí disfrutaban.

Nuevamente hay un cambio en el contexto normativo que repercute en el rechazo de la necesidad del medio legalmente adoptado. Por lo demás, otra vez la decisión no es clara en el señalamiento del medio o medios alternativos que tendrían preferencia, sino que solamente señala que el fin perseguido también “sería alcanzable con medios que no incidan tan enérgicamente en la libertad de profesión”, y genera por sí misma la situación normativa considerada conforme con la Constitución, consistente en la supresión de la barrera impuesta a las asociaciones de asesoramiento tributario a los trabajadores, en lo que

atañe a la posibilidad de insertar avisos publicitarios en boletines municipales. Aquí en el fondo la exigencia de necesidad se solapó tácitamente con un control guiado por el principio de igualdad, pues mantener la prohibición solo respecto de uno de los agentes de un mercado, sin justificación, comportaba un tratamiento discriminatorio.

d') *Necesidad en abstracto y en concreto*. Al igual que ocurre con la exigencia de idoneidad, la jurisprudencia ha sabido enlazar el plano abstracto de la regulación legal con el plano concreto de la aplicación normativa. En el primero de estos planos es suficiente con que la ley, en relación con las situaciones generales o promedio que pretende regular, satisfaga la exigencia de necesidad, pues no se requiere que lo haga respecto de todos los supuestos imaginables de aplicación. Esto no asegura, sin embargo, que en todo caso concreto tal exigencia sea observada.

Con gran frecuencia, la adopción de actos particulares que afecten derechos fundamentales depende del uso de potestades discrecionales o, al menos, de un margen de apreciación en virtud de los cuales se determina el medio considerado apropiado, que puede resultar desproporcionado desde el punto de vista de su necesidad. No está en manos del legislador impedir que estos excesos se produzcan, pero puede estar obligado a tomar cautelas normativas que tiendan a evitarlos. En el caso examinado de la sentencia relativa a las medidas de vigilancia acústica de viviendas, el Tribunal Constitucional Federal, en atención a la severidad de la injerencia en derechos fundamentales y a lo dispuesto en la Constitución (art. 13.3 LF), fue explícito al requerir del legislador previsiones en virtud de las cuales estas medidas solo fueran utilizadas como un último recurso, lo cual es extensible a otros supuestos⁹⁹. Así, la privación de libertad durante el proceso penal es una *ultima ratio* frente a otras formas de restricción de derechos, como la presentación periódica ante el tribunal o la prohibición de salida del país, y la ley debe procurar que esta escala de preferencia se haga visible ante los jueces y las partes y debe articular mecanismos que permitan corregir oportunamente los abusos que, desde el prisma de la necesidad, puedan cometerse.

El control que ha de ejercerse para verificar la necesidad de actuaciones concretas, judiciales o administrativas, que afecten derechos fundamentales, propende a ser más riguroso que el correspondiente a la revisión abstracto de la constitucionalidad de una ley. Es lógico que así sea, pues la conexión con un caso particular reduce el radio del análisis fáctico y de la comparación que el juicio de necesidad normalmente lleva consigo y facilita la visualización de posibles medios alternativos, los cuales frecuentemente no tendrán un carácter hipotético, sino que estarán contemplados en la propia ley aplicada o en otras disposiciones legales pertinentes. Por otra parte, ha de tenerse presente que

⁹⁹ BVerfGE 109, 279 (págs. 325 y ss.).

una disposición puede llenar en términos generales, es decir, a la vista de sus supuestos comunes o promedio de aplicación, el requerimiento de necesidad, pero no colmarla respecto de una situación singular o atípica comprendida por el texto del precepto.

Una situación como la enunciada fue planteada en el caso relativo al régimen legal autorizatorio previsto para actividades de transporte de personas, el cual descartaba el otorgamiento de la autorización cuando los servicios correspondientes pudieran ser prestados satisfactoriamente con los medios de transporte ya existentes¹⁰⁰. Esta barrera para el ejercicio de las respectivas actividades fue considerada en principio aceptable, pero no respecto de dos formas de transporte de personas caracterizadas por su ocasionalidad: el traslado de pasajeros mediante taxis o mediante servicios privados de transporte (vehículos alquilados con conductor). En el primer caso no fueron hallados bienes superiores de la comunidad que exigieran tal limitación de la libertad profesional, como suele requerirse al examinar condiciones objetivas impuestas para el disfrute de la libre elección de profesión; en el segundo, la restricción legal no fue considerada imprescindible para alcanzar el objetivo legal de evitar una competencia ruinosa y un declive de la actividad regulada. Este fin podía lograrse por medio de la facultad autorizatoria contemplada, que permitiría proteger dicha actividad en los supuestos especiales en que esta realmente estuviera en serio riesgo, lo cual se derivaría no de la simple incorporación de un nuevo empresario a un sector que pueda estar satisfactoriamente atendido con los medios de transporte ya en funcionamiento, sino de circunstancias adicionales. El mencionado criterio excluyente de la autorización era válido para otros supuestos pero no para los indicados medios de transporte ocasional, lo cual motivó una declaratoria parcial de nulidad (inconstitucionalidad) sin alteración del texto de los preceptos cuestionados, los cuales seguían en vigor para los demás casos (tranvía, trolebús).

Esta decisión, dictada al resolver cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los jueces ordinarios, es ilustrativa de la función que puede cumplir este mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes en el examen de la necesidad de la restricción de un derecho fundamental, la cual puede ser colmada por una ley en lo que atañe a sus supuestos generales o principales de aplicación pero no respecto de otras situaciones literalmente abarcadas por una disposición. Aparte del control concreto de constitucionalidad de las leyes, el amparo constitucional es de singular importancia para evitar la intervención innecesaria en tales derechos.

e') *Necesidad e interpretación de preceptos legales.* Tal como sucede con el principio de proporcionalidad en general, el subprincipio de necesidad influye en la interpretación de los preceptos legales y, de esta forma, permite excluir

¹⁰⁰ BVerfGE 11, 168 (págs. 185 y ss.).

significaciones y aplicaciones que lo contradigan. Buen ejemplo de ello es la decisión judicial relativa a la obligación especial de retorno de los vehículos privados utilizados para el transporte de personas¹⁰¹. La legislación alemana distingue entre los taxis, como servicio público de transporte, y la actividad privada, también sujeta a regulación, de alquiler de vehículos con conductor para traslados específicos convenidos. Para proteger al servicio prestado por los taxistas, se prohíbe a esos vehículos alquilados tomar clientes en calles o lugares reservados para los primeros, a lo que se suma la obligación de volver a la sede de la empresa una vez que han cumplido su encargo, a menos que antes de partir, o durante el viaje mediante comunicación a distancia, hubieran recibido otro encargo. La redacción de la disposición parecía circunscribir esta última posibilidad al viaje de traslado del pasajero.

El Tribunal Constitucional Federal admitió la conformidad de la restricción legal con la exigencia de necesidad, dada la ausencia de medios alternativos igualmente idóneos para proteger el servicios de taxi, pero declaró que debía ser interpretada de tal modo que también durante el viaje de retorno puedan atenderse nuevos encargos, sin que sea imprescindible volver a la sede de la empresa. La comprensión del precepto según la cual recibir encargos durante el viaje de retorno no estaría permitido, de manera que el conductor debería inexorablemente retornar a dicha sede, iba más allá de lo necesario para alcanzar esta finalidad, por lo que quebrantaba el derecho al libre ejercicio de la profesión y debía ser expresamente desechada, tal como ocurrió.

C) *La proporcionalidad en sentido estricto*

a) *Rasgos generales de la proporcionalidad en sentido estricto*. Podemos mencionar los siguientes:

a') *Significación y alcance*. La proporcionalidad en sentido estricto es la vertiente más exigente y comprensiva de la idea de la prohibición de exceso. Más exigente, porque no se limita a comprobar la medida en la relación entre el medio legal y el fin perseguido o entre diversos medios idóneos respecto de dicho fin, sino que incorpora la misma finalidad legislativa como objeto del control. Más comprensiva, porque tiene en cuenta múltiples aspectos que confluyen en la restricción de un derecho, de índole tanto fáctica como normativa, para incluirlos en la ponderación. Este segundo aspecto se entrecruza con el primero, porque de la ponderación puede derivarse la necesidad de desarrollar un examen muy riguroso de la justificación de la restricción.

Adicionalmente, la proporcionalidad en sentido estricto tiene un cierto carácter residual o de cierre respecto de los otros requerimientos de la proporcionalidad, ya que algunos restos o desequilibrios que no sean atendidos desde el prisma de aquellos pueden replantearse y ser relevantes desde el ángulo

¹⁰¹ BVerfGE 81, 70 (págs. 84 y ss.).

de la proporcionalidad en sentido estricto. Así, la existencia de un medio alternativo mucho más benigno para el derecho pero algo menos idóneo que el elegido por el legislador en principio no impedirá a este superar la prueba de la necesidad, pero el mismo puede naufragar al momento de la ponderación, si ese relativo exceso en la restricción no resulta compensado por la importancia de la realización del fin legal. Igualmente, un medio alternativo que sea bastante menos gravoso para el derecho y suficientemente idóneo pero repercuta seria y negativamente en intereses públicos o de terceros no bastará para desechar el previsto en la ley, mas ello no asegura que este se avenga con la proporcionalidad en sentido estricto.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es, por otra parte, el que suele poseer mayor complejidad, por la dificultad de resolver mediante una adecuada argumentación y conforme a criterios racionales el conflicto entre bienes jurídicos que se haya suscitado. No es ocioso recordar que la ponderación, como vía seguida para solucionar colisiones, ha estado en el centro de una contienda doctrinal que permanece abierta, en la cual han concurrido opiniones que han puesto en duda su racionalidad, como también posturas dirigidas a encontrar y consolidar, dentro de una temática que se reconoce llena de dificultades, ámbitos o segmentos de racionalidad¹⁰². Y la tercera vertiente de la proporcionalidad consiste precisamente en una ponderación, hasta el punto que con frecuencia aquella es denominada “mandato de ponderación”¹⁰³.

La proporcionalidad en sentido estricto implica guardar una recta correlación entre medios y fines, lo cual, dentro de la temática objeto de análisis, supone determinar si la restricción o injerencia sufrida por un derecho se justifica en razón de los fines que la motivan, lo que obliga a sopesar la limitación del derecho, en sus diversas facetas, y el nivel de realización de los bienes jurídicos abarcados por dichos fines. Esto supone calibrar los costos y beneficios de una regulación o medida, siendo el derecho fundamental afectado el punto de partida para el análisis y el aseguramiento de su más amplio disfrute un criterio rector, pues los sacrificios no compensados o justificados por la importancia de la consecución de tales fines resultan inconstitucionales. Tal como suele señalar la jurisprudencia, los medios empleados no deben afectar en exceso ese derecho o, en otras palabras, no deben pisar el umbral de lo insoportable¹⁰⁴, teniendo aquí la soportabilidad o tolerabilidad una connotación no necesariamente absoluta, alusiva a una barrera que en ninguna circunstancia podría ser rebasada, sino más bien una de índole relativa, referida a la adecuada relación que debe preservarse entre el acortamiento padecido por el derecho y la finalidad de la restricción legal.

¹⁰² *Vid.*, entre otros, BERNAL, *op. cit.*, págs. 163 y ss.; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 29 y ss.

¹⁰³ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 761 y ss.

¹⁰⁴ *Vid.*, entre otras muchas, BVerfGE81, 156 (págs. 192 y ss.); 83, 1 (19).

El exceso que en este escalón del principio de proporcionalidad se pretende controlar estriba no en que un medio limitativo de derechos carezca de aptitud para favorecer la finalidad legal, ni en que aquel vaya más allá de lo requerido para satisfacerla a causa de la existencia de una medida alternativa menos gravosa, sino en lo injustificado de la reducción de la libertad a la luz de los beneficios que se puedan generar para la comunidad o para otros titulares de derechos. No se pone en discusión la pura idoneidad o la necesidad de una medida en orden a la consecución de un fin, sino el sentido de la restricción, que puede ser muy severa para el derecho en comparación con las ventajas que de ella cabe esperar.

Una de las diferencias entre la proporcionalidad en sentido estricto y los otros dos componentes del principio de proporcionalidad es que la primera consiste en una exigencia de significación normativa y valorativa, que conduce a sopesar normas jurídicas en tensión o, en otros términos, los bienes jurídicos que estas comprenden, entre los cuales ha de mantenerse una relación de armonía o concordancia. Sin embargo, la ponderación que aquí está implícita no es ajena a consideraciones de naturaleza empírica, pues, como ya adelanté y luego reiteraré, factores de esa índole pueden converger, por ejemplo, en la determinación del grado de realización del bien o principio invocado para justificar la restricción de un derecho o influir en el reconocimiento de especiales márgenes de apreciación a favor del legislador. Con todo, estos elementos fácticos no tienen un valor autónomo sino que están inscritos en la ponderación que distingue a esta faceta de la proporcionalidad.

b') *Ponderación y término para la comparación.* La tercera vertiente de la proporcionalidad tiene también la peculiaridad de que presupone un término o criterio para la comparación que ella misma no aporta completamente. El control de la necesidad de un acto estatal normalmente se traduce en una comparación entre medios, pero esta se orienta por un criterio ínsito a esa exigencia: la búsqueda de un medio más benigno para el derecho pero no menos eficaz para la consecución del fin legal. Mientras que la proporcionalidad en sentido estricto lleva a efectuar una confrontación ponderativa que no puede ser resuelta sin acudir a criterios o puntos de vista materiales o formales externos. Por supuesto, la idea de prohibición de exceso de la que aquella es expresión prescribe la exclusión de las actuaciones estatales que afecten un derecho más allá de lo razonablemente aceptable, en consideración al fin perseguido y al grado de su realización, y en este sentido se erige en criterio de decisión, pero para tomarla es preciso ponderar los bienes en conflicto, cuyo peso o valor no viene determinado por la proporcionalidad en sentido estricto. La búsqueda de la razonabilidad en la correlación entre medios y fines obliga ahora a incorporar en la ponderación otros criterios materiales o formales.

Este *tertium comparationis* puede hallarse, como ha sido observado, en el propio ordenamiento constitucional¹⁰⁵; en otras palabras, el término para

¹⁰⁵ JAKOBS, *op. cit.*, pág. 24.

la comparación es “el peso constitucional” de los intereses en juego¹⁰⁶. Esta respuesta simple y hasta lapidaria requiere numerosas precisiones y diferenciaciones. En primer lugar ha de advertirse que no debe pretenderse obtener de aquel ordenamiento un orden jerárquico general de los valores constitucionales, a partir del cual resolver *more geometrico* las colisiones constitucionales. Es altamente dudoso que sea posible realizar esa ordenación abstracta de valores¹⁰⁷; lo que sí cabe aseverar es que no es necesario lograrlo para aplicar la proporcionalidad en sentido estricto. Esta no va destinada única o principalmente a sopesar valores abstractos, sino a procurar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas o el contexto particular en que se produce la colisión o tensión entre bienes jurídicos, que la afectación de uno de ellos para la satisfacción del otro mantenga la debida medida, lo cual se traduce, desde la perspectiva del control judicial, en que debe calibrarse la magnitud de tal afectación y la de dicha satisfacción, para determinar si la restricción o intervención en el derecho no resulta excesiva.

No es extraña a la ponderación, considerar el valor abstracto de los bienes enfrentados. De allí que en la jurisprudencia se encuentren alusiones al “alto valor”¹⁰⁸ de la vida dentro del orden constitucional, o a la significación de la libertad personal como condición para el pleno disfrute de los demás derechos¹⁰⁹. Sin embargo, ello no forma parte de una confrontación puramente abstracta entre bienes o principios, sino es un factor que se introduce en la ponderación, cuyo punto de mira reside en el caso concreto o situación particular examinada y a la específica colisión o tensión normativa resultante.

Prescindiendo, por tanto, del eventual o acaso ilusorio hallazgo de un orden abstracto de los valores constitucionales, es posible rescatar la tesis de que la Constitución sirve de *tertium comparationis*. Ella puede ofrecer puntos de vista relevantes para desarrollar la ponderación: permite establecer equivalencias o diferenciaciones, tales como distinguir entre bienes constitucionalizados y los que no lo están pero pueden ser tenidos en cuenta por el legislador para imponer restricciones; o entre derechos fundamentales, como contenido constitucional generalmente dotado, al menos en el plano de las cargas de la justificación y la argumentación, de una posición de partida favorable, y otros bienes constitucionales. Además, es posible efectuar, con apoyo en la Constitución, diferenciaciones al medir la intensidad o significación de las intervenciones en los derechos fundamentales. Así ocurre con la dignidad humana en la Ley Fundamental (art. 1.1 LF), como norma básica que soporta

¹⁰⁶ R. WENDT, “Der garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, en *AöR* 104, 1979, págs. 414 y ss.

¹⁰⁷ Vid. ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 152 y ss.

¹⁰⁸ *BVerfGE* 115, 118 (139).

¹⁰⁹ *BVerfGE* 10, 302 (322).

las demás disposiciones sobre derechos fundamentales y otorga, en caso de colisión, mayor resistencia a los derechos que sufran una injerencia próxima a las fibras sensibles de conexión de los mismos con la dignidad de la persona.

Una perspectiva o conexión sistemática al sopesar los bienes en conflicto, en la cual ocupa un lugar capital la democracia como marco o sistema político sin el cual los derechos fundamentales perecerían, puede también iluminar la ponderación. Más adelante habrá oportunidad de ahondar en esta idea, siendo en este momento pertinente destacar que el principio democrático, como postulado formal, y la democracia, entendida como sistema político conectado con ciertos valores, pueden inclinar la balanza al ponderar tales bienes y ello no solo en los ámbitos de libertad en los que aquello clásicamente se ha proyectado, como la libertad de expresión o de manifestación, sino incluso en otros ligados esencialmente a la autonomía privada. Buen ejemplo de ello es la importante sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la ley del censo de 1983, en la cual los riesgos del tratamiento automatizado de datos fueron apreciados no solo desde el punto de vista del individuo y de sus posibilidades de libre desarrollo personal, sino también desde el ángulo de la significación de la autodeterminación individual para el funcionamiento de la democracia, puesto que “la autodeterminación es una condición funcional elemental de una comunidad democrática-liberal, fundada en la capacidad de acción y participación de sus ciudadanos”¹¹⁰. De acuerdo con esto, una limitación del derecho general de la personalidad, consistente en el almacenamiento de ciertos datos personales y dirigida a proteger la seguridad pública, tenderá a ser más aguda y, por tanto, más difícil de justificar, en la medida en que comprenda informaciones o formas de uso o transmisión de las mismas que propendan a repercutir negativamente en las posibilidades de acción política de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional Federal ha otorgado, sobre todo en su jurisprudencia más temprana, importancia al orden de valores de la Constitución o a ciertos valores considerados superiores, lo cual, aunque no necesariamente bajo ese andamiaje conceptual, puede repercutir en la ponderación. En este sentido dicho Tribunal ha declarado que cuanto más sean afectadas por la injerencia estatal formas elementales de expresión de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente deben ser ponderadas las razones aducidas para justificarla con la pretensión fundamental de libertad del ciudadano. De allí que haya aseverado que la Ley Fundamental ha instaurado “un orden de valores objetivo”, en el cual la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad “forman el núcleo de este sistema de valores”¹¹¹. La libertad humana, como pilar o eje del catálogo de derechos de la Ley Fundamental, o como valor superior de ese orden constitucional, se hace presente de esta

¹¹⁰ *BVerfGE* 65, 1 (43).

¹¹¹ *BVerfGE* 7, 198 (205).

manera en la ponderación. La apelación a valores superiores para solventar colisiones ha de ser vista, sin embargo, con suma prudencia, debiendo darse preferencia a la argumentación a partir del concreto derecho afectado. Cabe identificar en cada Constitución determinados principios fundamentales que soportan y articulan, explícita o implícitamente, muchas de sus regulaciones particulares y es difícil negar que aquellos tengan incidencia en la resolución de colisiones. Pero el nivel de abstracción que los caracteriza, sobre todo bajo la figura de los valores superiores, abre amplios espacios al subjetivismo y a las decisiones apodócticas. De allí la importancia de tejer finamente a partir de la normativa constitucional, especialmente de la relativa a los derechos fundamentales, la argumentación que conduzca a inclinar en uno u otro sentido la balanza de la ponderación, siempre a la luz de las circunstancias por las que el conflicto normativo surge.

No están eximidos de esta cautela los enunciados genéricos que en algunas Constituciones plasman valores superiores del ordenamiento jurídico. Ello porque, pese a su base textual, su invocación en la ponderación puede ser una vía fácil pero altamente expuesta al error y a la escasa transparencia argumentativa. Con frecuencia existirá, por ejemplo, la tentación de sostener que la medida legislativa sujeta al control de proporcionalidad es, o no, la más ceñida a la justicia, con la intención de añadir este factor a uno de los platillos de la balanza, lo cual supondría privar al control de proporcionalidad en sentido estricto de su razón de ser, que no es encubrir o potenciar la incorporación de valoraciones o intuiciones subjetivas en el control de las restricciones o injerencias estatales en los derechos, sino evitar, con base en un procedimiento jurídico, los excesos que en este campo puedan cometerse. Su contribución a la justicia estriba precisamente en combatir estos excesos mediante un método racional y una argumentación que susciten merecidamente convencimiento o aceptación. Por otro lado, no ha de olvidarse que dichos valores superiores pueden reproducir, en un nivel de mayor abstracción, la tensión concreta planteada, neutralizándose en ese plano unos con otros (la libertad y la igualdad, por ejemplo).

Pudiera suscitar dudas el señalamiento de la Constitución como fuente de criterios para comparar o ponderar, cuando se plantea una colisión entre un derecho fundamental y un bien no establecido constitucionalmente. Pero aquella aporta al menos el criterio de diferenciación jerárquica entre uno y otro, relevante aunque insuficiente para resolver la colisión, y ofrece otros criterios aplicables, como el de la conexión sistemática y el de las pautas que orientan la ponderación, inherentes a la idea de la prohibición de exceso.

c') *Proporcionalidad y ponderación circunstancial o contextualizada de bienes o principios.* Como se desprende de lo arriba indicado, al sopesar los principios o bienes que concurren en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no ha de acudir a una expedita jerarquización de los mismos para

decidir, con fundamento en esta, si la restricción legislativa es respetuosa de la proporcionalidad. Ha de partirse, más bien, de la particular situación en la que dichos bienes entran en rivalidad.

Una vez que se ha precisado el derecho afectado y el bien o principio cuya satisfacción constituye la finalidad de la norma restrictiva, ha de prestarse atención a las circunstancias en que esta colisión se produce. Ello implica considerar el contexto en que el derecho ha sido ejercido y las características de la medida que incide en el mismo, entre otros factores. Como luego reiteraré, habrá que calibrar la intensidad de la injerencia en el derecho, pues cuanto más lo sea tanto mayor ha de ser el peso de las razones invocadas para justificarla. Si estas razones prevalecen no será porque el bien vinculado con la finalidad legislativa posea una significación abstracta o general superior a la del derecho, sino porque en la situación concreta analizada las razones que respaldan la restricción son preponderantes frente a las que militan en favor del pleno disfrute o ejercicio del derecho. Esto ha sido descrito como una “relación de precedencia condicionada”¹¹², o como una “jerarquía móvil”¹¹³, pues la precedencia no es general o permanente sino se encuentra supeditada al cumplimiento de las condiciones que determinaron tal precedencia. También puede calificarse como una precedencia circunstancial, por su dependencia de las circunstancias en que la colisión ha surgido. Al variar las condiciones o circunstancias de la colisión puede cambiar el resultado de la ponderación.

Es importante considerar los matices que en el desarrollo de la ponderación puedan derivarse del cauce procesal en que es ejercido el control judicial y del objeto sobre el cual recae. Muchas de las decisiones en las que el Tribunal Constitucional Federal se apoya en el principio de proporcionalidad son dictadas con ocasión de recursos de amparo interpuestos contra pronunciamientos judiciales, lo cual imprime rasgos especiales al examen de proporcionalidad. Dejando de lado los amparos incoados directamente contra normas, estos recursos pueden referirse bien a actos de ejecución de una disposición legal contraria a la Constitución, bien a alguna forma de extralimitación o exceso cometida con motivo de la aplicación de preceptos legales. En ambos supuestos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto está naturalmente conectado con los hechos concretos definitorios de la injerencia o restricción del derecho, por lo que la utilización del criterio de la precedencia condicionada no ofrece dificultades especiales. Algo similar ocurre cuando se acude al control concreto de la constitucionalidad de la ley restrictiva, pues surge a raíz de un caso particular de posible aplicación de tal ley.

La revisión abstracta de la constitucionalidad de la ley puede comportar algunas complicaciones, aunque no hay una diferencia esencial o cualitativa

¹¹² ALEXY, *Teoría ...*, op. cit., págs. 87 y ss.

¹¹³ R. GUASTINI, *Distinguiendo ...*, op. cit., pág. 145.

entre este control y el antes esbozado. Los jueces deben igualmente centrar su atención en la específica situación de conflicto normativo planteada —sin que esto implique su sujeción a los argumentos o pretensiones del recurrente—, evitando una ponderación abstracta de bienes. La regulación legal permitirá determinar el alcance de la intervención prevista y será posible apreciar el derecho o derechos afectados. La naturaleza abstracta del control no implica, por lo demás, que los jueces cierren los ojos a la realidad. Por diversas razones procesales el control normativo abstracto ostenta una significación reducida en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional alemana, por lo que no es fácil aportar ejemplos jurisprudenciales especialmente ilustrativos del uso del principio de proporcionalidad del modo indicado. Pero algunos casos planteados por la vía del amparo directo contra normas, que desde una perspectiva jurídico-material también hubieran podido ser tratados en el control normativo directo o abstracto, evidencian la preocupación de los jueces por esclarecer la significación real o práctica de una restricción legal, desde la perspectiva de su aptitud para contribuir a la realización del fin perseguido y de la severidad de la intromisión estatal en la esfera de libertad constitucionalmente protegida. Así lo demuestra la sentencia sobre la reforma constitucional y la ley relativas a la vigilancia acústica de viviendas, ya comentada¹¹⁴. En ese pronunciamiento se llevó a cabo un examen de la constitucionalidad de la regulación legal en el que se analizaron en detalle, desde el ángulo de la proporcionalidad en sentido estricto, los efectos de la medida establecida sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio del destinatario directo y de terceros, incluyendo su posible repercusión sobre el proceso de comunicación en la sociedad, todo lo cual condujo a una interpretación en algunos aspectos restrictiva de los correspondientes preceptos.

El control normativo usualmente denominado abstracto no implica, pues, que la ponderación que en el respectivo cauce procesal se realice para medir la proporcionalidad en sentido estricto de una limitación legal deba traducirse en una confrontación igualmente abstracta entre la importancia del bien o principio vinculado con la finalidad legal y la del derecho fundamental afectado, ya que la ponderación se encuentra atada a los rasgos particulares de la intervención legalmente autorizada, que debe ser aquilatada para precisar la magnitud de su incidencia en el derecho y de su contribución a la realización del fin legislativo. El resultado de la ponderación que se efectúe seguirá siendo expresión de una relación de precedencia condicionada, tal vez ya no fácilmente calificable como circunstancial pero sí como contextualizada, es decir, ceñida a las características del específico conflicto normativo examinado.

De esta forma, el control abstracto de constitucionalidad de las leyes no deja de representar un caso y una materia justiciable, razón por la cual son muy

¹¹⁴ *VerfGE* 109, 279.

discutibles las visiones que conciben dicho control como una delegación del autocontrol del legislador a los correspondientes tribunales constitucionales. El legislador puede articular fórmulas internas de autocontrol de las normas que pretende sancionar como leyes, lo cual no excluye el establecimiento de un control externo de naturaleza jurisdiccional, fundado en la supremacía constitucional y en el interés en su preservación.

b) *Criterios para el ejercicio del control judicial.* Se explican como sigue:

a') *Criterio central para la ponderación.* De acuerdo con una formulación usualmente empleada por el Tribunal Constitucional Federal para referirse a la proporcionalidad en sentido estricto, esta consiste en una ponderación general entre la severidad de la injerencia, por un lado, y el peso y perentoriedad de las razones que la justificarían, por el otro, en la que no debe rebasarse la barrera de lo soportable¹¹⁵. Lo soportable en este nivel del control derivado de la prohibición de exceso no es, o al menos no es normalmente, un límite abstracto o absoluto para las intervenciones en un derecho, que en ninguna circunstancia pueda ser sobrepasado, sino uno de carácter relativo, fruto de la comparación con las razones que respaldan la restricción. En otras palabras, la ponderación sirve para determinar si la restricción sufrida por un derecho, con la específica intensidad que la distingue, se justifica en virtud de la importancia de la realización del bien perseguido por la ley.

La anterior formulación se corresponde con otra muy extendida en la jurisprudencia constitucional, que adopta la modalidad expresiva del cuanto-tanto (*je-desto*), cónsona con la noción de la proporcionalidad: cuanto más intensa sea la intervención en el derecho, tanto mayor ha de ser el peso de los intereses a cuya satisfacción propende la restricción¹¹⁶. Esta reiterada máxima jurisprudencial se ha visto reflejada en la teoría de los principios, que ha enunciado, con igual significación, la llamada ley de la ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹¹⁷. Esta ley pone de relieve que las magnitudes que son medidas no son consideradas de manera aislada sino de forma correlativa; en otras palabras, se trata de pesos relativos.

b') *Principales factores que concurren en la ponderación.* Son muchos los elementos que deben ser sopesados para excluir, desde esta vertiente de la prohibición de exceso, el carácter desproporcionado de la restricción. Debe distinguirse entre aquellos que se refieren a la injerencia en el derecho y aquellos relativos a la significación y grado de realización del fin perseguido.

¹¹⁵ *Vid.*, entre otras, *BVerfGE* 101, 331 (350).

¹¹⁶ *Vid.*, entre otras, *BVerfGE* 16, 196 (202); 30, 292 (316-317).

¹¹⁷ ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 161.

1. *Determinación de la intensidad de la injerencia en el derecho.* Por el costado del derecho, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que influyen en la severidad de la injerencia, tales como las ya mencionadas al examinar la exigencia de necesidad y los criterios para la comparación con posibles medios alternativos más benignos.

Esto puede ilustrarse con la antes citada sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la reforma de la legislación referida a medidas de interceptación o captación de ciertas formas de telecomunicación¹¹⁸. En la misma se enuncian algunos elementos que permiten determinar la severidad de esta injerencia en el derecho al secreto de la correspondencia y de las telecomunicaciones: el número de personas potencialmente afectadas por las medidas estratégicas de interceptación o captación; su permanencia o no en el anonimato; la clase de conversaciones y de contenidos susceptibles de captación; los efectos que puedan temer los posibles afectados, entre otros. En este caso la intervención fue calificada como severa, porque la modificación normativa examinada ampliaba el ámbito geográfico de los controles, ya no limitado a comunicaciones hacia o desde países del Pacto de Varsovia, dada la diversificación de los peligros que ahora se intentaba combatir; porque las personas expuestas al control no habían realizado conducta alguna que lo motivara; y porque el anonimato no quedaba tan garantizado como anteriormente, hasta el punto de que se admitía en algunos supuestos la necesidad de individualizar informaciones, las cuales podían ser almacenadas y transmitidas para lograr los objetivos perseguidos, a lo que se sumaban las dificultades prácticas para implementar los controles de manera completamente automatizada, en la búsqueda de los conceptos o contenidos fijados, mediante mecanismos de captación que hicieran superflua la intervención humana.

Como ingrediente adicional concurre, de manera implícita en esta sentencia pero habitualmente explícita en la jurisprudencia constitucional sobre las injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones privadas y en otros derechos fundamentales (como la inviolabilidad del domicilio o el libre desenvolvimiento de la personalidad), el eventual carácter reservado de la medida, en virtud del cual esté llamada a ser practicada sin el conocimiento de los afectados, lo que agrava la intervención en el derecho. Este agravamiento se hace tanto mayor cuanto más duradera sea la postergación de las posibilidades de reclamar el control judicial sobre tales medidas, más aún en los supuestos extremos en que este quede casi excluido a causa del alcance de la reserva.

Además, la severidad de la injerencia en un derecho puede obedecer a los efectos sociales que la aceptación de la licitud de la correspondiente restricción probablemente traería consigo. Así se sostuvo en el caso comentado, ya que los controles estratégicos sobre ciertas formas de telecomunicación

¹¹⁸ BVerfGE 100, 313 (págs. 375 y ss.).

pueden menoscabar la naturalidad de las comunicaciones, ante el temor de los interlocutores a ser captados por las autoridades y a que los datos obtenidos sean almacenados, utilizados y eventualmente transmitidos. De esta forma, al calibrar el alcance de la intervención en un derecho es preciso en ocasiones adoptar una perspectiva que comprenda un pronóstico sobre las previsibles consecuencias sociales de implantar la restricción legal. Entre ellas se encuentra el posible efecto disuasorio respecto del ejercicio del derecho¹¹⁹.

La conducta o la condición procesal de la persona que padezca una medida restrictiva pueden ser, como se apuntó, relevante al ponderar la severidad de la intervención en el derecho fundamental. La posición del tercero, del no imputado o del no sospechoso suele recibir un tratamiento distinto a la de quien es considerado autor de la acción que intenta ser contenida y tiene la condición de imputado o sospechoso. Así, las medidas restrictivas de derechos autorizadas en el proceso penal se consideran más severas y quedan sujetas a exigencias más fuertes de justificación cuando recaen sobre terceros o repercuten en su esfera jurídica.

Por consiguiente, son múltiples los factores que deben ser considerados, los cuales dependerán de las particulares características de la intervención estatal legalmente prevista. Así, en la sentencia citada la relevancia que se otorga al número de personas posiblemente afectadas, que normalmente es elevado e indeterminado cuando de una restricción legal se trata, se explica por el alcance de los controles que la ley permite aplicar y por la importancia de precisar si se trata de medidas generales o globales de vigilancia de las comunicaciones, cuya licitud es rechazada rotundamente, o de controles selectivos o puntuales, que en ciertas circunstancias pueden tener justificación. La naturaleza de la intervención puede por tanto conferir significación especial a aspectos que en otros supuestos pasarían inadvertidos o quedarían en un segundo plano. En materia de libertad personal es esencial prestar atención a la duración de la privación de libertad, por ejemplo.

También el propio contenido del derecho ilumina los criterios para la determinación de la gravedad de una intervención. De allí el valor que tiene el anonimato en casos relativos al derecho al secreto de la correspondencia y de las telecomunicaciones, cuyo sentido es la protección de ciertas manifestaciones de la vida privada. A veces una perspectiva sistemática coadyuva igualmente al cumplimiento de esa tarea: si resulta limitada la libertad de expresión es capital no perder de vista la posible contribución de los mensajes comprendidos por la restricción a la formación de la opinión pública en una democracia.

2. *Determinación de la importancia y grado de realización de la finalidad legal.* Por el costado de los bienes o intereses que respaldan la restricción y de la importancia y grado de su realización, el análisis ha de enfocarse en la

¹¹⁹ En este sentido *vid.* M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pág. 84.

significación de los bienes jurídicos protegidos por la norma restrictiva y en la magnitud de la afectación a la que estarían expuestos sin la restricción. Aquí se aprecia la convergencia de un peso abstracto y de un peso concreto. Cuando dicho bien jurídico es un derecho fundamental, la regla será la de la paridad abstracta entre los derechos enfrentados, pero de este lado de la balanza puede hallarse un bien colectivo. No es lo mismo invocar, en el marco de una ponderación, la preservación del orden constitucional y democrático o de la salud pública que aducir el mantenimiento de la tranquilidad u orden públicos. Esta dimensión abstracta tiene que ser en todo caso precisada a la luz de la situación específica en que se suscita la tensión con el derecho, lo cual se mide en función de la gravedad del menoscabo que el bien cubierto por la finalidad legal sufriría de no ser sujeto el derecho a una limitación.

Esta idea es la que está presente en la jurisprudencia constitucional cuando señala que al calibrar los bienes para cuya satisfacción se ha acordado una restricción ha de tenerse en cuenta cuán significativos son los bienes jurídicos que con ayuda de la medida deben ser protegidos y cuán probable es la ocurrencia de una lesión de ese bien jurídico; a menudo se alude asimismo al peso (o importancia) y “perentoriedad” de las razones que respaldan la restricción¹²⁰.

La referencia a la perentoriedad guarda relación con la probabilidad de ocurrencia de una lesión del bien jurídico, que debe ser evitada. Aunque aquel término pudiera sugerir una connotación básicamente temporal, lo cierto es que la perentoriedad va más allá, pues comprende las diversas razones por las cuales la intervención en un derecho es necesaria o imperiosa en aras de la protección de un derecho o bien jurídico, que sin ella se hallaría expuesto a serios riesgos. Esto implica sopesar factores vinculados con el grado de idoneidad de la medida restrictiva para la consecución del fin legal. Si su idoneidad o eficacia es reducida, se verá correlativamente disminuido el peso de las razones que acompañan la restricción, por lo que la ponderación no se refiere propiamente, desde el costado de la restricción, a la importancia del fin perseguido ni de su realización, vistas ambas en abstracto, sino a la importancia del fin perseguido conjugada con el grado de aptitud de la medida adoptada para alcanzarlo.

Una muestra de la relevancia que puede tener la significación del bien jurídico y la perentoriedad de la intervención en la ponderación se encuentra en la ya citada sentencia relativa a los controles estratégicos sobre las telecomunicaciones¹²¹. La existencia de estos controles fue considerada compatible con el principio de proporcionalidad, pero no respecto de todas las finalidades perseguidas por la ley. Para el Tribunal, las restricciones impuestas al derecho fundamental se colocaron al servicio de la protección de bienes de la comu-

¹²⁰ *Vid.*, entre otras, BVerfGE 30, 292 (págs. 315 y ss.); también STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 836.

¹²¹ BVerfGE 100, 313.

nidad de alto rango, relacionados con la pervivencia del Estado y de su orden democrático-liberal o con la seguridad exterior, pues estaban dirigidas a evitar serios peligros originados en un ataque armado contra la República Federal de Alemania, en atentados procedentes del terrorismo internacional, en el tráfico ilegal internacional de armas o en el tráfico internacional de estupefacientes. En cambio, la genérica alusión legal a los peligros procedentes de la falsificación de dinero cometida en el exterior como un fin de los mencionados controles fue estimada contraria a la proporcionalidad en sentido estricto, porque dicha actividad no compromete según la sentencia bienes jurídicos de tan alto rango ni ofrece peligros similares a los de los demás supuestos legales. Esta mención al rango o importancia del bien jurídico y, a la vez, a la peligrosidad resultante de la actividad combina elementos abstractos y concretos, que son vertidos en la ponderación.

En algunos supuestos la normativa legal considerada puede ser constitucional en abstracto, mas no su aplicación en casos particulares. Así se declaró en la ya comentada decisión del caso *Cannabis*, pues aunque el tipo penal no fue censurado judicialmente, sí se estableció que en determinadas circunstancias la sola posesión o adquisición de esa droga no justificaba la imposición de la sanción legalmente contemplada, específicamente cuando se tratara de una adquisición y posesión ocasional en pequeñas cantidades y para el consumo personal, sin incidencia sobre terceros, en particular sobre menores de edad¹²². Aquí el Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta la reducida contribución de esta clase de consumo para la activación de los peligros que pretendían ser evitados mediante la prohibición (y castigo) del tráfico, fabricación o posesión no autorizada de productos contentivos de tal sustancia, además de los probables efectos perjudiciales para el presunto autor ligados a la aplicación de una pena. En otras palabras, en un supuesto como ese la eficacia de la medida restrictiva de derechos para la consecución del interés público legalmente protegido sería tan pequeña que no se justificaría la imposición de una pena, con las consecuencias sobre el condenado que de la misma cabría esperar. De allí que se haya abonado la solución legal de encauzar estas situaciones mediante mecanismos procesales como el no ejercicio de la acción penal o el sobreseimiento.

Cabe igualmente traer a colación la línea jurisprudencial conforme a la cual la adopción de medidas incisivas de intervención en derechos fundamentales, en el marco de la investigación o proceso penal, está condicionada no solo por la gravedad del delito supuestamente perpetrado sino también por la solidez de las sospechas que recaigan sobre el afectado. Esto implica que al sopesar el fin público perseguido, ligado a la persecución del delito y, en materia probatoria, a la obtención de evidencias sobre su comisión o a evitar su desaparición, no

¹²² BVerfGE 90, 145 (págs. 187 y ss.).

basta con atender a la gravedad del delito supuestamente perpetrado como magnitud abstracta, pues es preciso igualmente considerar el probable grado de conexión del sospechoso o imputado con la acción punible.

Al medir la idoneidad de la restricción legislativa para la consecución del interés que se intenta proteger es relevante el grado de certeza que pueda tenerse sobre los efectos benéficos que dicha restricción esté llamada a producir. Si el nivel de certidumbre es elevado, junto a la significación (peso) del bien legalmente protegido converge en la balanza de la restricción la seguridad sobre la eficacia de la previsión legal, lo cual no sucede en igual medida cuando aquel es reducido. Así, la prohibición y penalización del comercio de alimentos contentivos de sustancias tóxicas puede, en determinados contextos y condiciones, ofrecer alguna seguridad sobre el efecto disuasorio o preventivo de la regulación legal, orientada a proteger el derecho a la salud, con lo cual no será fácil contrarrestar en favor del derecho el peso de ambos factores en la ponderación; mientras que la prohibición de la publicidad de comestibles que, según algunos expertos, puedan llegar a tener consecuencias nocivas para la salud, sin que exista evidencia científica al respecto, pesará menos en la ponderación.

El número de las personas posiblemente beneficiadas por la restricción, frente al de los eventuales afectados, puede en ocasiones ser relevante en la ponderación. Este criterio resulta palmario en la ya citada sentencia sobre las restricciones al paseo a caballo en bosques, pues el Tribunal Constitucional Federal no objetó la decisión legislativa de excluir en principio esa actividad del conjunto de los caminos disponibles y de prever su autorización en vías especialmente destinadas a esos efectos, en lugar de prohibir dicha actividad solamente en determinados caminos reservados a los excursionistas; para el Tribunal fue relevante el mayor número de quienes utilizan tales caminos como excursionistas, en comparación con quienes lo hacen como jinetes¹²³. Sin embargo, esto no debe conducir a pensar que un criterio cuantitativo de esta índole sea por regla general determinante; en la misma sentencia mencionada concurrieron otras razones en la ponderación. Es fácil imaginar casos en los que la severa restricción del derecho de unos pocos no halla justificación en la satisfacción de los derechos o intereses de muchos.

También puede resultar importante la existencia de terceros que se vean beneficiados, o perjudicados, por la conservación del acto o norma impugnada. Además, la pluralidad a veces tiene carácter objetivo y se refiere a los derechos afectados o a la diversidad de intereses a cuya satisfacción sirve la restricción.

En lo que atañe a la valoración de la significación abstracta de los bienes jurídicos en conflicto, que también es relevante en la ponderación sin ser por sí sola determinante, ha de acudirse a los criterios ya señalados al examinar el

¹²³ *BVerfGE* 80, 137 (161).

tertium comparationis para la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual comprende el posible reconocimiento del mayor peso de ciertos bienes constitucionalmente garantizados, a la luz de criterios normativos textuales, axiológicos o sistemáticos.

c') *Profundidad del control*. Al igual que ocurre con los otros componentes del principio de proporcionalidad, se debate sobre el alcance del correspondiente control judicial. Entre quienes estiman que esta tercera faceta del principio es la más abierta o insegura y, por tanto, proclive a abrigar valoraciones subjetivas del juez, sobre todo cuando se controla la constitucionalidad de disposiciones legales¹²⁴, algunos tienden a sostener que la revisión judicial de la proporcionalidad en sentido estricto debe limitarse a los supuestos de quebrantamiento palmario o manifiesto de la prohibición de exceso. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, si bien admite que el control de esta dimensión del principio tiene un carácter negativo, dado que no pretende identificar las medidas que sean cabalmente proporcionadas sino solo descartar las que no lo sean, considera que la intervención judicial no necesariamente se limita a un control de evidencia¹²⁵, lo cual coincide con los criterios desarrollados por la jurisprudencia, como veremos.

Resulta claro que este tercer escalón de la proporcionalidad no exige que la medida adoptada sea perfectamente proporcionada o, en otras palabras, la más proporcionada de las medidas imaginables. Esta afirmación se sustenta, por un lado, en las limitaciones de los criterios que pueden orientar racionalmente la ponderación entre los costos y beneficios de la disposición legal restrictiva y, por otro lado, en la necesidad de respetar el ámbito de competencias del legislador. Desde un punto de vista cognitivo no es difícil reconocer la existencia de una zona de penumbra en el enjuiciamiento de la proporcionalidad (*stricto sensu*) de alguna injerencia estatal en un derecho fundamental, vinculada a incertidumbres sobre la importancia de la realización del fin legal y la magnitud de la intervención en el derecho.

Nótese, además, que la Constitución en principio no ordena adoptar restricciones sobre el goce o ejercicio de los derechos, sino que permite imponerlas. Corresponde a las instancias legitimadas democráticamente para el gobierno o dirección política valorar si ante determinadas circunstancias o problemas es preciso tomar decisiones que se traduzcan en restricciones legislativas de derechos. Una vez que estas han sido acordadas, los jueces pueden estar llamados a intervenir para verificar si el legislador, al procurar la satisfacción de intereses públicos, ha incurrido en algún exceso respecto del derecho restringido. Es ajeno a la función de los jueces colocarse en la posición del legislador con el objeto de determinar si no era preferible o más conveniente procurar la

¹²⁴ Vid. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 136 y ss.

¹²⁵ Vid. BERNAL, *op. cit.*, págs. 800 y ss.

satisfacción de los intereses públicos en juego omitiendo toda intervención, como también censurar las medidas limitativas de derechos que no puedan calificarse como las más proporcionadas. Existe, pues, un margen para la restricción y la ponderación, no censurable judicialmente, que la teoría de los principios ha denominado estructural¹²⁶ porque se deriva de lo exigido por la propia validez de los derechos fundamentales en el orden constitucional.

Sin embargo, si se alcanza el umbral de la extralimitación o exceso, al haber sido subestimado en la ponderación el derecho afectado, los tribunales deben cuestionar la decisión legislativa. El punto a partir del cual este umbral ha sido rebasado no es fijo o general sino que depende de las circunstancias del caso. Si se trata de la severa limitación de un derecho, el margen estructural para la ponderación se reduce, y correlativamente se amplía el alcance del control judicial, pues será mucho lo requerido desde el ángulo de la importancia de la realización del bien invocado para justificar la restricción. En esta dirección apunta la jurisprudencia constitucional, que se inclina por una modulación de la intensidad del control judicial en función de la severidad de la intervención en el derecho fundamental.

La jurisprudencia constitucional ha formulado una escala de la intensidad del control jurisdiccional que ha sido empleada sobre todo en el ámbito de los pronósticos legislativos¹²⁷, a los que luego me referiré. Sin embargo, dada la relevancia que dicha escala puede tener en supuestos de afectación de derechos fundamentales, conviene aludir a la distinción entre tres modalidades de control, en lo que a su densidad respecta: un control de evidencia, uno de aceptabilidad y otro que examina con detenimiento el contenido, respectivamente aplicables a las injerencias de intensidad leve, media o grave en el derecho fundamental¹²⁸. El control de evidencia presupone una gran deferencia frente a la apreciación de los hechos y a los juicios de oportunidad o conveniencia efectuados por el legislador, de modo que una censura judicial solo tendría lugar frente a una violación palmaria, manifiesta o grosera de la proporcionalidad. El de aceptabilidad implica corroborar que la determinación legislativa es defendible atendiendo a criterios primordialmente procedimentales: el legislador debe basarse en una apreciación objetiva y sostenible del material accesible y debe haber agotado las fuentes de conocimiento disponibles para evaluar de la manera más fidedigna posible los efectos previsibles de las normas dictadas y evitar una vulneración constitucional. Mientras que el control intensivo de contenido obliga a analizar en detalle todos los elementos de la medida restrictiva que pueden incidir en la ponderación, desde la pluralidad de ángulos antes señalados.

¹²⁶ ALEXY, "Epílogo ...", *op. cit.*, págs. 23 y ss.

¹²⁷ *Vid.*, entre otras, *BVerfGE* 50, 290 (333); 88, 87 (97).

¹²⁸ Respecto de esta escala de tres rangos de intensidad *vid.* ALEXY, "Epílogo ..., *op. cit.*, págs. 31 y ss.

La escala señalada, que ni siquiera en relación con el control de pronósticos legislativos ha sido asumida rígidamente por la jurisprudencia, no necesariamente es aplicable en los términos expuestos a todos los casos de derechos fundamentales, pero pone de manifiesto un criterio que cabe generalizar: mientras más incisiva sea la intervención en el derecho fundamental, tanto más profundo ha de ser el examen judicial de la proporcionalidad (*stricto sensu*), con lo cual la proporcionalidad termina rigiendo el proceso de examen judicial de su propia observancia, pues la densidad del control aumenta a la par que crece la intensidad de la injerencia.

Un ejemplo de la invocación judicial de esta escala de control se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa al examen de la constitucionalidad de las penas vitalicias privativas de la libertad¹²⁹, previstas en la legislación alemana. En este caso el Tribunal partió del reconocimiento del campo de apreciación del legislador en asuntos técnicamente inciertos, como el concerniente a la magnitud de los efectos dañinos sobre la personalidad derivados de las penas privativas de la libertad muy prolongadas, pero a continuación añadió que resulta discutible hacer recaer sobre el titular del derecho fundamental la inseguridad en torno a las consecuencias de una medida legal severamente limitativa. De allí que haya indagado en los linderos dentro de los cuales una pena vitalicia privativa de la libertad puede resultar compatible con la garantía constitucional de la dignidad humana, hallando como criterio esencial de licitud la exigencia de respetar la finalidad resocializadora de las penas y la legítima expectativa del condenado a recuperar algún día la libertad, ambas amparadas por la dignidad humana y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo cual desembocó en ordenar al legislador la fijación de reglas que determinen las condiciones, asociadas a la evolución del condenado, en las cuales dicha penalidad puede ser levantada, al igual que el procedimiento respectivo. La eventual adopción de medidas de gracia por las autoridades competentes no fue considerada suficiente a esos efectos.

En relación con la libertad de profesión u oficio, campo en el que se ha formulado la ya aludida teoría de los tres niveles (de protección), la jurisprudencia ha desarrollado criterios que permiten hablar de una modulación de la densidad del control judicial, la cual guarda relación con la severidad atribuida a la correspondiente injerencia. Ello se ve reflejado en uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal sobre las limitaciones a la libertad de profesión, en el que fueron censuradas judicialmente, después de un examen muy detallado de los problemas planteados, determinadas limitaciones legales a la libertad de establecimiento de nuevas farmacias, por haber sido invadida, sin justificación, la esfera más resistente de ese derecho, esto es, al haber sido reducida, mediante requisitos objetivos de admisión, la

¹²⁹ BVerfGE 45, 187 (págs. 223 y ss.).

libertad de elección de profesión, en lugar de haber sido sopesadas medidas pertenecientes al primer o al segundo nivel de garantía del derecho (restricciones a la libertad de ejercicio de la profesión, o a la libertad de elección de la profesión basadas en condiciones subjetivas como la calificación técnica)¹³⁰.

Sin embargo, la severidad de la injerencia no es el único factor que determina una mayor densidad del control judicial, ya que también cumplen papel relevante las características de la materia tratada y la posibilidad de formarse un juicio seguro sobre las premisas fácticas de la decisión. La injerencia en el derecho puede ser leve, pero un alto nivel de certeza sobre los conocimientos al respecto imperantes tenderá a favorecer un control judicial más estricto.

Un desarrollo jurisprudencial que reviste especial interés es el que ha impulsado la Corte Constitucional colombiana en relación con la profundidad de la revisión judicial de constitucionalidad sobre leyes restrictivas de derechos, realizada para constatar la proporcionalidad de la medida correspondiente. A partir del enriquecimiento de los criterios de control que inicialmente había empleado, en observancia del principio de igualdad, respecto de las normas que establecieran tratamientos diferenciados, y de la formación del test integrado de igualdad, la jurisprudencia incorporó contribuciones del Derecho estadounidense destinadas a introducir tres niveles de intensidad en la evaluación de la razonabilidad de la medida, con apoyo en los elementos de la proporcionalidad. Ello se ha reflejado asimismo en una gradación del control judicial de la proporcionalidad en relación con otros derechos fundamentales, lo cual comprende no solo al examen de la proporcionalidad en sentido estricto sino también al de las exigencias de idoneidad y de necesidad.

Una vez que la Corte superó la distinción que a estos efectos había adoptado entre derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales, los criterios para definir la severidad de la revisión judicial fueron afinados, de modo que el test estricto es procedente cuando el derecho respectivo es afectado “en una faceta negativa o prestacional (positiva) mínima, que sea exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución y/o el DIDH”. Por su parte, el test intermedio se aplica cuando “se interfiere en una faceta prestacional —progresiva— de un derecho constitucional fundamental”, y el test débil, por ejemplo, “cuando se estudia la razonabilidad del ejercicio legislativo en materias económicas, tributarias o de política internacional”. Además, se acude al test intermedio “cuando la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas”; y al test estricto “cuando está de por medio una categoría sospechosa en los términos —enunciativos— del artículo 13, inciso 1º, de la Const. Pol., o cuando la medida recae de manera directa en personas en con-

¹³⁰ *BVerfGE* 7, 377 (págs. 397 y ss.).

dición de debilidad manifiesta, o de grupos marginados o discriminados”¹³¹. En el test estricto la proporcionalidad adquiere mayor rigor, ya que “la medida restrictiva debe buscar satisfacer un fin constitucional imperioso y, a su vez, debe ser imprescindible para lograr tal finalidad”¹³². Es decir, no basta con aducir la importancia de proteger algún bien constitucional, ni con acreditar la utilidad de esa medida para la consecución del fin legislativo. Esta línea jurisprudencial está guiada por la máxima de procurar una relación “inversamente proporcional entre el margen de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger el principio democrático”¹³³.

Esta evolución ha sido comprendida como la incorporación de un modelo de control basado en los estándares de escrutinio eventualmente concurrente con el principio de proporcionalidad. En tal sentido, se ha sostenido: “En la actualidad, el examen de las razones de las limitaciones a los derechos parece moverse en forma pendular entre dos modelos: el de la proporcionalidad y el de la intensidad de los escrutinios”¹³⁴. Uno de los méritos de la jurisprudencia constitucional citada estribaría precisamente en haberlos integrado.

d’) *Ponderación y concurrencia entre derechos*. En el examen de licitud de restricciones legales de derechos fundamentales puede presentarse una concurrencia entre derechos, es decir, la convergencia de varios derechos aparentemente aplicables a la situación planteada, hallándose en la doctrina y en la jurisprudencia posiciones distintas respecto de la forma de solventarlas. La tesis dominante apunta en la dirección de la correcta identificación del ámbito protegido (derecho) pertinente, lo que incluye el establecimiento de relaciones de generalidad-especialidad entre derechos, siendo la norma general desplazada por la especial. Cuando no es posible establecer de manera concluyente esta relación de generalidad-especialidad entre los derechos concurrentes, suele darse preferencia a la regulación constitucional más rigurosa, o sea, a la que impone mayores barreras al legislador¹³⁵.

La concurrencia entre derechos ha tenido otra proyección en la jurisprudencia constitucional, que repercute en la ponderación ínsita al escalón de la proporcionalidad en el que nos hallamos. Consiste en admitir el fortalecimiento de la protección ofrecida por un derecho en razón de la confluencia de otro. Ello ocurrió en el caso del amparo interpuesto por Carolina de Mónaco contra

¹³¹ *Vid.*, entre otras, la sent. C-234 de 2019, con referencias a la evolución jurisprudencial.

¹³² Sent. T-062 de 2011.

¹³³ Sents. C-234 de 2019 y C-520 de 2016.

¹³⁴ LAURA CLÉRICO, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pág. 156.

¹³⁵ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 79 y ss.; SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, págs. 158 y ss.

decisiones judiciales que habían rechazado parcialmente su demanda incoada contra la publicación en revistas de fotos de su persona que ella estimaba comprendidas en un ámbito de privacidad constitucionalmente protegido¹³⁶. No corresponde entrar aquí en las variadas aristas del caso, algunas de las cuales motivaron la presentación de una reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Basta con destacar que el Tribunal Constitucional Federal dio un tratamiento especial a las fotos en que ella aparecía junto a sus hijos, porque sostuvo que la protección del derecho general de la personalidad de los padres experimenta un fortalecimiento, en virtud del artículo 6, párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, cuando las esferas de la vida privada que aquel derecho ampara se refieren al trato de los padres con sus hijos a su cuidado. El citado artículo 6, párrafos 1 y 2, alude al deber estatal de protección del matrimonio y de la familia y a los derechos paternos sobre la educación y cuidado de los hijos, cuyo ejercicio es objeto de supervisión pública. El fortalecimiento de la tutela del derecho general de la personalidad de los padres se pone de manifiesto en que este puede extenderse a situaciones que no se desarrollen en ámbitos normalmente pertenecientes al despliegue de la vida privada, las cuales por lo general no estarían comprendidas por el mencionado derecho.

Una tesis similar se sostuvo en el caso del carnicero de religión musulmana que invocaba un derecho a sacrificar los animales destinados a la venta sin anestesiarlos o aturdirlos previamente¹³⁷. Por razones religiosas, el recurrente alegaba que él y su clientela solo podían consumir carne procedente de animales sacrificados mediante el procedimiento del desangrado o *Schächten*, que no permite anestesiar o aturdir al animal antes del sacrificio. El Tribunal Constitucional Federal examinó los hechos conforme al criterio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 1.1 en concordancia con el 2.1 LF) — no del derecho a la libertad de profesión u oficio (art. 12 LF) porque el carnicero era extranjero y el ámbito personal de este precepto se circunscribe a los alemanes—, y no acogió el argumento de que la pretensión del recurrente estaba comprendida por la libertad religiosa (art. 4 LF). Sin embargo, declaró que él podía válidamente aducir el derecho de libre desenvolvimiento de la personalidad, cuya protección resultaba fortalecida por el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa (art. 4, párs. 1 y 2, LF), ya que la actividad que cumplía el recurrente como carnicero y, en particular, el sacrificio de animales en la forma prescrita por su religión, tenía para él una faceta o dimensión religiosa, aunque este en sí mismo no representara un acto de ejercicio de la religión.

Este criterio jurisprudencial permite colegir que la posición iusfundamental reforzada por la convergencia de otro derecho tenderá a pesar en la ponderación más que si fuese calibrada aisladamente.

¹³⁶ BVerfGE 101, 361 (págs. 385 y ss.).

¹³⁷ BVerfGE 104, 337 (págs. 345 y ss.).

e') *Riesgos de los desarrollos técnicos y proporcionalidad (stricto sensu)*. Una interesante arista de los asuntos relacionados con la proporcionalidad y la limitación de derechos fundamentales estriba en la aplicación de tal principio en sectores en que el desarrollo tecnológico aumenta los riesgos de afectar bienes protegidos por los derechos fundamentales. Los avances técnicos en diversos ámbitos pueden facilitar la satisfacción de necesidades humanas, desde un punto de vista tanto individual como colectivo, pero suelen comportar también riesgos para las personas. Piénsese por lo pronto en las ventajas derivadas del uso de automóviles y otros vehículos de motor, que llevan innegablemente consigo riesgos para la vida y la salud de las personas. En principio es lícito el aprovechamiento social de los beneficios de los progresos científicos, y las situaciones de peligro que comportan son frecuentemente asumidas como riesgos de la vida social que se mantienen dentro de los límites de lo soportable.

Sin embargo, en algunos campos la magnitud de los daños que el despliegue de una innovación técnica puede acarrear es tan elevada que se plantea el problema de la lesión de derechos fundamentales originada en la autorización estatal de actividades desencadenantes de riesgos que rebasen aquellos límites. La responsabilidad estatal puede producirse igualmente por omisión, cuando las autoridades no controlan tales actividades. Esta problemática excede del tema específico que se está tratando, pues abarca cuestiones ligadas, principalmente, a los deberes públicos de protección de los derechos fundamentales, incluso frente a la actuación de particulares, y a la vulneración de la prohibición de protección deficiente¹³⁸.

Pero desde la perspectiva en que ahora nos situamos es relevante observar que en determinados supuestos la gravedad de los riesgos probablemente resultantes de alguna actividad puede oponerse a su admisión por la ley o las autoridades, por ser esta en tal caso violatoria de la proporcionalidad, en la medida en que los beneficios sociales que el aprovechamiento de esa actividad presumiblemente habrá de generar no sean lo suficientemente significativos como para justificar los peligros que se ciernan sobre ciertos derechos fundamentales.

Desde este horizonte del análisis es digno de mención el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal sobre la regulación legal de la explotación de la energía atómica con fines pacíficos¹³⁹. En dicho fallo se sostuvo que una postura según la cual deba prohibirse toda autorización estatal de funcionamiento de plantas técnicas cuya operación pueda ocasionar situaciones de peligro para derechos fundamentales desconocería las limitaciones del conocimiento humano y conduciría a proscribir toda aprobación pública del

¹³⁸ Sobre esta prohibición de protección deficiente *vid. STERN, op. cit.*, t. III/2, págs. 813 y ss.; BERNAL, *op. cit.*, págs. 806 y ss.

¹³⁹ *BVerfGE* 49, 89 (págs. 140 y ss.).

uso de la técnica. Según la decisión judicial, en ocasiones ha de asumirse un riesgo residual, subsistente pese a las cautelas legalmente establecidas para evitar daños. No se descartó que en ciertas hipótesis las disposiciones legales que amparen actividades cuya realización exponga algún derecho fundamental a determinados peligros sean inconstitucionales, pero se declaró que la normativa objetada, aunque no impedía completamente los riesgos, era conforme con la Constitución porque estos se hallaban casi excluidos, al adoptar la ley cautelas suficientes destinadas a exigir, dentro de un régimen de prohibición general sujeta a licencia en casos justificados, el nivel más alto posible de prevención de peligros a la luz de los conocimientos científicos y técnicos disponibles. Por eso los correspondientes riesgos residuales debían ser aceptados como inevitables y como *cargas socialmente adecuadas* que todo ciudadano debía tolerar.

Estas afirmaciones pueden ser complementadas por la antes señalada proyección del principio de proporcionalidad sobre la temática esbozada. Por más sólidas que sean las precauciones adoptadas para reducir al mínimo los peligros derivados de una actividad técnica, esta puede poner en riesgo en tal grado bienes de tan alto rango que su admisión legal resulte desproporcionada, tras efectuar la correspondiente ponderación. A todo evento, en lo concerniente a la legislación antes mencionada, que en sí misma no fue considerada inconstitucional, el principio de proporcionalidad penetra en las diversas etapas de su aplicación y debe ser tenido en cuenta en cada caso particular.

f') *Pronósticos legislativos y juicio de proporcionalidad (stricto sensu)*. Un asunto de renovado interés es el del control jurisdiccional sobre los pronósticos del legislador, es decir, sobre las estimaciones que este haya efectuado respecto de las consecuencias futuras de la norma que ha dictado. De manera no siempre explícita, el legislador, al elaborar una norma, realiza un pronóstico o apreciación anticipada de los efectos que la misma producirá en la sociedad en general o en el sector de la comunidad al cual va dirigida. El pronóstico puede referirse también a la dirección que, a juicio del legislador, seguirían los fenómenos examinados de no producirse una intervención legislativa correctiva.

Esta evaluación legislativa adquiere especial importancia cuando se trata de leyes relacionadas con el desenvolvimiento de la economía, la organización social, la seguridad social, la seguridad pública o la prevención de riesgos asociados al desarrollo tecnológico. En ocasiones la respectiva evaluación legislativa representa una obligación constitucional, derivada de deberes de protección de derechos fundamentales, por ejemplo¹⁴⁰.

Una nota relevante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es la atención que con frecuencia ha prestado a las probables consecuencias de

¹⁴⁰ Vid. KARL-PETER SOMMERMANN, *Folgen von Folgenforschung*, Espira, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2002, págs. 39 y ss.

decisiones legislativas sujetas a su control, lo que ha sido caracterizado como una revisión judicial orientada por los efectos de las medidas legislativas¹⁴¹. Esta corriente jurisprudencial no es nueva, pero ha adquirido especial importancia en el contexto del despliegue de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, especialmente en lo que atañe a los deberes estatales de protección que aquellos comportan, pues al intentar medir la aptitud de una regulación para la suficiente protección de un derecho frente a determinadas situaciones, a menudo será relevante el control judicial de la estimación legislativa sobre los efectos de la norma dictada.

Tal estimación legislativa y su control pueden incidir en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, así como en el de las demás manifestaciones del principio. En particular, es significativa al momento de aquilatar la eficacia de la medida restrictiva respecto de la correspondiente finalidad legal, cuya determinación, como sabemos, no es indiferente a ninguna de las tres vertientes del principio.

La escala de la densidad de la revisión jurisdiccional de los pronósticos legislativos antes bosquejada, que va desde un control de evidencia, pasando por uno de aceptabilidad hasta llegar a un control intenso de contenido, permite ilustrar el modo en que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado, en varias decisiones, el examen judicial sobre la fundamentación de tales pronósticos¹⁴². Como ya se apuntó, el control de evidencia solo rechazaría aquellas determinaciones legislativas manifiestamente carentes de fundamentación fáctica; el de aceptabilidad, que presupone la ausencia de un supuesto tan palmario de error como el anterior, pone énfasis en la forma en que haya sido acometida la investigación del material empírico pertinente, y el control intenso de contenido entra directamente en el análisis de la medida restrictiva en sus distintas aristas. Todas estas modalidades de revisión judicial recaen realmente sobre el contenido de la injerencia acordada, pero con un distinto enfoque o punto de aproximación.

Dejando de lado aspectos que sobrepasan los fines del presente estudio, conviene señalar que el control jurisdiccional se hace más intenso en función de la severidad de la injerencia en derechos fundamentales; de la naturaleza del asunto planteado; de la certeza que pueda alcanzarse, con apoyo en la ciencia, la técnica y la experiencia acumulada, en torno a las premisas fácticas de la determinación legislativa objetada y a su probable proyección futura. En todo caso, la escala señalada no ha de asumirse rígida o dogmáticamente, como la misma jurisprudencia lo demuestra, pues la línea divisoria entre cada uno de los niveles de control esbozados es dúctil y relativa.

¹⁴¹ Ídem, pág. 42.

¹⁴² *BVerfGE* 50, 290 (333); 88, 87 (97).

Un problema que ha merecido particular atención radica en la perspectiva temporal desde la cual el control judicial de los pronósticos legislativos debe ejercerse. Está fuera de duda que la jurisdicción constitucional posee facultad para censurar la apreciación de supuestos de hecho y los pronósticos del legislador que puedan tildarse de incorrectos para el momento de la expedición de la ley respectiva, dando ello lugar a la declaración de la inconstitucionalidad de la norma, cuando esa incorrección haya traído como consecuencia la infracción de preceptos constitucionales. Esta perspectiva *ex ante* del control implica que la labor legislativa solo será cuestionada si al tiempo de dictarse la ley examinada era exigible al legislador realizar una apreciación de los hechos y una estimación de su evolución distintas a las que sirvieron de fundamento a la decisión adoptada, teniendo en cuenta el material entonces disponible y el estado alcanzado por los conocimientos técnico-científicos así como la experiencia acumulada.

Este análisis resulta plausible desde el prisma del grado de responsabilidad del legislador respecto de un desarrollo de los acontecimientos no coincidente con el razonablemente previsto, que termine comportando un quebrantamiento de la Constitución, ya que, ciertamente, aquel no es (subjektivamente) responsable de una evolución fáctica no previsible al momento de la evaluación de los hechos que soportaron la determinación legal. Sin embargo, tal visión no se aviene con la supremacía constitucional, que rige con independencia de la negligencia o error del cuerpo legislativo y que reclama la prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales. El control de constitucionalidad de las leyes no es un control sobre el legislador como sujeto, con todas las dificultades de la subjetivización de este órgano plural, sino sobre la ley como fuente del Derecho, cuya inconstitucionalidad también debe ser declarada cuando la ley correspondiente entrañe consecuencias contrarias a la Constitución derivadas de un desarrollo no calculable de los hechos.

No cabe trasladar al ámbito del control de constitucionalidad de las leyes criterios aceptables, en el campo del Derecho Administrativo, cuando se trate de examinar actos cuya eficacia haya cesado, con miras a establecer la posible responsabilidad patrimonial del Estado o la responsabilidad disciplinaria de sus agentes. En este sentido, ha sido subrayada la necesidad de distinguir, al precisar el punto temporal en el que descansa el control de la proporcionalidad, entre medidas particulares ya agotadas en sus efectos, cuya revisión queda sujeta a un análisis *ex ante*, y disposiciones legales llamadas a seguir en vigor, las cuales deben ser suprimidas para evitar su aplicación futura, una vez que su falta de proporcionalidad ha sido constatada con *fundamento* en los nuevos conocimientos alcanzados¹⁴³.

¹⁴³ Así, respecto de la revisión de la necesidad de la medida cfr. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 73.

La jurisprudencia constitucional en un comienzo llegó a mostrarse aferrada al control *ex ante*, lo que suscitó reservas doctrinales¹⁴⁴. Así, se declaró que una medida legislativa fundada en un pronóstico erróneo, con efectos contrarios a la Constitución, no debía considerarse inconstitucional por esa sola razón, pues correspondía al legislador, a partir de los conocimientos sobre el desarrollo de los hechos, la derogación o modificación de la ley¹⁴⁵. Posteriormente, en el ya comentado pronunciamiento sobre la legislación relativa al aprovechamiento de la energía nuclear con fines pacíficos y en una importante sentencia relativa a la legislación sobre la cogestión, se dieron pasos en la línea de la garantía de la supremacía constitucional, ya que se afirmó que de producirse una evolución de los fenómenos o relaciones regulados distinta a la que cabía esperar, con consecuencias incompatibles con la Constitución, el legislador podía estar constitucionalmente obligado a la revisión de la normativa dictada y a su corrección o perfeccionamiento¹⁴⁶.

Esta línea jurisprudencial ha sido robustecida mediante decisiones que han enriquecido la significación de la obligación de mejoramiento o corrección que recae sobre el legislador, al hacer énfasis en una obligación de observación o seguimiento que aquella presupone: el legislador no puede desentenderse de una ley basada en pronósticos que incida en derechos fundamentales, después de que esta haya sido expedida colmando las exigencias de la proporcionalidad, sino que debe hacer seguimiento a su aplicación, con el propósito de verificar si los pronósticos legislativos se corresponden con la evolución real de las relaciones o fenómenos sociales regulados y, eventualmente, de introducir correctivos en la norma vigente si un desarrollo de los acontecimientos no cónsono con el previsto llega a comportar una violación constitucional¹⁴⁷.

La jurisprudencia alemana no se ha desprendido del todo, sin embargo, de la visión del control jurisdiccional de los pronósticos legislativos como una revisión judicial orientada en principio hacia el pasado que, al examinar la constitucionalidad de una ley cuestionada por razones asociadas a sus presupuestos fácticos, mide la corrección de la apreciación legislativa para el momento de la aprobación de la respectiva norma, aunque la evolución de los hechos o de los conocimientos pueda conducir a reconocer una obligación de mejoramiento o rectificación a cargo del legislador. El cumplimiento de esta obligación es controlable judicialmente, de manera que si al cabo de un tiempo prudencial la norma correspondiente no ha sido modificada ha de declararse su inconstitucionalidad o incluso su nulidad.

¹⁴⁴ GRABITZ, *op. cit.*, págs. 572-573.

¹⁴⁵ BVerfGE 25, 1 (13).

¹⁴⁶ BVerfGE 49, 89 (págs. 140 y ss.); 50, 290, (págs. 334 y ss.).

¹⁴⁷ BVerfGE 88, 203 (págs. 309 y ss.); *vid.*, también SACHS, *Grundgesetz ...*, *op. cit.*, págs. 837 y 859-860.

El control jurisdiccional relacionado con pronósticos legislativos no ha de ser entendido forzosamente de este modo en otros sistemas de justicia constitucional. Es también posible, o incluso más apropiado, centrar el control de constitucionalidad de la ley en el momento de su ejercicio, lo que implica declarar la inconstitucionalidad de las normas que, en virtud de una evolución fáctica cuya previsión no era exigible al legislador o de un avance de los conocimientos acumulados, posean en el presente unos efectos contrarios a los derechos fundamentales desde la perspectiva de la proporcionalidad. Las sentencias de simple declaratoria de inconstitucionalidad, con fijación de un plazo al legislador para la introducción de los cambios necesarios, eventualmente sucedidas de un fallo anulatorio en caso de inobservancia, pueden ser, en este contexto, un mecanismo procesal adecuado, pero teórica o dogmáticamente nada se opone a que se emita, tan pronto se constate la contradicción (fácticamente) sobrevenida de una ley con la Constitución, un pronunciamiento anulatorio.

Una revisión judicial de pronósticos legislativos no anclada en el pasado ha llegado a ser asumida por la jurisprudencia constitucional en algunos casos planteados por la vía del amparo o del control concreto de la constitucionalidad. La existencia de una situación particular en la cual la aplicación de una norma legal, que haya quedado fácticamente desfasada, conduce a una intervención injustificada en las libertades, ha hecho en ocasiones posible y necesaria una actuación correctiva inmediata de la jurisdicción constitucional.

Así ocurrió con la decisión relativa a las pruebas de detección en la sangre de conductores de vehículos automotores de una sustancia estupefacientes o psicotrópica (*Cannabis*)¹⁴⁸. La ley previó como contravención la conducción de tales vehículos bajo el efecto de dichas sustancias, en un momento en que las pruebas de detección disponibles no permitían determinar el grado de concentración en sangre de la sustancia con el cual podía presumirse una incapacidad para conducir. El lapso, contado desde el consumo, para la detección de la sustancia en la sangre era muy reducido (algunas horas), por lo que el legislador consideró razonable presumir que la confirmación, en ese breve plazo, de la presencia en sangre de la sustancia alucinógena, implicaba la afectación de la capacidad para conducir. Sin embargo, los avances técnico-científicos han permitido confirmar la presencia de la sustancia durante un período más largo y fijar un umbral de concentración en sangre a partir del cual la capacidad para el manejo resulta ciertamente afectada.

La norma legal fue reinterpretada a la luz de la Constitución y no fue declarada en sí misma inconstitucional, aunque sí su aplicación en el caso concreto, porque la autoridad que había impuesto al recurrente una sanción a causa de la conducción bajo los efectos de la mencionada sustancia se había conformado con verificar que la misma había sido detectada en la sangre del implicado,

¹⁴⁸ *BVerfG* 1 BvR 2652/03, decisión de 21 diciembre 2004, *EuGRZ* 2005, 32, págs. 71-73.

sin atender a la evolución técnica operada, en virtud de la cual es posible confirmar la presencia del alucinógeno muchos días después del consumo y, por tanto, en un momento en el que los efectos sobre el consumidor pueden ser mínimos y, en todo caso, no relevantes en orden a la determinación de la capacidad para conducir. Además, había sido medida la concentración en sangre y el progreso de los estudios científicos permite ahora definir el grado de concentración a partir del cual la capacidad para conducir resulta menoscabada, el cual no había sido alcanzado en el caso examinado.

En otros términos, la sanción fue infligida con arreglo a una interpretación de la ley que no se correspondía con los avances técnico-científicos producidos, según la cual bastaba comprobar la presencia de la sustancia en la sangre del conductor para que se considerasen colmados los presupuestos de la contravención, lo que resulta inaceptable una vez que ha llegado a ser técnicamente posible detectar el nivel de concentración en sangre con el cual la capacidad para conducir queda en entredicho. Dicha sanción fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal injustificada y contraria al principio de proporcionalidad, por lo que estimó lesionado el derecho del recurrente al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 LF), que comprende la libertad para conducir como expresión de la libertad general de acción.

En consecuencia, la alteración de las premisas técnico-científicas de la decisión legislativa, es decir, la adquisición de conocimientos y herramientas técnicas no disponibles al momento de formularse el pronóstico legislativo, impulsó una reinterpretación del precepto legal y condujo a establecer nuevas pautas de aplicación, soportadas en el principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO V

RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INTANGIBILIDAD DE SU CONTENIDO ESENCIAL

Entre las condiciones materiales para la restricción de derechos fundamentales se encuentra la exigencia de no afectar su contenido esencial, la cual pretende operar como el verdadero *límite de los límites* que legalmente cabe imponer a tales derechos. A diferencia de la proporcionalidad, que funciona más bien como una auténtica condición o presupuesto de cualquier restricción, el contenido esencial se erige, de acuerdo con las teorías que le reconocen un alcance jurídico específico, en una última barrera de las libertades constitucionalmente protegidas que en ninguna circunstancia puede ser sobrepasada por el legislador.

Desde su consagración en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental, la garantía del contenido esencial de los derechos ha corrido con una suerte contradictoria. En Alemania ha estado en el centro de un debate doctrinal sobre el esclarecimiento de la significación sustantiva propia de la figura, el cual pareciera estancado, y la jurisprudencia constitucional se ha ocupado poco del tema, desplazando hacia otros escenarios dogmáticos la articulación efectiva del control material sobre las injerencias legislativas en los derechos fundamentales. Paralelamente, la idea de un contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales o constitucionales o de los derechos humanos, indisponible para los poderes públicos y resistente a intentos de limitación mediante ley, ha ganado terreno en el constitucionalismo comparado y, en alguna medida, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo hoy una herramienta conceptual, cuando menos tópica, de la que no es posible prescindir al examinar la restricción de tales derechos. Basta observar el elevado número de Constituciones, a las que se suma una importante declaración supranacional, que han hecho suyo el concepto, como señalaré, para verificar al menos un indicio de la probable existencia de una idea de fondo que podría desempeñar un papel nada despreciable en el ejercicio del control antes señalado.

En este capítulo se procurará indagar, a partir de su origen y de su tratamiento en la doctrina y en la jurisprudencia, en la significación jurídica de la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales, así como en sus posibles fortalezas o debilidades como criterio para mensurar de la validez de las limitaciones legislativas sobre estos derechos.

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y PROYECCIÓN DE LA CATEGORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Origen del concepto en Alemania

La previsión constitucional de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales está enraizada históricamente, en un doble sentido, con la República de Weimar. En ella se gestaron aportes de la ciencia jurídica que abrieron camino a la noción de una esencia intocable o permanente de los derechos fundamentales, al tiempo que el propio marco constitucional vigente dejaba, en opinión de muchos, amplio espacio para una intervención legislativa ilimitada en estos derechos, a lo que se agregaría el abuso de las facultades presidenciales extraordinarias establecidas en el artículo 48.2 de la Constitución de 1919, que aceleraría el ocaso del parlamentarismo y el ascenso al poder del nacionalsocialismo¹. La conciencia y experiencia de los excesos a los que puede conducir un poder tácito para el vaciamiento de tales derechos, mediante normas o medidas restrictivas, abonó luego el terreno, con posterioridad a la caída del régimen nazi, para la constitucionalización de la idea de un contenido esencial de los derechos fundamentales que en ningún caso puede ser desconocido o recortado, la cual fue formulada primero en algunas Constituciones de los Estados federados y luego, en 1949, en la Ley Fundamental de Bonn².

Entre las contribuciones doctrinales surgidas durante la República de Weimar sobresale la teoría de las garantías institucionales y de las garantías de instituto³, según la cual determinadas instituciones del Derecho Público o del Derecho Privado, respectivamente, gozaban de una protección especial al haber sido constitucionalmente reconocidas, como entonces ocurrió con la autonomía de la administración local, el estatuto de los funcionarios públicos, el matrimonio, la propiedad y el régimen hereditario. Ellas quedaban sujetas a la regulación legislativa que les daba su perfil concreto, pero esta normativa no podía eliminarlas ni privarlas de su esencia.

Aunque originalmente el planteamiento de un contenido medular resistente a la limitación o configuración legislativa no estuvo directamente orientado a los derechos fundamentales, pese a que varias de las instituciones jurídicas mencionadas representaban o integraban derechos fundamentales, criterios similares se desarrollaron en el ámbito de tales derechos, desde posiciones para las cuales estos, aun cuando quedaran sometidos a reservas legales, no estaban garantizados solo en la medida en que las leyes lo dispusieran, sino eran ex-

¹ Antes de la designación de Hitler como Canciller, el 30 de enero de 1933, dichos poderes extraordinarios habían sido empleados de manera laxa y reiterada, particularmente desde 1930; *Vid.*, entre otras referencias, *Die Weimarer Republik*, *Geo Epoche*, 27, 2007, págs. 18 y ss.

² STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 838 y ss.

³ *Vid.* CARL SCHMITT, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

presión de libertades asumidas como previas o presupuestas que podían sufrir injerencias con fundamento en la ley, admisibles a título excepcional⁴. Preciando un poco más las consecuencias de estas premisas, llegó a sostenerse que la regulación fundada en esas reservas legales no podía menoscabar el “valor” de la decisión de consagrar un derecho como fundamental⁵. Sin embargo, estas tesis en estado germinal no fructificaron en el clima jurídico-político ínsito a la hegemonía nacionalsocialista y debieron esperar a la finalización de la guerra para hallar, ahora bajo el impulso de la vivencia cercana y dolorosa de abusos asociados al vaciamiento de los derechos fundamentales, un terreno propicio para su florecimiento.

Como se apuntó, las Constituciones de algunos estados federados dieron los primeros pasos hacia la consagración de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, que luego cristalizaría en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental. Durante las deliberaciones conducentes a la aprobación de esta Constitución, desde el comienzo estuvo presente la propuesta de preservar la “esencia” de los derechos fundamentales de normas restrictivas dictadas por el legislador, aunque no siempre bajo esta formulación. En una versión la redacción se orientaba a impedir que “el derecho fundamental como tal” resultara afectado por normas de restricción o configuración, pero los trabajos parlamentarios rápidamente retomaron la idea de una “sustancia” o “contenido” del derecho que debía en todo caso quedar a salvo⁶.

El contexto original de esta proposición era una norma que incluía una reserva general de limitación legal de los derechos constitucionalmente proclamados, la cual fue luego abandonada, pues se optó por un sistema de reservas legales particulares, simples o calificadas, previstas en los precepto que reconocen el correspondiente derecho fundamental. Pero la generalidad con la que en un principio estaba plasmada la reserva legal fue seguramente un factor que militó a favor de la previsión de la garantía del contenido esencial, como cautela ante eventuales excesos legislativos, junto con los antecedentes históricos y dogmáticos indicados. Importa observar que en esa formulación inicial la garantía del contenido esencial estaba en parte dirigida a ofrecer una protección adicional a la que pudiera derivarse del principio de proporcionalidad. Ciertamente, la norma en cuestión disponía:

“La restricción de derechos fundamentales sólo es admisible mediante ley y bajo la condición de que la seguridad, la salud o la moralidad pública lo exijan imperiosamente. La restricción de un derecho fundamental o la configuración detallada mediante ley debe dejar a salvo al derecho como tal”⁷.

⁴ Ídem, págs. 192 y ss.

⁵ Era la opinión de HENSEL, cfr. STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 845-846.

⁶ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 842-843.

⁷ Ídem, pág. 841.

Si se satisfacía la primera parte del precepto, es decir, si las restricciones solo se adoptaban cuando fueran estrictamente necesarias, en atención a los intereses públicos señalados —previa ponderación—, la enfática protección del derecho como tal, o de su sustancia, según una formulación ulterior de la norma, parecía querer hacer hincapié en una última barrera que, ni siquiera en caso de que tales intereses lo exigieran, cabía rebasar. No obstante, el asunto no fue discutido, pues prevaleció sin objeciones la convicción de que era preciso preservar la sustancia o esencia del derecho fundamental frente a cualquier limitación legislativa, siendo el telón de fondo la experiencia de la República de Weimar y el desconocimiento de los derechos básicos de la persona durante el nacionalsocialismo.

El propósito de la norma era “dejar fuera de duda la significación y trascendencia jurídica de los derechos fundamentales ...” mediante una nueva formulación que “prevé de manera racional el más alto grado de aseguramiento de la sustancia y del contenido de los derechos fundamentales ...”, en virtud del cual tanto la “restricción como la detallada configuración de un derecho fundamental dejan en todo caso indemne la sustancia del mismo”. Aunque nada se aportó en relación con el exacto alcance o el modo de determinar dicha sustancia. Simplemente se insistía en que, al regular los derechos fundamentales, la “legislación nunca puede ir tan lejos como para afectar al derecho fundamental en su existencia”⁸.

B) *Su relevancia tras la promulgación de la Ley Fundamental y su proyección constitucional e internacional*

El artículo 19.2 de la Ley Fundamental ha sido considerado pieza relevante para la comprensión e interpretación del sistema de derechos fundamentales de esta Constitución⁹. Al igual que sus demás componentes, apunta en la dirección de fortalecer la protección constitucional de tales derechos, ahora claramente asumidos como inmediatamente aplicables y vinculantes para todos los poderes públicos, objeto además de una robusta tutela judicial coronada por el control del Tribunal Constitucional Federal. Dicho precepto establece de forma terminante que “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”.

Pese a la importancia que el constituyente le atribuyó, al erigirlo en límite material general frente a las limitaciones de derechos fundamentales, y al interés que en un principio suscitó en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, del Tribunal Administrativo Federal y luego del Tribunal Constitucional Federal, el contenido esencial de los derechos funda-

⁸ Según las opiniones expresadas primero por NAWIASKY y luego por VON MANGOLDT; ídem, págs. 841-842.

⁹ Ídem, págs. 840 y 865.

mentales luce hoy en el Derecho alemán, en alguna medida, como el mascarón de proa de un sistema de derechos que ha hallado en otras herramientas conceptuales, con mayor facilidad o naturalidad, el punto de apoyo ordinario para el examen jurídico-racional y el control judicial de las restricciones legales a los derechos fundamentales. De allí que se haya hecho mención a su valor simbólico o a su función de servir como advertencia para el legislador, sin que represente una auténtica barrera¹⁰.

Su validez jurídica sigue intacta y la propia jurisprudencia constitucional ha invocado, como veremos, esa categoría. Es más, durante la reunificación alemana, en 1990, fue el criterio dogmático escogido para demarcar, junto al artículo 79.3 de la Ley Fundamental, los linderos que el Derecho vigente en la antigua República Democrática Alemana, en aquellos aspectos en que entrara en colisión con lo dispuesto en la Ley Fundamental, no podía sobrepasar para mantenerse en vigor durante el período de transición y adaptación entonces establecido (art. 143 de la Ley Fundamental, hoy derogado).

Pero en el estudio del tema se aprecia la caída en un punto muerto que se expresa en formas diversas: en la escasez de trabajos monográficos sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales en los últimos tiempos; en el somero tratamiento que le brindan muchos autores, en obras dedicadas a la teoría de los derechos fundamentales; en la manera lapidaria como en ocasiones se evita entrar en el análisis detenido del concepto aduciendo que no ha desempeñado ningún papel relevante o que es una categoría simplemente vacía; incluso, finalmente, en su esporádica presencia en el temario de los exámenes universitarios¹¹. Y ello ha sido estimulado por una jurisprudencia constitucional que, si bien ha afirmado la significación sustantiva del concepto como valladar infranqueable para el legislador limitador de derechos, ha propiciado también alguna confusión en cuanto a su identificación o diferenciación con las implicaciones del principio de proporcionalidad, en el que se ha concentrado la atención doctrinal y por cuyos cauces normalmente discurre la revisión judicial, desde una perspectiva material, de las restricciones legislativas a los derechos fundamentales.

Esta situación, que denota no tanto un agotamiento del tema sino más bien un adormecimiento del interés teórico y práctico en el mismo, contrasta con la difusión del concepto en el constitucionalismo comparado. En la doctrina suiza se ha afirmado que la protección constitucional del contenido esencial o nuclear de los derechos fundamentales representa “un rasgo distintivo de la moderna evolución constitucional europea”, así como uno de los “elementos

¹⁰ En este sentido *vid.* HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie op. cit.*, págs. 234 y ss.; *vid.*, también las referencias de STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 840 y 862.

¹¹ *Vid.* HUFEN, *op. cit.*, pág. 127.

imprescindibles de una Constitución moderna”¹², lo cual es ilustrativo del “camino triunfal” o de la “espectacular carrera” que ha transitado la garantía del contenido esencial, en lo que a su proyección constitucional respecta¹³. Por eso se ha afirmado que el artículo 19.2 de la Ley Fundamental es quizás el más exitoso “artículo de exportación” de esta Constitución en materia de derechos fundamentales¹⁴.

Ciertamente, una somera ojeada comparatista permite observar que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra en las Constituciones de España, Portugal, Suiza, Grecia, Turquía, Polonia y Hungría, entre otras. En Austria, el concepto ha sido asumido por vía doctrinal y jurisprudencial, aunque su relevancia aplicativa es bastante reducida. Dentro de los ordenamientos constitucionales que han acogido textualmente el concepto, en Suiza se ha producido, aún antes de su inclusión formal en la Constitución en 1999, un cierto desarrollo jurisprudencial, y en España resulta interesante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, a la que luego se aludirá someramente. Entre las Constituciones latinoamericanas suele citarse el antecedente de la Constitución argentina, cuyo artículo 28 establece desde 1853 que los derechos reconocidos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. En otros países, pese a la falta de reconocimiento de la garantía del contenido esencial en el texto constitucional, la jurisprudencia ha empleado el concepto y lo ha incorporado al sistema de derechos, al invocarlo como criterio para la determinación de la constitucionalidad de las injerencias en derechos fundamentales. En Latinoamérica se aprecia la tendencia a emplear la noción de contenido esencial para aludir a componentes básicos de un derecho constitucional social o prestacional que siempre deben estar asegurados y son susceptibles de protección por medio del amparo u otros instrumentos de la justicia constitucional¹⁵.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha asumido de manera sistemática la prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que su observancia es una de las condiciones materiales de validez de las limitaciones establecidas sobre tales derechos¹⁶. Tal como ha declarado la Corte Constitucional, al referirse a los derechos susceptibles de restricción: “En el campo de los derechos fundamentales, las restricciones o

¹² Según la opinión de J. P. MÜLLER citada por JULIANE KOKOTT, “Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken”, en MERTEN/PAPIER, *op. cit.*, t. I, págs. 885-886.

¹³ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 839.

¹⁴ HÄBERLE, “Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen”, en MERTEN/PAPIER, *op. cit.*, t. I, págs. 313 y ss.

¹⁵ Cfr. KOKOTT, *op. cit.*, págs. 887 y ss.; STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 838; Tribunal Constitucional de Perú, *Jurisprudencia y doctrina constitucional en material de previsión social*, Lima, Tribunal Constitucional de Perú, 2008, págs. 17 y ss.

¹⁶ *Vid.*, entre otras, las sents. C-246 de 2017, T-062 de 2011 y C-157 de 1998.

limitaciones que se originen en la ley, en principio no se rechazan, sino que su validez se hace depender de que las mismas no afecten su núcleo esencial y que, además, sean razonables y proporcionadas”¹⁷. Las leyes limitativas siempre deben dejar a salvo el “sustrato mínimo e inviolable”¹⁸ del derecho.

La generalización de la garantía del contenido esencial en el ámbito europeo se ha puesto de manifiesto en la formulación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 52.1 dispone:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá 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 a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

En esta norma el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales alcanza un reconocimiento que tiende a diferenciarlo del principio de proporcionalidad, dado que este se encuentra formulado como una garantía adicional o complementaria a aquella. Ello es en parte reflejo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ha acudido tanto al principio de proporcionalidad como a la noción del contenido esencial de los derechos, aunque sin trazar una línea divisoria clara entre ambos y, en particular, sin llegar a perfilar, en virtud de su aplicación en casos concretos, la virtualidad jurídica propia de la garantía del contenido esencial. En ocasiones la jurisprudencia comunitaria trata ambos conceptos como si se solaparan parcialmente, pues algunas limitaciones a libertades o derechos protegidos en la esfera comunitaria, que han sido censuradas por ser desproporcionadas, igualmente han sido consideradas violatorias del contenido esencial. También en esta esfera se ha reconocido a esta garantía una función cautelar o de advertencia¹⁹.

En el marco del Consejo de Europa y de la protección internacional de los derechos humanos, se ha producido igualmente una recepción del concepto del contenido esencial. El Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé cláusulas generales sobre las posibilidades de restricción de varios de los derechos reconocidos, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado, a partir de allí pero con un alcance más amplio, criterios materiales para el control de las limitaciones a derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, entre los cuales se encuentran el principio de proporcionalidad y, con una importancia menor, el deber de respetar la esencia o sustancia del

¹⁷ Sent. C-157 de 1998.

¹⁸ Sent. C-511 de 2013.

¹⁹ R. GROTE/T. MARAUHN, *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tubinga, Mohr, 2006, pág. 370.

derecho²⁰. Tampoco en esta jurisprudencia es posible hallar una diferenciación nítida entre las implicaciones de la proporcionalidad y las de la protección de la esencia o sustancia del derecho. Varios pronunciamientos apuntan, sin embargo, en la dirección de reservar la invocación de la esencia o sustancia del derecho para aludir a situaciones en las que se está en presencia no solamente de una medida estatal que va más allá de lo necesario para satisfacer un interés público legítimo, sino de una actuación que comporta la negación del derecho como tal o su vaciamiento²¹. Según una fórmula usual es necesario asegurar que las condiciones o limitaciones establecidas para el ejercicio de los derechos “no reduzcan los derechos de los que se trate hasta el punto de afectarlos en su propia sustancia y de privarlos de su efectividad, que las mismas persigan un fin legítimo y que los medios empleados no resulten desproporcionados”²².

La garantía de un contenido esencial de los derechos humanos no resulta completamente ajena al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aunque solo ha sido planteada tímidamente y con escasas implicaciones concretas. Así, en la Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, después de haberse apoyado en el principio de proporcionalidad para interpretar la exigencia de necesidad de las restricciones a la libertad de expresión prevista en el artículo 13.2 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pasó a examinar la noción de bien común, comprensiva de los intereses públicos que pueden fundamentar limitaciones al goce o ejercicio de los derechos reconocidos, sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas específicas de restricción, y allí advirtió que “de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención)”. Esta afirmación fue luego reiterada en la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, sobre *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la cual se hizo énfasis en la distinción entre la restricción del goce y ejercicio de los derechos, permitida por la Convención, y su supresión, que esta no autoriza²³. Luego se hará mención a otros precedentes del sistema interamericano en la materia.

²⁰ Ídem, págs. 369-370.

²¹ Vid., entre otras, las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, el 13 de agosto de 1981, párr. 33; *Podkolzina c. Lettonie*, el 9 de julio de 2002, párr. 52-55, y *Vincenzo Taiani c. Italie*, el 13 de octubre de 2006, párr. 30.

²² Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Vincenzo Taiani c. Italie*, cit., párr. 30.

²³ La citada opinión consultiva declaró, en su párrafo 14: “El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es

En la esfera de las Naciones Unidas la idea del contenido esencial se ha visto reflejada en el desarrollo del criterio de los contenidos mínimos esenciales que todo Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe satisfacer para cumplir las obligaciones derivadas de este tratado. Dicho Pacto prevé la realización progresiva de los derechos allí consagrados, lo cual genera dificultades particulares al momento de determinar si los Estados han observado las obligaciones del tratado, pues estas en principio operarían como obligaciones de medio y no de resultado, y la disponibilidad de los recursos depende, entre otros factores, del nivel de desarrollo económico de cada país. No obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de velar por el cumplimiento del Pacto, ha fijado algunos niveles básicos de satisfacción de algunos derechos que deben ser proporcionados por todo Estado Parte²⁴, lo cual ha sido englobado bajo el concepto de un umbral mínimo o un contenido mínimo esencial decada derecho²⁵. En este caso la noción del contenido esencial no va dirigida,

ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras “al goce y ejercicio”, clarificó conceptualmente la cuestión (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 [en adelante “Actas y Documentos”] repr. 1978, esp. pág. 274”).

²⁴ La Observación General núm. 3 al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, elaborada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, advierte: “Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

²⁵ Vid. V. ABRAMOVICH/C. COURTIS, *op. cit.*, págs. 89 y ss.

como de costumbre, a fijar barreras a una intervención legislativa restrictiva de alguna libertad, sino a obligar al Estado a lograr un nivel mínimo de efectivo disfrute por la población de derechos generalmente prestacionales. El ángulo de análisis es distinto, pero hay afinidad con la intención de preservar un contenido básico de los derechos que no esté expuesto a las justificaciones que las autoridades pretendan esgrimir para fundamentar una limitación de la libertad o una escasa satisfacción del derecho prestacional reconocido. Esta visión se asemejaría a la concepción del contenido esencial propia de la teoría absoluta, a la que luego me referiré, aunque dicho Comité ha señalado que corresponde a los Estados invocar y demostrar las circunstancias que hayan impedido garantizar los estándares mínimos fijados, con lo cual deja abierta la posibilidad de justificar niveles inferiores de satisfacción y, por tanto, admite ponderaciones características de la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos, cuando el Estado haya cumplido con la carga de la argumentación y demostración.

2. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS DIFICULTADES TEÓRICAS PARA SU PRECISIÓN Y APLICACIÓN

A) *La idea de un contenido esencial de los derechos fundamentales*

La alusión al núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales en el contexto de las restricciones legales que estos pueden sufrir, y de las barreras que no es lícito al legislador sobrepasar, responde a una idea muy extendida. La referencia a una esencia intocable de cada derecho rinde tributo a la máxima de que el legislador está facultado para regular mas no para suprimir los derechos constitucionales. El legislador no es dueño de los derechos ni la validez de estos se supedita a su desarrollo legislativo, de manera que, al admitirse su potestad de imponerles restricciones, con fundamento en la Constitución, surge la necesidad de dejar a salvo una parte del derecho subsistente a la tarea normativa que aquel desempeña. Sería un contrasentido permitir que las leyes restrictivas reduzcan a cero los derechos constitucionalmente asegurados y que la categoría del contenido esencial sirva al objetivo de colocar frente al legislador un lindero infranqueable.

Esto puede explicar en parte la exitosa carrera de tal categoría en el constitucionalismo comparado, a lo cual hay que sumar las distintas experiencias históricas de regímenes que han proclamado constitucionalmente los derechos fundamentales de la persona pero no han sabido o no han querido salvaguardarlos. La garantía de la intangibilidad de la esencia de tales derechos cobra especial significación cuando se está superando una situación institucional en la que los órganos llamados a proteger esos derechos los ignoran o los comprimen hasta el punto de privarlos de relevancia en la vida social. En

estas circunstancias, la preservación de la esencia del derecho es sin duda una conquista de las libertades.

Históricamente la consagración de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se sitúa en la transición del Estado *formal* de Derecho al Estado *material* de Derecho²⁶, y del Estado *legal* de Derecho al Estado *constitucional* de Derecho. Si la protección de los derechos fundamentales se encomienda a la ley, llamada a amparar estos derechos frente a la acción del gobierno que se encuentra limitado por los principios de la legalidad de la administración, de la reserva legal y de la primacía de la ley, la actividad legislativa queda fuera del horizonte del control jurídico y los derechos, sujetos a la voluntad legislativa. Mientras que si los derechos adquieren pleno valor jurídico-constitucional rigen respecto de todos los poderes públicos y de todo acto jurídico legal o sublegal.

Ha llegado a afirmarse que la garantía del contenido esencial de los derechos afloró conceptualmente en momentos en los que se carecía de un control de constitucionalidad de las leyes²⁷, lo cual es en parte cierto, aunque el sentido que en esas circunstancias podía tener la introducción de esa categoría obedecía no propiamente a la ausencia —parcial— de este control, sin el cual la esencia del derecho tampoco estaría efectivamente preservada, sino a los postulados que sustentaban la regulación legislativa de los derechos constitucionales, pues esta determinaba el alcance de la validez de estos derechos. La ausencia del control judicial no respondía principalmente a razones procesales u orgánicas, sino más bien a la concepción predominante sobre el papel de la ley y sobre sus relaciones con los derechos reconocidos en las declaraciones constitucionales.

Ante el despliegue de la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos en ella contemplados, así como ante el amplio desarrollo de las técnicas racionales de control de la actividad legislativa restrictiva de tales derechos, la categoría del contenido esencial adquiere otro cariz. Una lectura de la Ley Fundamental alemana que prescindiera del tratamiento doctrinal y jurisprudencial que dicha categoría ha tenido, podría conducir al equívoco de pensar que la garantía material de los derechos fundamentales frente a leyes limitativas de los mismos se agota en la protección constitucional de su esencia o núcleo, inmune a cualquier intervención del poder público. De hecho, en algunos ordenamientos la recepción de esa categoría ha estado signada por esta errónea comprensión de su alcance. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal indica, sin embargo, que son variados los criterios con fundamento en los cuales se ampara el contenido de tales derechos, los cuales se hacen materialmente resistentes no solo ante las injerencias normati-

²⁶ G. HERBERT, “Der Wesensgehalt der Grundrechte”, en *EuGRZ* 1985, pág. 321.

²⁷ GAVARA, *op. cit.*, pág. 326.

vas que los afecten hasta el punto de restarles completamente su sentido, sino también ante las leyes restrictivas que carezcan de justificación por no satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad. De esta forma se protege no solo la esencia sino el contenido global o total del derecho fundamental²⁸.

Sin embargo, esta densificación de los criterios materiales de control de la actividad legislativa reguladora de derechos fundamentales no implica necesariamente la pérdida de la significación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. La evolución de la jurisprudencia constitucional en Alemania y en otros ordenamientos ha conferido al principio de proporcionalidad un lugar capital en el control de las limitaciones legislativas a los derechos fundamentales, y ha opacado a la mencionada garantía, pero conviene preguntarse si conceptualmente la hace superflua.

El principio de proporcionalidad, antes examinado, propende a impedir restricciones injustificadas de tales derechos, carentes de idoneidad, de estricta necesidad o de proporcionalidad en sentido estricto, siendo este último el aspecto del principio más relevante para el contraste con dicha garantía. La proporcionalidad en sentido estricto se traduce en una ponderación del sacrificio sufrido por el derecho restringido, por un lado, y de los beneficios públicos o privados derivados de la correspondiente restricción. Si estos son preponderantes en la situación específica en la que la colisión se suscita, la restricción del derecho es lícita. Pudiera pensarse, como sostienen los defensores de las diversas teorías relativas sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, que este tercer escalón del principio de proporcionalidad comprende al control que pretende ejercerse a partir de la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales, pues cuando una limitación legal parece lesiva de este contenido lo es porque no ha superado esa tercera barrera del *test* de proporcionalidad o, en otras palabras, porque carece de justificación. La garantía del contenido esencial tendría un carácter simplemente declarativo respecto de este efecto derivado del citado principio. No obstante, también cabe plantearse, según sostienen quienes propugnan la teoría absoluta sobre el contenido esencial, que en circunstancias extremas la intervención del Estado en tales derechos pueda alcanzar tal extensión o intensidad que, aun siendo posible justificarla invocando intereses públicos o derechos de terceros, no deba ser admitida por el vaciamiento o desnaturalización del derecho que de lo contrario comportaría. Aquí la mencionada garantía aportaría algo respecto de lo asegurado por el principio de proporcionalidad y ostentaría carácter constitutivo.

En ordenamientos que, como el alemán, han consagrado constitucionalmente la preservación del contenido esencial de los derechos fundamentales

²⁸ También se ha distinguido entre el contenido esencial y el contenido adicional del derecho fundamental. Cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN, "El legislador de los derechos fundamentales", en *La Garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 132 y ss.

esta segunda vía interpretativa tiene que ser explorada de forma exhaustiva, pues solo ella confiere sentido sustantivo a la respectiva cláusula constitucional, la cual se disolvería en el principio de proporcionalidad, de acuerdo con la teoría relativa. No obstante, la oscuridad de los criterios sugeridos desde la teoría absoluta para precisar el contenido intocable de los derechos fundamentales ha dificultado la comprensión y aplicación del concepto, y el debate doctrinal en torno al asunto sigue abierto, habiendo caído en los últimos años en un franco declive y en un estancamiento. Además, la discusión anterior ha estado desde el comienzo acompañada de la divergencia referida al objeto de la protección ofrecida por la mencionada cláusula constitucional, pues mientras para algunos recae sobre la norma constitucional que reconoce el derecho considerada de manera general o abstracta (teoría objetiva), para otros está referida a la posición individual afectada por la injerencia en algún derecho (teoría subjetiva).

Esta disparidad de las visiones desde las cuales es tratada la garantía del contenido esencial, y los obstáculos conceptuales para reconocerle una significación propia que sea además operativa, son la principal causa de la cautela con la que la jurisprudencia constitucional se ha aproximado a dicha noción. A ello también ha contribuido la rigidez del concepto, ya que su invocación para rechazar la constitucionalidad de una ley supone, al menos conforme a la teoría absoluta, que ni en el caso examinado ni en ninguna otra circunstancia es lícito adoptar la injerencia estatal objetada por intentar penetrar en el núcleo inexpugnable del derecho afectado. El principio de proporcionalidad ofrece en cambio la ventaja de permitir una valoración dependiente de los hechos concurrentes, al estar abierto a la adaptación del juicio de ponderación efectuado a situaciones nuevas que se presenten.

A continuación se analizarán los términos de la discusión doctrinal comentada, se indicarán posibles vías para un esclarecimiento conceptual y se aludirá a las tímidas orientaciones de la jurisprudencia constitucional. Se tendrán en cuenta algunos aportes de la doctrina y jurisprudencia españolas relativos a la garantía del contenido esencial, la cual fue incorporada a la Constitución española por influencia de la Ley Fundamental alemana.

B) *Dificultades interpretativas suscitadas y posibles caminos para su superación*

Como ya se apuntó, los principales asuntos objeto de discusión al examinar la garantía del contenido esencial se refieren a la determinación, en primer lugar, del objeto de la protección proporcionada por aquella y, en segundo lugar, del alcance sustantivo de tal garantía.

a) *Teorías objetivo-abstractas y subjetivo-individuales.* En cuanto a lo primero, suele contraponerse la visión objetiva o abstracta del contenido esen-

cial a la subjetiva o individual. Para la teoría subjetiva lo primordial es la consideración de la situación concreta de quien ha sido sometido a una medida restrictiva, lo que implica calibrar la intensidad de la intervención en *su* derecho fundamental, así como tener en cuenta la extensión de las facultades comprendidas por el derecho que podrán seguirse ejerciendo tras la restricción. Si estas se han reducido a la nada o a un mínimo inaceptable, en principio se afirmará que la garantía del contenido esencial ha sido vulnerada. Mientras que según la teoría objetiva-abstracta la garantía del contenido esencial pretende salvaguardar aquellos aspectos o componentes del derecho sujeto a restricción sin los cuales este perdería sentido o efectividad en el orden jurídico y en la vida social. Lo importante no es la situación particular en la cual se hallará la persona afectada por una injerencia estatal una vez que esta haya sido llevada a cabo; lo decisivo no es la identificación de un resto de libertad que ella pueda disfrutar después de la limitación e intervención en el derecho. Lo determinante es la significación general que el derecho conserve tras la regulación legislativa. Las opiniones inscritas en esta teoría suelen incorporar elementos característicos de la construcción doctrinal de las garantías institucionales o de instituto²⁹.

Ambas posiciones han recibido fundadas objeciones. La teoría objetiva menosprecia una dimensión de los derechos fundamentales que se conecta con la razón de ser de estos derechos, llamados por regla general a asegurar a cada ser humano posibilidades de actuación o de disfrute de espacios de libertad que se consideran inherentes a su condición de tal. Se ha observado que la sola valoración de la repercusión de la restricción legal en la disposición constitucional que reconoce el derecho deja de lado la comprensión individual o personal de los derechos fundamentales y el carácter jurídico-subjetivo de estos derechos que predomina en la Constitución alemana. Basta que una ley supere la prueba objetiva de no haber quebrantado la esencia de un derecho para que sea estimada compatible con el artículo 19.2, aunque en el caso concreto examinado haya sido asfixiado el derecho objeto de restricción. Desde esta perspectiva, se califica de contradictorio negar el sentido original y actual de tales derechos cuando de amparar su esencia se trata³⁰.

La teoría subjetiva se aviene con la concepción de los derechos fundamentales esbozada, pero pierde de vista la faceta objetiva que los mismos también poseen³¹. Una limitación legal que priva a un derecho, con carácter general, de su efectividad jurídica o de su relevancia en las relaciones entre el Estado y los particulares o entre estos últimos puede considerarse lesiva del contenido

²⁹ Los términos del debate pueden consultarse en GAVARA, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 868 y ss.

³⁰ HERBERT, *op. cit.*, pág. 324.

³¹ *Vid.* STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 869.

esencial de un derecho. Normalmente esta comprobación objetiva concurrirá con la verificación de un desconocimiento subjetivo del contenido esencial, pero la perspectiva general o abstracta puede ser útil para confirmar o robustecer la conclusión sobre la existencia de una violación de la garantía citada. Además, conviene apuntar que desde la perspectiva del control abstracto de constitucionalidad de las leyes la objetividad puede resultar provechosa para reconocer la presencia de una restricción legal que desdibuje el derecho al cercenar su contenido esencial.

Una fragilidad de la teoría subjetiva que ha sido puesta de relieve estriba en que en ciertas situaciones la intervención estatal en un derecho siempre o generalmente lleva consigo la completa eliminación del disfrute del mismo por su titular, sin que ello necesariamente comporte una vulneración de su contenido esencial³². Es lo que suele suceder con el derecho a la libertad personal, que ampara básicamente frente a medidas *privativas* de la libertad. En estos casos cabría argüir que hay un residuo de libertad subsistente, dado que el afectado recuperará la libertad física tan pronto cese la medida limitativa. Pero esta objeción pierde fuerza en aquellos ordenamientos que, como el alemán, permiten imponer penas vitalicias privativas de la libertad. Algo similar ocurre con el derecho a la vida, cuando una injerencia policial lícita en el derecho a la vida ocasiona el fallecimiento de su titular, en casos relacionados con el uso de armas de fuego para salvar a terceros³³. En supuestos como los mencionados la teoría objetiva puede ayudar a reconocer un vaciamiento, degradación o desnaturalización del derecho que no resulte apreciable desde la simple perspectiva individual o subjetiva.

Por lo expuesto, parece acertada la opinión de vincular la garantía del contenido esencial tanto a la dimensión subjetiva como a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales³⁴, aunque no mediante una simple yuxtaposición de ellas³⁵. En tanto y en cuanto normas jurídicas generales los derechos fundamentales poseen una innegable faceta objetiva-abstracta, al tiempo que

³² SACHS, *Verfassungsrecht II ...*, *op. cit.*, págs. 145-146.

³³ En el Derecho alemán las normas legales que sustentan en estos casos la intervención policial son calificadas como limitaciones al derecho a la vida, ya que a tenor del art. 2.2 de la Ley Fundamental este derecho puede sufrir limitaciones legales, las cuales solo son admisibles en supuestos extremos como el señalado.

³⁴ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 868 y ss.

³⁵ KONRAD HESSE se aparta tanto de las opiniones proclives a plantear una dicotomía entre la teoría objetiva y la subjetiva (*Entweder-oder*) como de aquellas que estiman que ambas pueden simplemente sumarse o yuxtaponerse (*Sowohl-als-auch*); lo cual a su juicio no impide la combinación de ambas visiones. Cfr. HESSE, *op. cit.*, págs. 149-150. En esta dirección se pronuncia, aunque sin reflejar con exactitud la opinión de ese autor, ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 36.

reconocen facultades subjetivas en cabeza de los respectivos titulares. Ambas facetas están protegidas por dicha garantía. Algunos autores estiman que la dimensión subjetiva es la que ha de ser tenida en cuenta por regla general, mientras que ha de acudirse a la objetiva cuando se trate de derechos cuya restricción normalmente se traduce en la total privación del disfrute del derecho (el derecho a la libertad personal, p. ej.). Al respecto se aduce que los derechos fundamentales protegen a los particulares, y cuando uno de ellos no puede hacer más uso de alguno de estos derechos de nada le sirve que otro aún pueda hacerlo³⁶. La observación resulta válida, de manera que generalmente es determinante el grado de afectación subjetivo-individual, aunque la referencia objetiva-abstracta sigue siendo relevante como criterio de confirmación o esclarecimiento y, en mayor medida, en los supuestos de derechos cuya limitación inevitablemente comporte la supresión de su goce o ejercicio. Los criterios subjetivo y objetivo pueden complementarse de esta forma en la identificación del contenido esencial. Cuando baste el punto de vista subjetivo-individual para comprobar un desconocimiento de esta garantía no será preciso acudir a la otra.

Es conveniente traer a colación someramente el tratamiento de este asunto en el Derecho español, que como sabemos también consagra la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Aunque el marco normativo en el que se inscribe dicha garantía en la Constitución española (art. 53.1) es distinto al existente en la Ley Fundamental, sobre todo por la distinta regulación de la reserva o reservas de ley, las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales alemanas se han visto reflejadas en ese ordenamiento jurídico. También en él se contraponen las visiones subjetivas y objetivas sobre el contenido esencial, aunque ha sido destacada por algunos la prevalencia de la primera en dicho ordenamiento, sin perjuicio de las posturas bidimensionales que también allí han sido defendidas³⁷.

El importante precedente del Tribunal Constitucional español relativo al contenido esencial del derecho a la huelga (STC 11 de 1981), que sigue siendo invocado por la jurisprudencia constitucional, no aborda directamente esta cuestión y ofrece una aproximación a la garantía del contenido esencial que, si bien enfatiza lo individual-subjetivo, da cabida a elementos objetivos de análisis. Ciertamente, los dos criterios de reconocimiento de una vulneración a dicha garantía enunciados en la decisión entroncan, sin perjuicio de la parcial ascendencia constitucional germánica³⁸, con posiciones prohibidas por la

³⁶ PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, pág. 74.

³⁷ Cfr. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 157 y ss.; MARTINEZ-PUJALTE, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

³⁸ Como ocurre con la invitación a la determinación del contenido esencial a partir del reconocimiento del tipo normativo, que parece tributaria de la tesis de WERNICKE, basada en la identificación de los “rasgos típicos” o característicos del derecho fundamental, y como se aprecia en la reiteración de la importancia de la convicción prevaleciente entre los juristas

doctrina civilista al definir la noción de derecho subjetivo, lo cual acentúa la dimensión individual del asunto, pero tienen cabida elementos de corte abstracto-objetivo.

Luego comentaré estos criterios; por lo pronto es pertinente recordar que, según uno de ellos:

“El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”³⁹.

Mientras que conforme a un segundo criterio tal contenido “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”⁴⁰. La centralidad del concepto de derecho subjetivo en el razonamiento judicial habría abonado el terreno para la adopción sin gran discusión de la teoría subjetiva⁴¹, aunque en algún pronunciamiento posterior ha sido advertida una orientación objetiva⁴².

La concepción objetiva ha hallado en todo caso repercusión en la doctrina española, bajo la clara influencia del pensamiento de HÄBERLE. Desde esta concepción se ha sostenido que la garantía del contenido esencial se refiere al “derecho constitucional como categoría general”, no al “derecho de los diferen-

sobre dicho tipo normativo, que se conecta, en parte, con el pensamiento de DÜRIG (ambos citados por STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 858) y con las teorías ancladas en el concepto de las garantías institucionales o de instituto.

³⁹ MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 159.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 159. La afirmación de este autor según la cual la teoría subjetiva, de la que es partidario, ha terminado por consolidarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, es sumamente discutible, como se desprende de lo antes expuesto.

⁴² MARTÍNEZ-PUJALTE, *op. cit.*, pág. 36. Se trata de la STC 215 de 1994, en la cual, si bien no se abordó expresamente el problema de la violación del contenido esencial del derecho examinado, el derecho a la integridad física, posiblemente ocasionada por medidas de esterilización de algún “incapaz” practicadas con autorización judicial y consentimiento de sus representantes, en los términos legalmente fijados, el Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de una norma que permite la supresión de una facultad o atributo personal (individual-subjetivo) comprendido en el derecho mencionado.

tes ciudadanos individualmente considerados”⁴³. Estas posiciones subjetivas quedarían amparadas por la prohibición de la arbitrariedad y por el principio de proporcionalidad. Se ha subrayado igualmente la dimensión institucional de esa garantía⁴⁴, que ha sido equiparada al concepto de garantía institucional y, en tal sentido, se afirma que la protección constitucional del contenido esencial se traduce “en la obligación del legislador de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos y libertades”. Entre las bondades de esa visión se destaca la de “superar la conceptualización del contenido esencial a partir de ideas tales como las de ‘la voluntad’, ‘el interés’, o ‘la protección jurídica’, caracterizaciones que perpetúan la vieja parafernalia conceptual de la dogmática decimonónica sobre el derecho subjetivo”⁴⁵.

Puede coincidirse en la conveniencia de construir categorías dogmáticas propias del Derecho constitucional al analizar el alcance del contenido esencial, pero la postura resumida adolece de las debilidades de las visiones objetivas del contenido esencial y se sustenta en la teoría institucional de HÄBERLE, que sin las debidas salvedades ofrece riesgos para la cabal comprensión y aplicación del entero sistema de derechos fundamentales, sobre todo por la concepción que propugna respecto del ámbito protegido y la limitación de los mismos, a la cual ya me he referido.

b) *Teorías absolutas y relativas*. Uno de los asuntos cruciales y más controvertidos en la doctrina en relación con el tema bajo examen es el de las verdaderas implicaciones normativas de la garantía del contenido esencial prevista en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental y en el artículo 53.1 de la Constitución española. Aquí se enfrentan las posturas usualmente calificadas como absolutas o relativas.

Las primeras estiman que dicha garantía posee una virtualidad normativa propia, en virtud de la cual existe un último reducto de cada derecho en el que ni el legislador ni los demás órganos del poder público pueden penetrar para imponer restricciones o injerencias. Se trataría de una sustancia o núcleo inexpugnable del derecho inmune a cualquier restricción legislativa. Esta concepción suele expresarse gráficamente en la representación de círculos concéntricos, cuya circunferencia mayor marca los linderos del derecho fundamental, mientras que la menor traza la barrera del contenido esencial. Cumplidas ciertas condiciones la primera es permeable a la legislación, la segunda no. Este símil proporciona a las teorías absolutas una connotación espacial que

⁴³ LUCIANO PAREJO, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, REDC, núm. 3, pág. 184.

⁴⁴ PAREJO, *op. cit.*, pág. 188.

⁴⁵ ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Los derechos ...*, pág. 312.

algunos objetan, pero pone de manifiesto un rasgo distintivo de las mismas: al lado de la materia iusfundamental maleable, dados ciertos presupuestos, por el legislador, se halla una materia inasible o rígida, que la legislación no puede comprimir o alterar. Los criterios aportados para reconocer la invasión o afectación del contenido esencial de un derecho fundamental son diversos, pero la idea común a las visiones absolutas de tal categoría radica en que la potestad legislativa de limitar el disfrute o ejercicio de los derechos fundamentales encuentra a su vez un límite o valladar definitivo en la esencia de tales derechos, ya que aquellas no puede extenderse hasta el punto de recortarla o en adulterarla, lo que supondría negar al derecho como tal.

Como ejemplos de medidas que atentarían contra el contenido esencial de un derecho fundamental se mencionan los siguientes⁴⁶: la tortura, o la esterilización o la experimentación científica forzosas sobre seres humanos, respecto del derecho a la integridad física; prohibiciones para escribir o publicar, en relación con la libertad científica; la supresión del aprovechamiento privado de los bienes propios o de la facultad de disposición que en principio corresponde al titular del derecho de propiedad; la equiparación del matrimonio con otras uniones estables, que pondría en entredicho los rasgos identificatorios del matrimonio constitucionalmente protegido; la eliminación de la vida humana que socialmente pueda ser considerada no valiosa, en el ámbito del derecho a la vida; la destrucción de la personalidad o el serio daño psíquico causado a un recluso, en lo que atañe al derecho general de la personalidad; la supresión de toda posibilidad de recobrar la libertad para los condenados a penas vitalicias de reclusión, en la esfera del derecho a la libertad personal.

Las teorías relativas sobre la garantía del contenido esencial sostienen, en cambio, que esta no comporta una barrera para el legislador con significación sustantiva propia, sino que la función que a esos efectos podría cumplir es reconducible a la de otros límites materiales derivados expresa o implícitamente de la Constitución. Dicha garantía se equipararía a la exigencia de justificación de toda restricción de un derecho fundamental o, en otras palabras, a la idea de prohibición de exceso o al principio de proporcionalidad. En particular, suele entenderse que la equiparación se refiere a la tercera vertiente de la proporcionalidad, la cual se traduce en la ponderación entre los bienes en conflicto. De ahí que desde estas coordenadas conceptuales se haya afirmado que el postulado básico de las teorías relativas puede resumirse en la fórmula de que “en ningún caso un interés de libertad fundamentalmente garantizado puede ser afectado con más intensidad que la necesaria para proteger bienes jurídicos de mayor valor”⁴⁷. De esta forma el contenido esencial pierde carácter absoluto, pues

⁴⁶ Vid. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 876; HERBERT, *op. cit.*, pág. 332.

⁴⁷ EIKE VON HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965, págs. 50 y 63; con una orientación similar cfr. BERNAL, *op. cit.*, págs. 406 y ss.

el punto más allá del cual la intervención estatal es ilícita no puede fijarse de antemano, ni en abstracto, como tampoco de manera definitiva o rígida, sino que su reconocimiento va a depender del caso suscitado y de la concreta tensión planteada entre el derecho fundamental y otro derecho o bien jurídico, con lo cual la barrera infranqueable adquiere una movilidad extraña a los postulados de la teoría absoluta. El núcleo duro del derecho fundamental que según esta última nunca debe ser sobrepasado no representa, para la teoría relativa, una esfera o magnitud preexistente e intocable, sino tan solo una reconstrucción realizada después de la aplicación tácita del principio de proporcionalidad.

Las teorías esbozadas han sido objeto de sendas críticas. Respecto de la teoría relativa se llama la atención sobre el riesgo de relativización de los derechos fundamentales que implicaría admitir que la reducción del ámbito de disfrute o ejercicio de un derecho pueda llegar tan lejos como lo exija algún interés contrapuesto digno de protección preferente, previa ponderación, pues con este proceder se estaría aceptando la licitud del posible vaciamiento o ahogamiento de un derecho, como consecuencia de la precedencia reconocida a otro derecho o bien jurídico. Asimismo, se rechaza la disolución de la garantía del contenido esencial en el principio de proporcionalidad, por considerarla contraria a la clara formulación en la Ley Fundamental de una garantía específica referida a la esencia de los derechos fundamentales⁴⁸.

En cuanto a la teoría absoluta se asevera que el núcleo esencial del derecho, entendido como una magnitud fija o absoluta, es inaccesible a un razonamiento lógico y no puede ser objeto de un control argumental. Su aceptación en esos términos conduciría al absurdo de dar sustento a decisiones contradictorias con el sistema constitucional, en la medida en que se rechacen determinadas restricciones legislativas por lucir excesivas, pese a hallar justificación en la protección de otros bienes constitucionales. En estos supuestos se estaría impidiendo al legislador efectuar una regulación constitucionalmente fundamentada. Por otro lado, se aduce que las limitaciones que por vía de abstracción pudieran considerarse de antemano lesivas de la esencia de algún derecho, mediante una ponderación encubierta, serían en todo caso tan extremas que la noción de contenido esencial tendría un escaso alcance y funcionalidad. Además, se alerta ante el peligro de debilitamiento de la garantía de los derechos fundamentales originada en la posible inclinación de la teoría absoluta a reducir la protección constitucional del derecho ante intervenciones legislativas a la sola preservación del núcleo esencial del mismo⁴⁹.

Algunas de las objeciones bosquejadas resultan exageradas si se las examina como intento de refutación global de la teoría contraria, sin perjuicio de

⁴⁸ *Vid.*, por todos, STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 867 y ss.

⁴⁹ *Vid.*, entre otros, ALEXY, *Teoría ...*, *op. cit.*, págs. 286 y ss.; HESSE, *op. cit.*, pág. 149; GAVARA, *op. cit.*, págs. 226 y ss.

la pertinencia que puedan tener respecto de alguna posición doctrinal particular. Así, cuando se señala que la teoría relativa puede conducir a una relativización no solo de la categoría del contenido esencial sino de los propios derechos fundamentales, se formula un planteamiento que expresa o tácitamente se apoya en la desconfianza hacia la proporcionalidad y, sobre todo, hacia la ponderación como criterio o método para la resolución de colisiones entre bienes jurídicos, lo cual tendría que estar acompañado de una argumentación racional y de una demostración de que la visión absoluta del contenido esencial, sumada eventualmente a algún otro criterio de control material u otra solución interpretativa, ofrecen una protección suficiente de los derechos fundamentales.

Igualmente, cuando se esgrime una acusación similar respecto de la teoría absoluta, por su supuesta reducción de la garantía constitucional de los derechos frente al legislador o a su contenido esencial, se olvida que esta no es una consecuencia lógica ni natural de la visión absoluta de tal categoría. La afirmación, o creencia podría decirse si alguien quiere poner énfasis en lo inaprensible del concepto, de que existe un núcleo inexpugnable y absoluto de cada derecho fundamental no implica desechar otros criterios de control de las intervenciones legislativas en tales derechos, como el principio de proporcionalidad, que en muchas posturas doctrinales coexiste con la garantía absoluta del contenido esencial. La formulación del artículo 19.2 de la Ley Fundamental, y del artículo 53.1 de la Constitución española, apunta más bien en la dirección de que el contenido esencial es un último bastión, una barrera final que no puede ser sobrepasada por el legislador. El primero señala que “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”, lo cual sugiere que existe un contenido no esencial o adicional del derecho que puede *en algunos casos* ser válidamente afectado, sin que el artículo 19.2 pretenda aportar los criterios para determinar cuándo es lícito hacerlo. En términos semejantes se expresa el artículo 53.1, cuando prescribe que “Sólo por ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, pues se deja a salvo, como “posición última”⁵⁰, un núcleo del derecho, sin indicar que su periferia esté exenta de principios materiales de control.

El nudo gordiano de la discusión estriba en precisar si es posible invocar un núcleo esencial de tales derechos jurídicamente operativo que posea significación propia y no quiebre la sistemática constitucional, lo cual se remonta al debate en torno al carácter declarativo o constitutivo de la correspondiente garantía. Una construcción dogmática que se ha pronunciado claramente en favor de la naturaleza declarativa de esa garantía es la de HÄBERLE. En su opinión la función del artículo 19.2 de la Ley Fundamental consiste en:

⁵⁰ PAREJO, *op. cit.*, pág. 182. *Vid.*, también PRIETO SANCHÍS, *Estudios ..., op. cit.*, págs. 139 y ss.

“[L]a sanción declarativa, el adicional y superfluo aseguramiento de principios que ya han hallado expresión en la Constitución. Su significación se agota en resumir esos principios de manera específica en una determinada fórmula. Aun en ausencia de una expresa garantía del contenido esencial, está amparado por la Constitución el ‘contenido esencial’ que ha de ser especialmente precisado en relación con cada derecho fundamental. El ‘contenido esencial’ de los derechos fundamentales es una referencia abreviada a todos los principios que en el trascurso de los análisis anteriores fueron desarrollados para el aseguramiento de los derechos fundamentales. El art. 19.2 LF pronuncia de manera simplemente declarativa lo que resulta de una interpretación ajustada del derecho fundamental correspondiente. En definitiva es posible aseverar: el art. 19.2 LF es una norma constitucional que conduce al vacío. Ella no contiene nada distinto a lo que de todos modos hubiera valido”⁵¹.

Los principios materiales limitadores de la potestad de regular derechos fundamentales, como los de ponderación, proporcionalidad, el carácter de regla general o de principio de tales derechos, la limitabilidad de las intervenciones estatales en los mismos, y el reconocimiento de su faceta institucional, entre otros, forjados primero en la época de Weimar y luego en tiempos de la Ley Fundamental confluían, en opinión del autor, en la categoría del contenido esencial, aunque tendrían existencia y brillo propios. El sentido dogmático del artículo 19.2 estribaría en establecer una garantía institucional respecto de cada derecho fundamental, que se solaparía, en el pensamiento del autor, al carácter institucional que de por sí ellos poseen. Además, sostiene que el artículo 19.2 ostenta un carácter “actualmente declarativo” pero “potencialmente constitutivo”, ya que si los principios materiales correspondientes (inmanentes o implícitos) son dejados de lado y las relaciones entre la Constitución y la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales vuelven a tornarse unilaterales en beneficio de este último, dicha garantía cobraría plena virtualidad jurídica al oponer al legislador un texto constitucional expreso, contrario al vaciamiento de los derechos fundamentales. De esta forma cumple “una importante función” al poder llegar a ser un “arma espectacular contra el legislador”. Asimismo, reconoce el papel histórico que el artículo 19.2 ha desempeñado al impulsar la discusión sobre los auténticos criterios materiales limitativos de la regulación legislativa de tales derechos⁵².

La tesis de la naturaleza declarativa de la garantía del contenido esencial ha tenido eco en la doctrina española, en la cual se ha expresado:

“[L]a garantía del contenido esencial tiene un valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto del que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales mismos. Por eso mismo

⁵¹ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie ...*, op. cit., págs. 234-235.

⁵² Ídem, págs. 234 y ss.

la garantía del contenido esencial, entendida como límite de los límites, no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional, a cualquier bien constitucionalmente protegido, que podría retroceder ante cualquier otro también constitucional, en virtud del principio de unidad práctica de la Constitución, pero en ningún caso, y en virtud de ese mismo principio, podrá sacrificarse a él por entero⁵³.

Y en relación con la posibilidad de yuxtaponer una noción absoluta del contenido esencial y un examen acerca de la justificación de la restricción se añade que, si se resuelve que la limitación de un derecho está justificada por la protección de otro bien constitucional:

“[N]egar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial es tanto como admitir el carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego y desconocer la que presta protección al bien sacrificando este al derecho, *porque eso es lo que se hace cuando tras reconocer que el límite sirve a la protección del bien se lo rechaza como contrario al contenido esencial del derecho*”⁵⁴.

Esta argumentación luce contundente y pareciera no dar cabida al contenido esencial como categoría con sentido propio. Sin embargo, es conveniente preguntarse si el propósito de salvaguardar la integridad normativa de la Constitución resulta satisfecho cuando una disposición constitucional terminante, dirigida a limitar la potestad normativa del legislador, queda reducida a una fórmula declarativa. Si la Constitución establece que solo los derechos fundamentales y no otros bienes constitucionales disfrutan de la garantía del contenido esencial, ¿no puede ser esta una diferencia en el tratamiento normativo de los bienes constitucionales derivada de la experiencia de abusos del Estado en la invocación de intereses colectivos para comprimir tales derechos hasta dejarlos sin sustancia o efectividad? ¿No puede haber tomado la Constitución la cautela de incluir un “freno de emergencia”⁵⁵ para detener medidas que produzcan el vaciamiento de esos derechos? La categoría del contenido esencial es ciertamente oscura y ofrece dificultades interpretativas, pero en los ordenamientos que la prevén estos obstáculos no bastan para desahuciarla y negarle toda virtualidad jurídica.

En este sentido, en el Derecho alemán se ha sostenido que de acuerdo con su letra y con la voluntad de sus autores la garantía del contenido esencial plasmada en el artículo 19.2 “debe asegurar incondicional y constitutivamente partes esenciales de los derechos fundamentales frente a injerencias estatales”⁵⁶; su razón de ser consistiría en dotar a estos derechos de mayor fortaleza y pro-

⁵³ I. DE OTTO, *op. cit.*, pág. 127.

⁵⁴ Ídem, pág. 134.

⁵⁵ Según la expresión de HERZOG citada por STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 856.

⁵⁶ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 867.

tección. Con esta orientación, se estaría atribuyendo a la norma formulada por el artículo 19.2 el carácter de regla, con lo cual tendría una pretensión de validez incondicionada y excluiría la ponderación que es consustancial al principio de proporcionalidad. En todo caso, ante la expresa y rotunda prohibición prevista en el artículo citado, el punto de partida para el análisis del asunto ha de ser ciertamente procurar la identificación del alcance específico de dicha garantía, aunque este imperativo no es suficiente para superar el problema de si es posible determinar y amparar absolutamente de manera racional el contenido denominado esencial, en forma coherente con las demás piezas del sistema constitucional.

Una tesis favorable al carácter absoluto del contenido esencial que ha tenido alguna aceptación en la doctrina y jurisprudencia alemanas es la que vincula dicha categoría con la protección de la dignidad humana ordenada por el artículo 1.1 de la Ley Fundamental⁵⁷. Según esta postura es posible reconocer en distintos derechos una proyección del valor de la dignidad humana, el cual estaría incorporado al contenido esencial de los mismos. Por tanto, el mandato incondicional de protección de la dignidad humana concurriría con la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Luego veremos el reflejo de esta tesis en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho general de la personalidad y la preservación de un núcleo absoluto del ámbito de configuración de la vida privada. No obstante, dicha vinculación entre la protección de la dignidad humana y la garantía del contenido esencial no supone reconocer una significación específica a esta última garantía, pues los aspectos de la dignidad humana eventualmente comprendidos por el contenido esencial de algún derecho ya se encontrarían amparados por el citado artículo 1.1. Así, pues, allí donde dicha garantía pareciera poder encontrar un soporte sustantivo propio se despliegan los efectos de una norma distinta, que asegura la protección de la dignidad humana.

Lo expuesto abona la dificultad de hallar la especificidad material de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, la cual se acentúa al traer a colación el principio de proporcionalidad y el control de las restricciones legislativas de tales derechos que permite ejercer. Varios de los supuestos en los que cabe pensar en una afectación del contenido esencial de un derecho son ciertamente reconducibles a un examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la intervención legislativa. En ocasiones es posible vislumbrar por anticipado un límite definitivo infranqueable para las leyes restrictivas de derechos, en virtud de la dificultad de imaginar alguna situación en la que un bien jurídico contrapuesto prevalezca frente al derecho considerado, pero esta situación imprevisible puede llegar a suscitarse, lo cual restaría carácter absoluto al límite trazado. Así, la esterilización de personas sin su consenti-

⁵⁷ *Vid.*, las referencias y la crítica de STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 858-859 y 873 y ss.

miento, mencionada por algunos como ejemplo de una vulneración del contenido esencial del derecho a la integridad física, pareciera en efecto que es ilícita en cualquier circunstancia, mas el análisis de un caso como el que debió conocer el Tribunal Constitucional español, relativo a la esterilización de personas afectadas por una grave discapacidad mental, en las condiciones legalmente fijadas, previo consentimiento de los representantes legales y con autorización judicial, obliga al menos a matizar la rotundidad y generalidad de la afirmación⁵⁸. Algunas de las hipótesis en las que aparentemente el contenido esencial de un derecho sufre un menoscabo estarían, por tanto, comprendidas por el principio de proporcionalidad en sentido estricto y quedarían sujetas a su movilidad. Sin embargo, de ahí no ha de concluirse que la garantía del contenido esencial carece de significación normativa propia.

En la búsqueda del sentido jurídico particular del contenido esencial de los derechos fundamentales también se han mantenido posiciones objetivo-abstractas que se proyectan sobre el ámbito jurídico-material asegurado por dicha garantía, muchas de las cuales están inspiradas, en mayor o menor grado, en la construcción dogmática de las garantías institucionales o de instituto. Desde perspectivas diversas se alude al deber de preservar la existencia del derecho y de conservar los aspectos medulares de la comprensión del mismo prevaleciente en la sociedad, sobre todo en la comunidad jurídica. Esto supone considerar las convicciones históricas, políticas y sociológicas dominantes sobre la esencia del derecho. Guardan afinidad con esas opiniones las apelaciones doctrinales y jurisprudenciales a la necesidad de examinar, para saber si ha sido lesionado el contenido esencial de un derecho, el sentido para la vida social que él ostente tras la intervención legislativa⁵⁹; igualmente, la invocación del significado especial del derecho dentro del sistema general de los derechos fundamentales⁶⁰ o de la especificidad y función del derecho, cuya eliminación vulneraría el contenido esencial. También suele otorgarse relevancia a los elementos que conformen el tipo normativo del derecho de que se trate, lo que se traduce en la protección de la identidad normativa de cada derecho⁶¹. Sin partir de estas premisas, desemboca en un resultado similar la opinión según la cual la garantía del contenido esencial permite hacer frente a un cúmulo de medidas legales restrictivas que, examinadas aisladamente, pueden superar la prueba de la proporcionalidad pero que consideradas en su conjunto conduzcan al vaciamiento de un derecho fundamental⁶².

Esta aproximación a la garantía del contenido esencial puede ser de utilidad para la determinación de su significado propio. Los criterios enun-

⁵⁸ STC 215/1994.

⁵⁹ BVerfGE 2, 266 (285).

⁶⁰ BVerfGE 22, 180 (219); 109, 133 (156).

⁶¹ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 876.

⁶² J. IPSEN, *op. cit.*, págs. 61.

ciados permiten ejercer un control sobre las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales que no se agota en la aplicación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, estas visiones del contenido esencial no necesariamente tienen un carácter puramente declarativo, conforme al pensamiento institucional de HÄBERLE, pues quienes las han sostenido rechazan expresamente su teoría institucional de los derechos fundamentales o ponen de manifiesto sus limitaciones⁶³.

Además, cabe pensar en una repercusión de la garantía del contenido esencial en el tercer escalón del principio de proporcionalidad, por cuanto las restricciones legislativas que al ser ejecutadas supriman, desde una perspectiva subjetivo-individual, las posibilidades de disfrute de algún derecho fundamental, sin contrariar los criterios objetivos precitados, pueden ser consideradas lesivas del contenido esencial en todos los casos en los que el juicio de ponderación arroje dudas sobre la justificación de la restricción, como ocurre en los denominados casos de empate⁶⁴. Es un asunto controvertido si los casos dudosos fruto de una ponderación deben ser resueltos a favor de los derechos o a favor del legislador, pero en el supuesto indicado es posible interpretar que por fuerza de la consagración constitucional de esa garantía la balanza debe inclinarse a favor del derecho. De esta forma la categoría examinada reforzaría, aunque moderadamente, la posición de los derechos fundamentales en el sistema constitucional, sin que se incurra en irracionalidad o contradicciones normativas.

Por último, no debe perderse de vista la función adicional que la garantía examinada puede cumplir en aquellos ordenamientos que la hayan reconocido y no posean una consagración constitucional de la protección de la dignidad humana, ya que dicha garantía ofrecería en estos casos un cauce dogmático para hacer valer la preservación de esta dignidad ante normas restrictivas de derechos fundamentales que pretendan cercenarla.

C) *Algunos criterios de reconocimiento de vulneraciones a la garantía del contenido esencial*

Recapitulando en buena medida ideas antes expresadas, se enunciarán algunos criterios que pueden ayudar a verificar la existencia de una vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Como observación preliminar importa apuntar que la indagación sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales no ha de hacerse de manera general o global sino teniendo en cuenta el derecho afectado. Por consiguiente, no ha de pretenderse determinar un contenido esencial válido para todos los derechos fundamentales, pues el

⁶³ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 867; IPSEN, *op. cit.*, págs. 59 y ss.

⁶⁴ Vid. ALEXY, "Epílogo ...", págs. 13 y ss.

mismo ha de precisarse considerando la especificidad y la función particular del derecho en juego.

Un primer criterio de reconocimiento se refiere a la comprobación del resto de libertad subsistente tras la restricción del derecho. Sabemos que en ocasiones la supresión de las posibilidades de disfrute subjetivo-individual de un derecho no necesariamente conduce a la vulneración de su contenido esencial, pero en algunos casos pudiera ser así. Además, este “resto” también puede ser visualizado desde una perspectiva más global o abstracta, prestando atención al sentido o funcionalidad general que el derecho conserve después de su limitación legal, lo cual se conecta con algunas de las tesis antes bosquejadas.

En esta línea de pensamiento cabe apelar a la significación que el derecho ostenta en la vida social y en el orden jurídico después de su restricción. A esta orientación responde la postura del Tribunal Constitucional Federal según la cual el contenido esencial puede ser afectado “cuando aquella pretensión de defensa frente a perturbaciones que el ordenamiento jurídico incorpore para proteger un derecho fundamental sea suprimida materialmente o cuando en lo jurídico-procedimental se impida hacerlo valer de manera eficaz”⁶⁵. De esta forma la significación jurídica del derecho posterior a la restricción legal se mide en función de la repercusión de la intervención estatal en las pretensiones de defensa respectivas y en las garantías procesales o procedimentales que respalden el ejercicio o disfrute del derecho.

Una aproximación similar al concepto se halla en la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el contenido esencial del derecho a la huelga ya comentada. Allí se sostuvo:

“Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁶⁶.

Igualmente, para determinar si el contenido esencial de un derecho ha sido afectado puede realizarse una confrontación entre el régimen normativo del derecho fundamental resultante de la regulación legislativa y el tipo normativo al cual el derecho corresponde de acuerdo con su naturaleza y las convicciones jurídicas dominantes. En estas coordenadas se mueven las distintas teorías con vertientes institucionales relativas a la garantía bajo análisis, con arreglo a las cuales ha de tenerse presente el significado jurídico-social, tanto actual como histórico, del derecho examinado. A lo cual ha de añadirse el sentido y función

⁶⁵ BVerfGE 61, 82 (113).

⁶⁶ STC 11 de 1981, FJ 8º.

del mismo dentro del sistema general de derechos fundamentales, como ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Es preciso verificar si la restricción fijada por la ley despoja al derecho de rasgos o elementos fundamentales, hasta el punto de romper la concordancia con el correspondiente modelo constitucionalmente asegurado, definido conforme a los criterios indicados. Se trata de contrastar la regulación legal con el tipo normativo para establecer o negar una relación de pertenencia, por lo que con razón se ha dicho que “protección del contenido esencial significa en este sentido protección de la identidad”⁶⁷. En esta línea se inscribe uno de los caminos para el reconocimiento del contenido esencial expuestos en la importante sentencia del Tribunal Constitucional español ya citada, en la cual se afirma:

“Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”⁶⁸.

Cabría pensar que esta aproximación al concepto del contenido esencial pudiera conducir a una petrificación del Derecho, pero conviene apuntar que la garantía del contenido esencial no está forzosamente llamada a congelar la visión de un derecho fundamental predominante en un momento determinado, pues dicha esfera nuclear también está expuesta a la dinámica político-social y abierta a la evolución interpretativa, guiada por las líneas maestras de la gestación y función del respectivo derecho fundamental⁶⁹.

D) *Ámbito de aplicación de la garantía*

No hay unanimidad acerca del ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. En particular, se discute si esta es oponible solo al legislador o si también lo es respecto de los demás poderes públicos. Las discrepancias comienzan sin embargo en la misma esfera de la legislación, pues según algunos autores no toda ley que recoja limitaciones a derechos fundamentales queda sometida a aquella exigencia.

El contexto sistemático del debate en la Constitución alemana es su artículo 19, referido a la “restricción” de derechos fundamentales, cuyo párrafo 1º pre-

⁶⁷ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 876.

⁶⁸ STC 11/1981, FJ 8º.

⁶⁹ HERBERT, *op. cit.*, pág. 334.

vé requisitos formales que deben satisfacer las leyes restrictivas, referidos al carácter general que debe poseer la ley y a la obligación de citar en la misma el artículo que reconoce el derecho sujeto a limitación. Estas exigencias formales podrían ser entendidas, a partir de la redacción de la disposición, como aplicables a las leyes dictadas con fundamento en las reservas expresas de ley formuladas en el precepto que consagra algún derecho fundamental, por lo que no se extenderían a leyes relativas a derechos consagrados sin reserva, las cuales solamente concretizarían límites derivados de la colisión entre un derecho constitucional y otro derecho o bien de igual rango. La jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por una interpretación aún más estricta del requerimiento de cita expresa del artículo contentivo del derecho restringido⁷⁰.

En ocasiones se ha sostenido que el criterio excluyente de las leyes meramente delimitadoras de derechos, predominante en cuanto concierne a esa última condición del artículo 19.1, es igualmente válido para la garantía material del artículo 19.2 de la Ley Fundamental⁷¹. No obstante, no hay razón suficiente para extender automáticamente el ámbito de aplicación del artículo 19.1, o de la segunda parte de este párrafo, al del artículo 19.2 de la Constitución alemana. Dejando de lado la discusión sobre la esbozada demarcación del alcance del artículo 19.1, lo cierto es que nada obliga a atribuir al artículo 19.2 el mismo radio de eficacia normativa. La rotunda afirmación de esta disposición, conforme a la cual el contenido esencial no puede ser afectado “en ningún caso”, así como su finalidad, militan más bien a favor de una interpretación amplia de esta garantía, la cual comprenda las leyes que, a la luz de la correlación constitucional entre bienes y derechos, limiten derechos formulados sin reserva expresa de restricción. Esta ha sido la orientación de la jurisprudencia constitucional en varias decisiones⁷², aunque ella no ha estado exenta de vacilaciones⁷³.

En cuanto a la posible invocación de la garantía del contenido esencial frente al poder ejecutivo, habría que distinguir entre la actividad normativa y la que no lo sea. No resulta difícil defender que la primera también queda sometida a la garantía mencionada, sobre todo si se trata de normas con rango y fuerza de ley dictadas por el poder ejecutivo en los casos especiales constitucionalmente establecidos. Algo similar cabría decir respecto de las normas reglamentarias, aunque normalmente no será lícito que estas incidan en los

⁷⁰ Vid. PIEROTH/SCHLINK, *op. cit.*, págs. 75-76.

⁷¹ Cfr. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 50 y ss.; en la misma dirección, aunque admitiendo la extensión analógica del art. 19.2 a las demás normas limitadoras de derechos fundamentales cfr. JARASS/PIEROOTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, C. H. Beck, 2011, pág. 462.

⁷² *BVerfGE* 84, 212 (228); 93, 352 (360). En el mismo sentido STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 878 y ss.; SACHS, *Grundgesetz ...*, págs. 765-766; IPSEN, *op. cit.*, págs. 58-59.

⁷³ *BVerfGE* 13, 97 (122).

derechos fundamentales hasta el punto de suscitar la cuestión de la posible afectación de su contenido esencial.

Por otro lado, la garantía mencionada no está directamente destinada a contener la actuación no normativa de la administración ni el ejercicio de la función jurisdiccional, pero podría extenderse a estos ámbitos, en la medida en que los órganos administrativos o judiciales disfruten, de acuerdo con el marco legal correspondiente, de un campo o margen de acción o elección y, en consecuencia, de facultades para tomar decisiones no predeterminadas legalmente, de cuya adopción ellos serían responsables. Estas tampoco podrían menoscabar el contenido esencial de un derecho fundamental⁷⁴.

3. TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

Como ya se expuso, la relevancia práctica de la garantía del contenido esencial en la jurisprudencia alemana ha sido muy reducida. No solo porque raramente ha sido invocada en decisiones del Tribunal Constitucional Federal sino por el papel principalmente retórico que ha cumplido en aquellos pocos casos en los que ha sido aducida. El principio de proporcionalidad, como sabemos, se ha consolidado como la herramienta conceptual habitual para el control sustancial de las restricciones a derechos fundamentales.

Para algunos la escasa invocación de la mencionada garantía se explica por su naturaleza relativa o declarativa⁷⁵, mientras que para otros puede explicarse, en parte, por la existencia en Alemania de un poder público lo suficientemente domesticado por el Derecho Constitucional como para descartar o minimizar las situaciones en las que se plantee fundadamente la violación del contenido esencial de un derecho⁷⁶. Lo cierto en todo caso es que la jurisprudencia ha hallado y, en alguna medida, construido sedes dogmáticas distintas a la del artículo 19.2 de la Ley Fundamental para revisar la licitud de las intervenciones estatales en derechos fundamentales, aun de las más graves, extremas o inaceptables, como lo demuestran los criterios desarrollados en la esfera de la protección constitucional de la dignidad humana.

Conviene aludir a la evolución de la aplicación judicial de esa garantía, para luego bosquejar las tímidas orientaciones de la jurisprudencia relativas a los principales problemas teóricos antes examinados.

A) *Vicisitudes en la aplicación jurisprudencial del concepto*

Al examinar la evolución de la jurisprudencia referida a la garantía del contenido esencial, no es posible demarcar etapas nítidamente diferenciadas,

⁷⁴ SACHS, *Grundgesetz*..., pág. 766; en sentido contrario *vid.* GAVARA, *op. cit.*, págs. 132 y ss.

⁷⁵ JARASS/PIEROOTH, *op. cit.*, pág. 462.

⁷⁶ STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 840.

sino tan solo identificar oscilaciones que reflejan la alternancia entre momentos en los cuales pareciera que dicha garantía pudiera cobrar alguna importancia y otros en los que ella resulta completamente opacada.

Inicialmente fueron el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Administrativo Federal los que incursionaron en la invocación del artículo 19.2 de la Ley Fundamental. El primero comenzó atribuyendo a la garantía allí prevista una significación próxima a la del principio de prohibición de exceso, al declarar que un derecho fundamental no puede ser restringido más allá de lo estrictamente exigido por las razones que respalden la intervención en el derecho. El segundo partió de una defensa del contenido esencial como último valladar frente a las limitaciones a la libertad de profesión u oficio, pero luego relativizó esta concepción bajo el influjo de la tesis de la llamada reserva de comunidad como fuente de límites inmanentes a los derechos fundamentales, incluyendo a su contenido esencial⁷⁷.

Cuando el Tribunal Constitucional Federal entra en escena lo hace reconociendo al artículo 19.2 una importancia no desdeñable en el sistema de derechos de la Ley Fundamental. Rechazó la tesis del Tribunal Administrativo Federal sobre los límites inmanentes derivados de la supuesta reserva de comunidad, al considerarla claramente lesiva del artículo 19.2, y también sostuvo que la interpretación del Tribunal Supremo Federal relativizaba el alcance de este precepto. Pero después, se ha señalado que desde 1958, dicha disposición pasó a ocupar un lugar marginal, hasta reaparecer en 1967, cuando fue dictada la primera sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley por afectar el contenido esencial de un derecho⁷⁸. No obstante, algunas decisiones dictadas desde mediados de los años setenta revelan la pérdida de significación de la categoría, de la cual se hace caso omiso pese a la pertinencia del correspondiente examen.

Como ejemplo de este declive de la garantía en la jurisprudencia, merece un comentario particular la sentencia en la que se declaró la constitucionalidad de la ejecución de una pena vitalicia privativa de libertad, la cual desechó sin mayor análisis dogmático y a partir de una simple interpretación histórico-subjetiva, el argumento de la violación del contenido esencial del derecho a la libertad personal, ocasionada, según se alegaba, por la definitiva supresión de la posibilidad de ejercer la libertad corporal de movimiento. En cambio, la protección constitucional de la dignidad humana, en conjunción con el principio del Estado de Derecho, recibió un tratamiento distinto, pues de ella se dedujo el deber de ofrecer a los condenados a dicha pena la oportunidad de recuperar en algún momento la libertad, si durante el cumplimiento de la sanción resultaban

⁷⁷ STERN, *op. cit.*, t. III/2, págs. 848 y ss.

⁷⁸ *Ibíd.*

colmadas las condiciones que la ley debía establecer⁷⁹. Esta es una muestra del desplazamiento hacia otras categorías de los efectos normativos que la garantía del contenido esencial en principio podría desplegar. En sentencia posterior, que examinó la constitucionalidad de determinadas medidas de seguridad posdelictuales privativas de la libertad de duración indefinida, el Tribunal Constitucional Federal también declaró que no estaba siendo quebrantado el contenido esencial del derecho a la libertad personal, acudiendo, además de a un similar argumento histórico-subjetivo, a un criterio que tiende a disolver esta garantía en el principio de proporcionalidad, como veremos⁸⁰.

Un ámbito en el que el artículo 19.2 ha sido traído a colación, en distintos momentos del devenir jurisprudencial, es el de la protección del derecho general de la personalidad y, en particular, del núcleo intangible de configuración de la vida privada reconocido por la jurisprudencia constitucional. La preservación de este núcleo frente a cualquier intervención del poder público ha sido entendida como una consecuencia de la consagración constitucional tanto de la garantía de la dignidad humana (art. 1.1) como de la del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2)⁸¹. No obstante, no siempre el artículo 19.2 acompaña al primero en los pronunciamientos judiciales, siendo aquel en todo caso la piedra angular del razonamiento jurisprudencial. Como ya se apuntó, aquí la categoría del contenido esencial vendría solo a confirmar una tutela jurídica que de acuerdo con la jurisprudencia se colige ya del artículo 1.1 de la Ley Fundamental.

Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal confirma la escasa funcionalidad dogmática de la garantía del contenido esencial en su jurisprudencia. Se trata de la decisión sobre la Ley de Seguridad Aérea y la facultad de derribar, en ciertas circunstancias, aviones civiles secuestrados que circulen por el espacio aéreo alemán⁸². El punto de la sentencia que ahora interesa destacar es que el examen material de la constitucionalidad de la ley, en lo que atañe al derecho a la vida de la tripulación y de los pasajeros de la aeronave secuestrada, se apoyó en la protección constitucional de la dignidad humana, a pesar de que el asunto hubiera podido abordarse desde la perspectiva de la preservación del contenido esencial del derecho a la vida. La declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley, en los supuestos de aeronaves que pretendieran ser utilizadas para atentar contra la vida de terceros, ocupadas no solo por los secuestradores sino también por individuos inocentes, se fundamentó principalmente en el argumento de que sería contrario a la dignidad humana permitir que personas inocentes perdieran la vida como consecuencia de una

⁷⁹ *BVerfGE* 45, 187 (págs. 223 y ss.).

⁸⁰ *BVerfGE* 109, 133 (156)

⁸¹ *BVerfGE* 34, 238 (245); 80, 367 (373).

⁸² *BVerfGE* 115, 118 (págs. 139 y ss.).

intervención de los órganos estatales, sobre todo vista la posible falta de certeza respecto del uso que del avión harían realmente los captores.

Sin entrar en el análisis de este aspecto del pronunciamiento, la omisión de toda referencia a la garantía del artículo 19.2 es reveladora de la posición secundaria que esta ostenta en la jurisprudencia constitucional. Hubiera podido esclarecerse si resultaba vulnerado el contenido esencial del derecho a la vida, como había sido planteado, junto a otros alegatos, por los recurrentes, siendo tal derecho el que en definitiva estaba en juego. Pero el Tribunal Constitucional Federal, en consonancia con su jurisprudencia sobre la conexión entre la vida y la dignidad humana, resolvió el punto con fundamento en el artículo 2.2, en concordancia con el 1.1, de la Ley Fundamental. Como enseguida veremos, la consideración de la garantía del contenido esencial sí fue realizada por dicha sentencia al revisar la constitucionalidad de la medida de derribo de aeronaves cuando solo estuvieren ocupadas por los autores de la agresión, pero lo hizo de tal modo que confirmó la escasa relevancia jurisprudencial de esa garantía, pues la norma legal fue estimada constitucional en atención al peso de los intereses de terceros que estarían comprometidos y al principio de proporcionalidad, con lo cual el supuesto núcleo intocable del derecho se disolvió en el juicio de proporcionalidad.

B) *Orientaciones jurisprudenciales*

Retomando en parte algunos criterios jurisprudenciales ya comentados, conviene esbozar la postura del Tribunal Constitucional Federal respecto de las dos cuestiones teóricas antes planteadas: la visión absoluta o relativa, objetiva o subjetiva, del contenido esencial.

En una primera etapa la jurisprudencia alemana fue enfática al afirmar que el artículo 19.2 otorgaba a la garantía del contenido esencial una significación propia, que no podía confundirse con la del principio de proporcionalidad, lo cual abonaba el terreno de las teorías absolutas. Así, tempranamente sostuvo:

“De acuerdo con la clara formulación del artículo 19 párr. 2, la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser afectada ‘en ningún caso’; la pregunta, ocasionalmente planteada, de bajo cuáles condiciones una tal injerencia excepcionalmente sería no obstante admisible, carece por lo tanto de objeto”⁸³.

Sin embargo, esta declaración judicial no iba dirigida directamente, en el caso concreto, a desechar una equiparación entre la proporcionalidad y la garantía del contenido esencial, ni mucho menos a demostrar dónde radicaría la especificidad material de esta última, sino estaba destinada a desechar el uso que

⁸³ BVerfGE 7, 377 (411).

el Tribunal Administrativo Federal había hecho de esa garantía en su jurisprudencia, al haber aseverado que de existir razones públicas imperiosas podía afectarse el contenido esencial de un derecho. Naturalmente, la letra del artículo 19.2 se opone a tal forma de argumentar, pues si se admite que tal contenido esencial existe no puede luego aceptarse que en situaciones especiales resulte invadido. La interpretación del Tribunal Administrativo Federal estaba asociada a su tesis de la cláusula de comunidad como fuente de límites inmanentes a los derechos fundamentales, prontamente criticada y luego abandonada por dicho tribunal. Solo de manera tangencial fue también rechazada en esta misma sentencia la postura del Tribunal Supremo Federal, entonces proclive a equiparar el contenido esencial con la prohibición de exceso, lo cual implicaba, a juicio del Tribunal Constitucional Federal, una relativización de tal garantía.

En decisiones ulteriores, en las que la distinción entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial sí resultaba tajante, la invocación del artículo 19.2 de la Ley Fundamental era complementaria al reconocimiento de la intangibilidad de la dignidad humana y, en particular, de un núcleo intocable de desarrollo de la vida privada⁸⁴. Esto daba un punto de apoyo a una visión absoluta de dicha garantía, aunque solo en la medida en que también estuviera en juego la protección de la dignidad humana, ya exigida por el artículo 1.1 de la Ley Fundamental. No obstante, la evolución jurisprudencial se ha decantado por prescindir del artículo 19.2 en la protección de ese ámbito impenetrable de desenvolvimiento de la vida privada, amparado por el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y por la tutela constitucional de la dignidad humana (arts 2.1 y 1.1. de la Ley Fundamental)⁸⁵.

Es más fácil hallar en la jurisprudencia constitucional algunos ejemplos de la tendencia a la negación de la significación substancial de la garantía del artículo 19.2, sobre todo en virtud de su identificación con la proporcionalidad. En este sentido apunta la decisión que consideró lesiva del derecho a la vida privada la resolución judicial que autorizó el envío de las actas de un procedimiento de divorcio a la autoridad encargada de instruir un procedimiento disciplinario contra un funcionario, que había sido parte en aquel proceso. El Tribunal Constitucional Federal no estimó que tal remisión representara una intromisión en el núcleo absolutamente protegido de la intimidad personal, pero pasó a examinar si existían intereses preponderantes de la colectividad que pudieran justificar esa medida, para lo cual se apoyó en el principio de proporcionalidad, como manifestación de la garantía del artículo 19.2. Para este tribunal la remisión de las mencionadas actas, que comprendían información perteneciente a la vida privada de los esposos, “sin su consentimiento, solo es

⁸⁴ *BVerfGE* 27, 344 (351); 34, 238 (245); nuevamente en 80, 367 (373).

⁸⁵ Cfr., entre otras, *BVerfGE* 109, 279 (págs. 311 y ss.).

admisible cuando ello sea justificado conforme al principio de proporcionalidad. Si este no es el caso, entonces esa medida contraría el artículo 2 párr. 1 en concordancia con el artículo 1 párr. 1 y el artículo 19 párr. 2 de la Ley Fundamental⁸⁶.

De esta forma, la invocación de la garantía del contenido esencial carecía de implicaciones sustanciales específicas, por cuanto de lo afirmado casi puede colegirse que la observancia del principio de proporcionalidad bastaría para negar la vulneración de dicha garantía. En términos lógicos cabría, sin embargo, decir que el pronunciamiento solo conectó la garantía del artículo 19.2 con las situaciones de injerencia desproporcionada en algún derecho, sin que de allí se deduzca por argumento a contrario la conclusión sugerida, es decir, la ausencia de significación sustancial de la garantía del contenido esencial. Junto a los supuestos de intervenciones desproporcionadas en un derecho, calificables según el pronunciamiento como lesivas del contenido esencial, pudieran existir otras vinculadas a afectaciones de un núcleo absoluto intocable. Pero la decisión mencionada se inscribe en todo caso en la dirección relativizadora indicada.

El círculo pareciera querer cerrarse, aunque nuevamente sin llegar a hacerlo por completo, en una decisión posterior, en la cual se sostuvo que de comprobarse, al examinar una limitación de la propiedad, que ha sido preservada la existencia y demás componentes institucionales de este derecho, y que ha sido respetado el principio de proporcionalidad, “no puede haber violación alguna del artículo 19 párr. 2 de la Ley Fundamental⁸⁷”. De ahí podría inferirse que la señalada garantía no aportaría nada sustantivo a lo ya exigido por la proporcionalidad y, se agrega ahora, por la faceta institucional de la protección constitucional de la propiedad. Pero sigue estando lógicamente abierta la interpretación de que al lado de estos supuestos se encuentren los casos extremos en que se afecte un bastión inexpugnable.

En la primera y quizás única sentencia en la cual el Tribunal Constitucional Federal ha declarado la nulidad de una ley a causa específicamente de la vulneración del contenido esencial de un derecho⁸⁸, también es posible apreciar cierta inclinación a la equiparación, esta vez menos concluyente, entre el contenido esencial y la proporcionalidad. Se trataba del examen de la constitucionalidad de una disposición legal que permitía a una autoridad judicial disponer la permanencia de una persona en un centro de atención o internamiento, o en una familia receptora. La medida era aplicable a jóvenes mayores de edad cuya situación personal pudiera calificarse de riesgosa a la luz de criterios fijados en la ley. El tribunal decidió que tal medida, constitutiva de una privación de la libertad, era contraria al contenido esencial del

⁸⁶ *BVerfGE* 27, 344 (352).

⁸⁷ *BVerfGE* 58, 300 (348).

⁸⁸ *BVerfGE* 22, 180 (págs. 219-220).

derecho a la libertad personal, porque autorizaba al poder público a sustraer a una persona de su estado de libertad sin que la finalidad perseguida fuera la protección de la colectividad, como en principio sucede con la legislación penal y procesal penal, ni la tutela del propio afectado, en el caso de una discapacidad mental que hiciera temer fundadamente que él pudiera atentar contra sus propios derechos.

Según la sentencia, la finalidad de la medida era el perfeccionamiento o mejoramiento del afectado, de modo que pudiera llevar una vida más ordenada, estable y laboriosa, lo cual no se correspondía con ningún cometido estatal, pues el Estado no tiene la misión de perfeccionar a los ciudadanos. Esta ilicitud del objetivo al que respondía la limitación legal se traducía en una vulneración del artículo 19.2. Aquí hay un cierto solapamiento con el principio de proporcionalidad, cuya aplicación presupone el examen de la constitucionalidad del fin perseguido por la ley restrictiva de algún derecho, pero no existe propiamente una equiparación, pues el control de la licitud de la finalidad de disposiciones restrictivas de la libertad puede derivarse de una exigencia constitucional autónoma o previa respecto de dicho principio. La sentencia es además ambigua porque tiende, por un lado, a concebir la garantía examinada como una manifestación de la prohibición de exceso, al descartar que el artículo 19.2 sea vulnerado cuando existan razones suficientemente importantes para justificar una privación de libertad y, al mismo tiempo, apunta en el sentido de una distinción entre dicha garantía y la proporcionalidad, ya que, después de haber declarado la violación del contenido esencial, aludió separadamente a la falta de proporcionalidad de la privación de libertad prevista en la ley, con una parca argumentación que incluyó la referencia a la falta de un límite temporal para la medida respectiva⁸⁹. En todo caso, tampoco en esta decisión es fácilmente apreciable el reconocimiento de una sustancia jurídica propia de la garantía del contenido esencial; cabría a lo sumo decir que, según la sentencia, la libertad personal resulta desnaturalizada cuando alguien es privado de ella para satisfacer una finalidad inaceptable a la luz de la autonomía individual y del papel y cometidos constitucionalmente asignados al Estado.

La equiparación se hace palpable, no obstante, en un caso posterior en el que el Tribunal Constitucional Federal pretendió apoyarse, al resolverlo, en la sentencia precitada, en el cual se revisó la constitucionalidad de la disposición legal que permite el internamiento vitalicio de sujetos condenados por la comisión de determinados crímenes, como medida de seguridad aplicable una vez que la pena hubiere sido cumplida. La medida no fue declarada lesiva del contenido esencial del derecho a la libertad personal, pues se estimaron cumplidas dos condiciones que fueron consideradas determinantes para la

⁸⁹ *Ibídem.*

observancia del artículo 19.2: que se estuvieran protegiendo intereses relevantes de terceros y que el principio de proporcionalidad estuviere asegurado⁹⁰.

La jurisprudencia confirma esta tendencia a la relativización de la garantía estudiada, como lo ilustra la sentencia referida a la legislación sobre la seguridad aérea, que examinó la constitucionalidad de la facultad ministerial de ordenar el derribo de aviones civiles que hubieran sido secuestrados y estuvieran sobrevolando el espacio aéreo alemán, cuando pretendieran ser utilizados contra la vida de terceros. Allí el Tribunal Constitucional Federal invocó la garantía del contenido esencial, aducida por los recurrentes, pero la diluyó en el principio de proporcionalidad al sostener que el contenido esencial del derecho a la vida de los ocupantes de la aeronave eventualmente objeto del derribo, en los supuestos en que en ella no se encontraran tripulantes o pasajeros ajenos a la acción criminal, se mantenía incólume en la medida en que “importantes intereses de protección referidos a terceros legitiman la injerencia y el principio de proporcionalidad está garantizado”⁹¹. En otras palabras, en la ponderación entre el derecho a la vida de los terceros que probablemente serían víctimas del ataque perpetrado con el avión y el derecho a la vida de los secuestradores, sus únicos ocupantes, resultó favorecido el primero, por lo que no cabía hablar de una lesión del contenido esencial del derecho. La reducción de esta garantía al principio de proporcionalidad resulta palpable.

En lo que respecta a la contraposición entre una concepción objetiva y otra subjetiva del contenido esencial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, desde uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia, dejó expresamente abierta la cuestión de si debía seguirse una orientación subjetiva u objetiva al aplicar el concepto del núcleo esencial previsto en el artículo 19.2. Dicho Tribunal sostuvo que, en el asunto concreto sujeto a decisión, podía quedar de lado la pregunta acerca de si el artículo 19.2 de la Ley Fundamental prohíbe la completa privación de un derecho en el caso particular o si solamente pretende prohibir que el núcleo esencial del derecho fundamental como tal sea vulnerado, a través, por ejemplo, de la supresión del sentido práctico de la garantía para la colectividad⁹².

Pese a este soslayamiento del asunto, ya en esa decisión se asomaron criterios favorables a una visión objetiva o abstracta de la garantía del contenido esencial, como el recurso a la opinión jurídicamente depurada sobre la significación “que el derecho fundamental, después de la restricción acordada, aún posee para la vida social en su totalidad”⁹³. Los pronunciamientos judiciales favorables a una comprensión del contenido esencial que guarda afinidad con

⁹⁰ *BVerfGE* 109, 133 (156).

⁹¹ *BVerfGE* 115, 118 (165).

⁹² *BVerfGE* 2, 266 (285).

⁹³ *BVerfGE* 2, 266 (285).

la teoría de las garantías institucionales militan en el mismo sentido. Por otro lado, la jurisprudencia ha seguido, al menos tácitamente, una orientación objetiva al no haber considerado violatoria del contenido esencial del derecho a la libertad personal la prisión vitalicia ni las medidas de seguridad de semejante alcance. Lo mismo cabe afirmar de la sentencia que no declaró contraria al contenido esencial del derecho a la vida la facultad legal de ordenar el derribo de aviones secuestrados solo ocupado por los captores, en el supuesto más arriba examinado. Ello no impide sin embargo hallar decisiones con una perspectiva más bien subjetiva⁹⁴.

⁹⁴ *BVerfGE* 6, 32, (41).

CAPÍTULO VI

LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este capítulo es analizar los aspectos fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidos a la limitación o restricción de derechos humanos, esto es, de los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) u otros instrumentos internacionales aplicables. Se trata de examinar los principales criterios empleados por esa Corte al momento de evaluar la licitud de las regulaciones o intervenciones estatales sobre esos derechos. El enfoque predominante en este estudio es el propio de la teoría de los derechos, con lo cual es primordial la perspectiva metodológica, sin que se intente explorar las innumerables soluciones concretas alcanzadas por la jurisprudencia interamericana¹ al pronunciarse sobre las limitaciones admisibles respecto de cada uno de los derechos consagrados o algunos de ellos. Lo que se quiere es sistematizar y someter a una reflexión crítica el método y los criterios utilizados por la Corte Interamericana para determinar la compatibilidad con la Convención de las medidas estatales que afecten algún derecho humano y pretendan ser justificadas con fundamento en una limitación o restricción del mismo.

Lo dicho implica que no serán consideradas las injerencias en determinado derecho que representen *per se* y en toda circunstancia una vulneración del mismo, por tratarse de un derecho absoluto, no susceptible de restricción. Por otro lado, solo serán abordadas tangencialmente las construcciones jurisprudenciales relativas a la identificación de las diferencias de trato constitutivas de discriminaciones, por carecer de justificación, violatorias por tanto del derecho a la igualdad. Tampoco se efectuará una indagación específica sobre los criterios que pueden emplearse para evaluar la licitud de la reducción (restricción) de los niveles de disfrute alcanzados en materia de derechos prestacionales. En ambos campos el principio de proporcionalidad ha desem-

¹ La expresión jurisprudencia interamericana la usaré para referirme a sentencias, decisiones u opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

peñado o puede desempeñar un papel fundamental², pero la delimitación temática de esta obra, tal como oportunamente fue expuesta, conduce a que no se haga referencia a esos asuntos de manera directa.

2. LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Es opinión mayoritaria que muchos derechos humanos pueden ser sometidos a limitaciones o restricciones. Algunos están garantizados en términos absolutos, como la prohibición de la esclavitud, la tortura o la desaparición forzada de personas, entre otros. Pero varios derechos están consagrados de tal forma que son permeables a una restricción, siempre que se cumplan las condiciones que la fuerza jurídica del propio derecho impone. No se trata de que el derecho sea recortado o disminuido en cuanto tal, en el plano abstracto de sus implicaciones o eficacia jurídicas, sino de que la resistencia que los derechos despliegan frente a la intervención estatal en ocasiones no es absoluta sino relativa, dado que si se satisfacen los requisitos formales y materiales que dimanan del mismo derecho, es lícito colocar barreras a las posibilidades de su disfrute o ejercicio, en las situaciones que normativamente se hayan establecido, siempre de conformidad con lo dispuesto en la Convención³. Parte del

² En lo concerniente al derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad *vid.*, entre otros, el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, sent. de 1 septiembre 2015, Serie C, núm. 298, párr. 257, nota 307:

“Este principio exige que una medida tenga un fin o propósito legítimo, y que sea un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar el propósito. Para ello, la Corte: i) verificará si la diferenciación de trato se fundamentó en una finalidad legítima de acuerdo con la Convención; ii) examinará si la diferenciación fue adecuada o idónea para lograr la finalidad perseguida, es decir si existió una relación lógica de medio a fin entre el objetivo y el medio (cfr. Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 70); iii) evaluará la necesidad de tal medida, esto requiere examinar si hay alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 21 noviembre 2007. Serie C núm. 170, párr. 93; Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 74; Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, párr. 196; Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. de 20 noviembre 2009. Serie C núm. 207, párr. 72), y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, es decir, si la diferenciación de trato garantizó en forma amplia el fin legítimo perseguido, sin hacer nugatorio el derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Para efectuar esta ponderación se debe analizar tres elementos: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario; y si la satisfacción de este justifica la restricción del otro (Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 84; Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, párr. 80; Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, párrs. 273 y 274, y Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, párr. 144)”.

³ La facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el Derecho Internacional que exige el cumplimiento de determinadas

contenido jurídico del derecho es la necesidad de colmar presupuestos de forma y fondo para fijar válidamente límites a su ejercicio, con lo cual cabe sostener que incluso en estos casos el derecho es pétreo o inviolable, pero por otro lado es indudable que, tras la limitación legítima, hay acciones que antes era lícito realizar y que ya no podrán llevarse a cabo, sin exponerse a consecuencias jurídicas desfavorables, o habrá conductas que deben cumplirse, o tolerarse, que antes de la restricción no eran obligatorias, o no tenían que ser soportadas. En este sentido puede afirmarse que un derecho ha sido limitado o restringido, según se analizó anteriormente.

El tema de la limitación o restricción de derechos humanos, constitucionales o fundamentales se encuentra hoy, como sabemos, en medio de un debate teórico que aquí solo será esbozado: la discusión sobre la existencia misma, en el plano conceptual, de las restricciones a tales derechos. Tal como ya fue tratado, quienes se denominan anticonflictivistas o coherentistas objetan la manera generalmente aceptada de aproximarse a los límites al ejercicio de los derechos, pues suelen estimar que estos no pueden quedar sometidos a restricciones externas. Estos llevarían consigo, más bien, límites inmanentes que, una vez comprobados, contribuirían a perfilar el contorno definitivo de cada derecho, que ya no cabría restringir. No sería pertinente retomar esta temática, que en realidad no es nueva pero que ha adquirido en los últimos años especial intensidad. Baste con decir que, como se apreciará seguidamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana refleja el pensamiento aún dominante en la materia, según el cual los derechos humanos, más bien algunos de ellos, pueden admitir restricciones, que son concebidas como limitaciones externas al derecho y que por ello deben probar su fundamentación normativa y justificación sustantiva para ser válidas⁴.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención, la Corte Interamericana ha sostenido que “[...] la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares

exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sent. de 6 agosto 2008. Serie C núm. 184, párr. 174, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴ La Corte ha reiterado que, dejando a salvo los derechos absolutos, “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone y otros vs. Honduras*, sent. de 5 octubre 2015. Serie C núm. 302, pág. 168, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf.

en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos⁵.

El artículo 30 de la Convención establece una norma general sobre las condiciones de validez y aplicación de las restricciones fijadas por los Estados al goce o ejercicio de los derechos reconocidos en dicho tratado, la cual acompaña las disposiciones o cláusulas específicas de restricción que prevén otros artículos de la Convención (cláusulas restrictivas⁶).

Dicho precepto alude a las restricciones permitidas “al goce y ejercicio” de los derechos garantizados, no a los derechos como tales, por lo que es necesario preguntarse acerca del alcance de esta opción terminológica o conceptual. Según ha apuntado la Corte Interamericana, esta formulación obedeció al interés en diferenciar claramente la supresión de derechos, que está de plano excluida, y su restricción⁷. En otras palabras, la restricción de un derecho no puede traducirse en su supresión, prohibida por el artículo 29 a) de la Convención, según el cual está vedado a los Estados “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. Las restricciones al “gocce y ejercicio” de los derechos nunca pueden equipararse a una eliminación del derecho, lo que reafirma su inviolabilidad y apuntaría en la dirección de asegurar un contenido esencial que jamás debe ser menoscabado. La revisión de las actas de las sesiones de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en que se discutieron las disposiciones correspondientes del proyecto de Convención⁸, no arroja muchas luces sobre el sentido de las enmiendas que llevaron a añadir la referencia al goce y ejercicio de los derechos en los artículos 29 y 30 de la Convención. Se observa que la delegación de Uruguay propuso efectuar tales modificaciones, sin que estén recogidas las razones que las sustentaban⁹, aunque parecieran orientarse en la dirección señalada por la Corte¹⁰.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 mayo 1986, Serie A núm. 06, *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 17, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

⁶ A menudo son denominadas así, no porque ellas mismas supongan una restricción del derecho, sino porque la hacen posible.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 6/86, *op. cit.*, párr. 14.

⁸ Denominada preliminarmente Convención Americana sobre Protección de Derechos Humanos.

⁹ *Vid. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D. C., 1973, repr. 1978, esp., págs. 273 y 274.

¹⁰ Esta formulación se avenía, por otra parte, a la del art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prevé la posibilidad de imponer limitaciones al “ejercicio” de los derechos de la persona.

El énfasis estaba, pues, no en proclamar que los derechos no puedan ser limitados, sino en dejar sentado que la restricción no puede implicar una eliminación del derecho. En la misma sesión fue aceptada la propuesta del delegado de Brasil de añadir en el proyecto una norma correspondiente en sustancia al actual artículo 32 de la Convención, que alude a los límites de los derechos¹¹, propuesta que respondió a la voluntad de reflejar en la Convención lo establecido en el artículo xxviii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 29 de la Declaración Universal¹². En todo caso, la introducción de la mención del goce y ejercicio de los derechos como objeto de una supresión —prohibida por la Convención— o restricción de derechos no implica favorecer una visión anticonflictivista en esta materia, según la cual los derechos como tales no quedarían sujetos a restricciones sino únicamente a límites internos o inmanentes, determinados interpretativamente, pues la eficacia jurídica de los derechos se manifiesta justamente en la posibilidad de su goce o ejercicio, no en una titularidad o invocación puramente nominal, de manera que una restricción o limitación sobre su goce o ejercicio lo es también del derecho mismo, en el sentido antes apuntado. Este es el alcance con el cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana emplea estos términos, por lo que toda reducción de las facultades comprendidas por un derecho, definidas a partir de una amplia lectura de su ámbito protegido, debe ser justificada con arreglo a los requisitos formales y materiales de una restricción, sin perjuicio de los supuestos en los que un derecho no admita limitaciones y toda injerencia constituya en sí misma una vulneración, en virtud del carácter absoluto del mismo.

Esto no significa desconocer las interacciones naturales entre los derechos, o entre estos y bienes colectivos, ínsitas a la vida en sociedad. La Convención subraya en su artículo 32.2: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

De este modo se pone de manifiesto el contexto social en que los derechos se hacen valer. Pero de allí no se sigue que los derechos deban ser delimitados *ex ante*, en el intento de armonizarlos interpretativamente con los demás derechos o con el bien común. Más bien ocurre que, tal como lo indica el artículo 30 citado, los linderos que el ejercicio de los derechos humanos no debe sobrepasar no vienen dados de antemano, sino que han de fijarse mediante ley y con fundamento en una justificación material. Ello en principio ha de responder ciertamente a la finalidad de proteger otros derechos o los bienes colectivos mencionados en el artículo 32.2 de la Convención, pero corresponde

¹¹ Ídem, párr. 278.

¹² El artículo 29 de la Declaración Universal se refiere a las “a las limitaciones establecidas por la ley” sobre el ejercicio de los derechos de la persona.

al legislador determinar si esa finalidad ha de traducirse en una restricción legal y con qué alcance. Los derechos humanos no están, pues, limitados o recortados de *entrada* por tales bienes jurídicos, sino que pueden *entrar* en interacción o tensión con ellos, siendo el legislador la instancia primeramente competente para atenderla o dirimirla. Como ya se afirmó al estudiar la temática de las colisiones constitucionales, las normas legislativas que las abordan ordinariamente no son ni meramente declarativas ni puramente constitutivas. La necesidad de algún tipo de protección para un derecho, o el bien común, en ciertas situaciones relacionadas con el ejercicio de algún derecho, puede dimanar del reconocimiento constitucional o convencional correspondiente, pero incluso entonces la configuración específica de la modalidad y dimensiones de la limitación está en manos del legislador y las normas respectivas no dejan de ser una restricción porque respondan a esa exigencia constitucional genérica.

“Es conveniente, por otra parte, señalar que la limitación o restricción se distingue de la suspensión prevista en el artículo 27 de la Convención, referida a la denominada «suspensión de garantías» que puede ser declarada durante los estados de excepción¹³. El artículo 27 alude indistintamente a la suspensión de «obligaciones», «derechos» o «disposiciones», lo cual podría llevar a concluir que los derechos afectados por una suspensión, o las obligaciones correspondientes, pierden temporalmente eficacia jurídica. Esto no es exactamente así, pues los derechos y obligaciones respectivas en principio siguen en vigor, solo que pueden ser relativizados o comprimidos por las exigencias dimanantes de la situación extraordinaria que deba ser enfrentada, respecto de la cual se haya declarado el estado de excepción y la «suspensión» de garantías. El derecho no queda completamente en suspenso, sino que sus implicaciones jurídicas se ven transitoriamente moduladas en aquello que sea indispensable para recuperar la normalidad, lo cual puede conducir a una limitación del derecho (de su goce o ejercicio) más severa que las admisibles en momentos ordinarios. En esta línea apunta la jurisprudencia interamericana, [...]: la suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”¹⁴.

¹³ La Corte ha distinguido entre tales categorías: “La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción y las limitaciones a la libertad de expresión, propiedad privada, libertad de locomoción y libertad personal, entre otros”, caso *Kimel vs. Argentina*, sent. de 2 mayo 2008. Serie C núm. 177, párr. 52, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 32.

De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, la llamada suspensión de garantías no implica ni una suspensión de los derechos propiamente dicha, “ya que siendo estos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”, ni de las garantías “en sentido absoluto”, pues algunas de estas deben conservar vigencia a tenor de la misma Convención u otros instrumentos internacionales¹⁵. En especial, la Convención hace mención a las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión (art. 27.2), tales como el amparo o el *habeas corpus* y otras comprendidas por su artículo 25.1, lo cual ha sido analizado por la jurisprudencia interamericana¹⁶. A lo cual solo habría que añadir, en primer lugar, que en rigor no se suspende el goce o ejercicio del derecho de manera general y, en segundo término, que todas las garantías judiciales conservan en principio su vigencia, aun en relación con el derecho afectado por la declaración de suspensión, aunque la procedencia de la acción interpuesta habrá de resolverse teniendo en cuenta dicha suspensión y la vinculación de los hechos objeto del procedimiento judicial con la situación extraordinaria de que se trate, con sujeción a los principios de razonabilidad o proporcionalidad. La Corte Interamericana ha llegado a una conclusión similar a partir del concepto de democracia y de Estado de Derecho, a los que remite el artículo 29.c) de la Convención, del cual aquella deduce que deben seguir en pie las garantías dirigidas a preservar el Estado de Derecho durante situaciones de emergencia¹⁷.

La cuestión de los estados de excepción y de la (mal) denominada suspensión de garantías quedará aquí tan solo apuntado, pues este trabajo se circunscribe al examen de las limitaciones o restricciones que sean adoptadas en tiempos de normalidad y bajo los estándares ordinarios de evaluación de su licitud.

3. ESTRUCTURA O ESQUEMA GENERAL DE ANÁLISIS DE LA LICITUD DE LAS RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

A) *La afectación del ámbito protegido por un derecho*

Como paso lógico previo a la indagación sobre la validez convencional de la restricción de derechos protegidos por la Convención, la Corte determi-

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 enero 1987. Serie A núm. 08, párr. 18, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

¹⁶ En este sentido, ver *El habeas corpus ...*, *op. cit.*, párrs. 31-32; ver también *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 octubre 1987. Serie A núm. 09, párrs. 31-34, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf?view=1>.

¹⁷ Ídem, *Garantías Judiciales ...*, *op. cit.*, párrs. 34 y ss.

na si alguno ha sido afectado y cuál o cuáles de ellos en particular¹⁸, lo cual no siempre conduce a una consideración específica o detallada, sino que se verifica frecuentemente de manera implícita o somera, al dar por sentado con fundamento en la demanda de la Comisión Interamericana y en las circunstancias del caso que un derecho ha sufrido una injerencia o restricción. Usualmente ello no requiere una argumentación particular, pues resulta evidente a partir del relato fáctico y jurídico que un derecho ha estado comprometido, sin que haya discusión entre las partes sobre la pertinencia de su invocación, sino solo sobre la existencia o no de una violación del mismo¹⁹. En ocasiones, sin embargo, este es un asunto controvertido, a veces porque la propia Corte en uso de sus atribuciones, o la representación de las víctimas o de sus familiares, traen a colación un derecho que no había sido tenido en cuenta por la Comisión, sobre la base de hechos que esta hubiera planteado, o porque se efectúa una interpretación del campo protegido por el derecho distinta a la que había llevado a cabo la Comisión²⁰.

Se intentará esbozar a continuación el modo en que la Corte Interamericana deslinda el ámbito protegido por los derechos consagrados en la Convención, esto es, las facultades de actuación o participación, las libertades-abstención, las situaciones jurídicas o las exigencias de prestación amparadas por el derecho. Se trata del contenido del derecho, dicho sintéticamente.

La Corte suele hacer una interpretación amplia del ámbito protegido. Lo hace no mediante una visión extensiva guiada por el propósito de expandir tanto como se pueda los derechos, lo cual resultaría problemático a la luz de los cánones de interpretación de los tratados, sino apoyándose principalmente en uno de estos cánones: el de tener en cuenta “su objeto y fin”, tal como lo establece el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este es justamente un criterio que cobra especial importancia en materia de derechos humanos²¹, ya que el sentido de las disposiciones de las convenciones correspondientes ha de desentrañarse considerando que estas persiguen, según ha reiterado la Corte, “la eficaz protección de la persona humana”²².

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) vs. *Guatemala*, sent. de 20 noviembre 2012. Serie C núm. 253, párr. 319.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, sent. de 29 noviembre 2011. Serie C núm. 238, párrs. 16 y ss.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, sent. de 20 noviembre 2014. Serie C núm. 288, párr. 223. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf; ver también el caso *Artavia Murillo y otros* (“*Fecundación in vitro*”) vs. *Costa Rica*, sent. de 28 noviembre 2012. Serie C núm. 257, párrs. 136 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 noviembre 1985. Serie A núm. 5, párr. 41.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. *México*, sent. de 16 noviembre 2009. Serie C núm. 205, párr. 33. Disponible

Esta finalidad puede impulsar el enriquecimiento interpretativo del derecho, más allá de la literalidad del precepto respectivo. En la misma dirección apunta el artículo 29.b) de la Convención, “el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos”²³.

En algunos casos la lectura amplia del ámbito protegido no implica una expansión de su contenido, sino una determinación finalista de las situaciones y sujetos tutelados por el derecho, tal como ocurre con la postura consolidada de la jurisprudencia interamericana según la cual el derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima de violaciones a derechos humanos resulta vulnerado por el dolor y otros padecimientos emocionales o síquicos causados por el asesinato o la desaparición forzada que ella haya sufrido²⁴. Algo similar sucede cuando se protegen las distintas dimensiones de un derecho, concretamente las obligaciones positivas que se desprenden de su consagración, de lo cual es buena muestra la jurisprudencia sobre el derecho a la vida en contextos de reclusión penitenciaria y sobre el derecho de asociación²⁵. Cabe asimismo mencionar el alcance reconocido al derecho de reunión²⁶.

Igualmente, la Corte ha considerado que “aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada”, el cual comprende todos los elementos del “proceso comunicativo” y no solo las conversaciones mantenidas²⁷. Ha enfatizado además que los riesgos para la vida privada ligados a las nuevas herramientas tecnológicas, que permiten intervenir los flujos informativos o comunicacionales, activan una exigencia de mayor protección estatal²⁸, lo cual ilustra la perspectiva evolutiva presente en su jurisprudencia. Los crite-

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf; caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 173.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”, sent. de 28 febrero 2003. Serie C núm. 98, párr. 103, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake vs. Guatemala*, sent. de 24 enero 1998. Serie C núm. 36, párrs. 114 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fleury y otros vs. Haití*, sent. de 23 noviembre 2011. Serie C núm. 236, párr. 100; ver también el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sent. de 5 julio 2006. Serie C núm. 150, párrs. 65 y ss, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, pág. 167.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, sent. de 6 julio 2009. Serie C núm. 200, párr. 114, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

²⁸ *Ídem*, párr. 115.

rios evolutivo y teleológico han concurrido en la generosa demarcación del derecho de propiedad contemplado en el artículo 20 de la Convención, el cual cobija “todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”, incluyendo derechos adquiridos²⁹. A la misma orientación responde la sentencia que calificó como un ejercicio de la libertad de expresión la acción de firmar en un proceso de iniciativa popular para la celebración de un referendo revocatorio del mandato de un gobernante³⁰.

Se da un paso más cuando se reconoce, con fundamento en el artículo 20 de la Convención y en una interpretación intercultural, o abierta a la diversidad cultural, el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, ya que la significación colectiva que esta última posee queda incluida en el ámbito protegido por el derecho de propiedad, así como las especiales facultades que abarca y las obligaciones positivas correlativas³¹. Se identifican contenidos no evidentes en la proclamación de los derechos cuando se ampara el “derecho a la verdad”, gracias a una interpretación conjunta de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, a veces también en concordancia con la libertad de expresión y el deber de respeto de los derechos humanos (arts. 8, 25, 13 y 1.1 de la Convención)³².

Otro ejemplo de amplitud en la constatación del alcance del derecho se refiere al derecho a la vida privada (art. 11.2 de la Convención), el cual jurisprudencialmente resguarda no solo esferas de privacidad, sino también “la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”³³. Esto supone que “la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social”³⁴. La

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Cinco pensionistas vs. Perú*, op. cit., párr. 102 y 103; caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sent. de 6 mayo 2008. Serie C núm. 179, párr. 55, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

³⁰ Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, op. cit., párrs. 156 y ss.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sent. de 28 noviembre 2007. Serie C núm. 172, párrs. 87 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos vs. Perú*, sent. de 14 marzo 2001. Serie C núm. 75, párrs. 45 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf; caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sent. de 25 noviembre 2000. Serie C núm. 70, párrs. 187 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf.

³³ Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 143.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sent. de 31 agosto 2011. Serie C núm. 232, párr. 113, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf.

Corte ha terminado perfilando a partir de allí un derecho a la identidad, como un derecho autónomo no formulado específicamente en la Convención, pero reflejado en varios de los particularmente asegurados por esta, y ha planteado, apoyándose además en la Convención sobre los Derechos del Niño, que puede incorporarse como derecho convencional con fundamento en su artículo 29.c), al ser inherente al ser humano³⁵. Más recientemente la Corte ha optado, no obstante, por acudir a la interpretación abierta de disposiciones de la Convención que consagran derechos para fundar en ellas un derecho autónomo a la identidad, también en su vertiente de identidad de género, amparado por el derecho a la vida privada y otros derechos convencionales, con el trasfondo del derecho humano al reconocimiento (o garantía) de la dignidad humana, calificada de valor transversal a todos los derechos consagrados en la Convención, la cual contendría “una cláusula universal de protección de la dignidad”³⁶.

Una interpretación francamente extensiva, o más bien aditiva y discutible, ha sido la efectuada para entender que el derecho a la libertad personal, garantizado por el artículo 7 de la Convención y por lo general concebido, incluso por la misma Corte³⁷, como un derecho que salvaguarda a la persona frente a la inmovilización, retención, reclusión u otras medidas análogas que coartan la libertad corporal o física de movimiento (de autodefinición de la posición en el espacio)³⁸, abarca: “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social

³⁵ Ídem, párrs. 112 y 117; caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, sent. de 14 octubre 2014. Serie C núm. 285, párrs. 116 y 117, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf, *Vid.* como antecedente el caso *Gelman vs. Uruguay*, sent. de 24 febrero 2011. Serie C núm. 221, párr. 122, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 noviembre 2017. Serie A núm. 24, párr. 85 y ss.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 agosto 2014. Serie A núm. 21, párr. 187, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, sent. de 26 agosto 2011. Serie C núm. 229, párr. 76, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_229_esp.pdf.

³⁸ La Corte cita en apoyo de la nueva interpretación el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (específicamente la sent. de 21 noviembre 2011. Serie C núm. 170, párr. 53, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf), pero en realidad tergiversa el sentido de esa decisión, en la cual se diferenció claramente entre la libertad general del ser humano, que “se proyecta en toda la Convención Americana”, y la libertad garantizada en su artículo 7, la cual “protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.

conforme a sus propias opciones y convicciones”³⁹. La Corte parece forzar las categorías cuando sostiene que la libertad personal amparada en el artículo 7 comprende la libertad general de acción o el principio de autonomía de la persona⁴⁰. Los asuntos en los que planteó esta extensión no requerían, por lo demás, adoptarla, pues podían resolverse con fundamento, principalmente, en el derecho a la vida privada y familiar y el principio de autonomía de la persona inherente a la dignidad del ser humano que el elenco de derechos de la Convención presupone.

En sentido contrario, restrictivo, apunta, a mi juicio, la sentencia en que se analiza el derecho a la vida y el comienzo de la vida humana, en el contexto de la fecundación *in vitro* y otras técnicas reproductivas, ya que excluir al embrión humano del concepto de vida y del ámbito protegido por el artículo 4 de la Convención⁴¹ supone recortar el alcance de este derecho o, cuando menos, interpretarlo restrictivamente, lo cual ni siquiera era necesario para sustentar la principal conclusión a que llegó la Corte Interamericana, que hubiera podido fundamentarse en el principio de protección gradual e incremental de la “vida” invocado por la misma Corte, de modo que el embrión humano siguiera siendo merecedor de tutela desde la perspectiva de este derecho.

Un aspecto digno de mención es que la Corte, de acuerdo con el artículo 29.b) de la Convención, al reconocer el ámbito protegido por un derecho considera lo establecido en la legislación interna y en otras convenciones internacionales ratificadas por el Estado de que se trate. En particular, el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales ha sido construido teniendo en cuenta esas fuentes complementarias a la Convención, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, y la legislación interna. En rigor, esto no debería entenderse necesariamente como la admisión de un ámbito protegido variable de los derechos humanos, distinto para cada Estado parte, según los convenios que haya ratificado o las leyes internas. Convenios como el 169 de la OIT, o la doctrina del Comité de Derechos Humanos en relación con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la cual ha acudido la Corte en ese campo, son más bien expresión de un *corpus iuris*, a veces de un *ius commune*, al cual la Corte presta atención al interpretar el artículo 21 de la Convención, con independencia de lo que disponga la legislación nacional respectiva. No obstante,

³⁹ Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 142.

⁴⁰ *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, *op. cit.*, párr. 89.

⁴¹ En el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 264, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de ese momento no habría lugar a la aplicación del art. 4 de la Convención.

si las leyes internas, o tratados bilaterales u otros ratificados, confieren una garantía más elevada de tal derecho, esta debe ser observada y su infracción lo sería también del artículo 21 de la Convención, en virtud de lo prescrito en su artículo 29.b).

También en relación con el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, interesa observar que, al extender el derecho de propiedad a la singular conexión de estos pueblos con sus territorios ancestrales, este derecho no siempre ostenta la misma proyección o concreción jurídica, sino que pasa por un proceso de adaptación de los contenidos clásicos. Así, el derecho de propiedad comunal de estos pueblos se ejerce muy especialmente sobre los recursos naturales, en la medida en que estos sean "necesarios para su subsistencia física"⁴² o para la preservación de su identidad cultural, es decir, no equivale a todos los efectos a una propiedad privada en su connotación tradicional sobre todas las tierras históricamente aprovechadas; igualmente, este derecho comprende una serie de obligaciones positivas del Estado que no tienen igual alcance respecto de la propiedad civil.

B) *La intervención o injerencia en el derecho*

Una categoría de la teoría de los derechos estrechamente vinculada al ámbito protegido, ya que está comprendida por este en su sentido lato, es la de la intervención o injerencia, la cual consiste en que este ha sido invadido, comprimido, acortado o de alguna forma impactado negativamente. Generalmente no se precisa de un examen particularizado respecto de las características de la acción estatal que incide negativamente sobre el disfrute de un derecho, destinado a verificar si esta reúne las condiciones de una injerencia, sino que su existencia es reconocida implícitamente, sin necesidad de mayor análisis. Pero conceptualmente ella es una noción separable de la del bien protegido. La injerencia en el derecho puede ser formal o normativa o de naturaleza fáctica. Los derechos humanos pueden ser afectados tanto por leyes, actos administrativos, sentencias u otros actos estatales formales como por medidas fácticas, omisiones u otras conductas atribuibles al Estado que repercutan en el goce o ejercicio de los derechos. En todos estos supuestos nos hallamos ante una injerencia, concepto este que es neutral desde el punto de vista de la licitud, pues nada dice todavía sobre la presencia de una vulneración del derecho, ya que este puede haber sido limitado válidamente, siempre que admita una restricción, de acuerdo con la Convención y la normativa interna.

Es discutible a veces si la acción estatal puede ser calificada de injerencia. Así, una simple opinión proveniente de alguna autoridad pública por lo general no representa una injerencia en un derecho humano, pero hay en esta

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 96.

materia una transición fluida y han de considerarse las circunstancias, pues aquella puede constituir una injerencia, arbitraria además, en la libertad de expresión, si el contenido de la opinión y la forma y contexto en que se emite llevan consigo una presión o intimidación sobre determinadas personas, que las inhiban de ejercer libremente ese derecho⁴³. Por otro lado, no es preciso que se haya hecho uso de la fuerza o coacción para que se estime que ha existido una injerencia en un derecho. En un caso referido a la entrada de militares a la casa de una familia la Corte declaró, ante la controversia relativa al uso o no de violencia para ingresar al domicilio, que: “no es relevante para los fines de esta causa determinar si los militares forzaron la puerta o si intimidaron al señor Aldemar Escué para que les permitiera entrar. Lo cierto es que agentes estatales ingresaron a la vivienda en la que se encontraban el señor Germán Escué Zapata y algunos miembros de su familia, contra la voluntad de sus ocupantes y sin autorización legal para ello”⁴⁴. Puede sostenerse que en estos supuestos, de actuaciones policiales que inciden en la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio u otros derechos humanos, ha de entenderse que se está en presencia de una injerencia cada vez que se invada o afecte la esfera de privacidad o la libertad garantizada, mediante órdenes o actuaciones, aunque no se haya acudido al uso de la fuerza ni se haya amenazado con aplicarla. Adicionalmente, en el marco de las funciones de seguridad u orden público, ha de presumirse que los titulares del derecho humano de que se trate no han consentido válidamente en un procedimiento o acción que en principio estaría excluida por el ámbito protegido de alguno de sus derechos. En los casos en que fuera admisible, correspondería al Estado demostrar fehacientemente que hubo una manifestación libre e inequívoca de voluntad del individuo de colaborar con una investigación policial, sin orden, coacción o apremio de ningún tipo⁴⁵.

En ocasiones la afectación fáctica del derecho es en sí misma una vulneración del mismo, aun respecto de derechos que en principio son susceptibles de limitación o restricción. Un ejemplo de ello se halla en la jurisprudencia interamericana relativa a las situaciones de facto asociadas a los desplazamientos forzados, pues “el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condi-

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, sent. de 22 junio 2015. Serie C núm. 293, párr. 2, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Escué Zapata vs. Colombia*, sent. de 4 julio 2007. Serie C núm. 165, párr. 94, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf.

⁴⁵ J. M. CASAL, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, págs. 166 y ss.

ciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo...”⁴⁶. Son circunstancias en las que el Estado es responsable por inobservar su deber de garantía del derecho. También en materia de libertad de expresión han sido rechazadas las “condiciones de facto” que obstaculicen la libertad de expresión y coloquen, directa o indirectamente, en peligro o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan⁴⁷, aun cuando estas se originen en la conducta de otros particulares. Son igualmente ilícitas, aunque ahora primeramente en virtud de una actuación estatal, las “restricciones indirectas” a la libertad de expresión contempladas en el artículo 13.3 de la Convención, las cuales suponen que, de hecho o mediante actos formales, se dificulte indebidamente el goce de ese derecho⁴⁸. Se trata en general de actuaciones u omisiones que no son en rigor injerencias, sino conductas lesivas del derecho que, si provienen de particulares, deben ser arrostradas por el Estado en cumplimiento de su obligación de garantía y, si son realizadas por el poder público, representan directamente una violación del derecho.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, sent. de 30 noviembre 2016. Serie C núm. 328, párr. 174:

“En este sentido, este Tribunal ha señalado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales. Asimismo, la Corte ha indicado que la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado”. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf.

⁴⁷ En estrecha relación con lo anterior, la Corte ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Por ello, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación”, ver caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, sent. de 3 septiembre 2012. Serie C núm. 249, párr. 190, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_249_esp.pdf; y caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sent. de 26 mayo 2010. Serie C núm. 213, párr. 172, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf.

⁴⁸ “Al respecto, la Corte señala que lo que busca este inciso es ejemplificar formas más sutiles de restricción al derecho a la libertad de expresión por parte de autoridades estatales o particulares. En efecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de declarar en casos anteriores la restricción indirecta producida, por ejemplo, mediante una decisión que dejó «sin efecto legal el título de nacionalidad» del accionista mayoritario de un canal de televisión o por «el proceso penal, la consecuente condena impuesta [...] durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años» en contra de un candidato presidencial”. Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 162.

C) *La titularidad del derecho*

Junto a la verificación de la invasión en el ámbito protegido por algún derecho garantizado por la Convención, ha de constatarse si la persona que se afirma ha sido víctima de una violación de tal derecho puede ser titular del mismo. Normalmente esto no suscita duda alguna, pues los derechos humanos corresponden a toda persona, pero en ocasiones el asunto debe ser analizado. Ciertos derechos se otorgan a los ciudadanos de un Estado determinado, como sucede por lo general con los derechos políticos (art. 23.1 de la Convención), o a quienes se hallen legalmente en su territorio (art. 22.1 de la Convención).

Hay, por otra parte, temas controvertidos, como el de la titularidad de derechos humanos por personas jurídicas, cuestión que la Corte Interamericana ha respondido negativamente como regla general, en lo que atañe a los consagrados en la Convención, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos de los pueblos o comunidades indígenas y de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Protocolo de San Salvador, respecto de la libertad sindical y los derechos asociativos de sindicatos, federaciones y confederaciones. Queda a salvo igualmente la posibilidad de que las personas físicas en algunos casos ejerzan sus derechos a través de personas jurídicas, de modo que la afectación sufrida por la persona jurídica pueda ser alegada por la persona natural como una vulneración de sus propios derechos⁴⁹. Por otra parte, el asunto antes planteado sobre el derecho a la vida y los embriones humanos puede ser examinado también desde el ángulo de la titularidad del derecho.

D) *Examen de la admisibilidad de la restricción y de las condiciones formales y materiales de su validez*

Constatada la injerencia en el ámbito protegido por un derecho, ha de determinarse si esta reúne los requisitos para ser considerada lícita, lo cual presupone que el derecho haya sido sometido válidamente a una restricción de su goce o ejercicio⁵⁰. La restricción se produce en el plano normativo o

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador*. Opinión Consultiva OC-22/16, de 26 febrero 2016. Serie A núm. 22, párrs. 107 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf,

⁵⁰ Ha de examinarse si la restricción impuesta está en conformidad con la Convención: “Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2. Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición”. En *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 57.

abstracto e implica prever barreras al despliegue de las facultades comprendidas por el derecho, mediante las regulaciones contenidas en la norma respectiva y los actos de ejecución que puedan emitirse conforme a lo allí establecido, sin perjuicio de los supuestos de normas autoaplicativas. Ha de verificarse ante todo si el derecho correspondiente permite convencionalmente una limitación o restricción. Si la respuesta es negativa y el derecho ha sido objeto de medidas equiparables a una intervención o injerencia, es indudable que este ha sido vulnerado. Pero si aquella es afirmativa, no es posible aseverar que el derecho ha sido violado sin antes haber examinado la observancia de las condiciones fijadas para una restricción válida, que a continuación serán tan solo enunciadas de manera general y luego serán analizadas en particular.

a) *La posibilidad y los fundamentos convencionales de la restricción.* Tal como ha sostenido la Corte Interamericana, “Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”⁵¹. Respecto de los derechos que no son absolutos, pueden ser lícitas las limitaciones o restricciones establecidas por el Estado⁵², pero esto tampoco es algo automático ni ha de presumirse como válido, ya que solo cuando exista una verdadera justificación y se hayan satisfecho los demás requisitos previstos en la Convención y en las normas nacionales, en la medida en que la Convención remite a ellas, cabe aceptar la convencionalidad de esos condicionamientos estatales al goce irrestricto de los derechos.

Por otra parte, es necesario no solo comprobar que el derecho de que se trate sea susceptible de restricción, sino también atenerse a las exigencias que, para su limitación, la Convención determina al consagrarlo. Ha de tenerse en cuenta, además, que cualquier limitación a los derechos que ella garantiza debe interpretarse de manera restrictiva⁵³. Así, los artículos 12, 13, 15, 16,

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 174.

⁵² En relación con la libertad de expresión ha aseverado: “La Corte considera importante destacar, como en casos anteriores, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”. En el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sent. de 31 agosto 2004. Serie C núm. 111, párr. 95, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 172.

21 y 22 de la Convención prevén las finalidades cuya consecución podría justificar la restricción del goce o ejercicio del derecho respectivo, de modo que los Estados están obligados a ceñirse a esos propósitos al dictar las leyes correspondientes. Adicionalmente, algunos preceptos, como el artículo 13, excluyen categóricamente ciertas formas de intervención o restricción. Los artículos 30 y 32.2 de la Convención, contentivos de una norma general sobre el alcance de las restricciones a los derechos y de otra referida a los límites de los derechos, respectivamente, no han de ser invocados para fundamentar posibilidades de restricción más amplias que las autorizadas por la regulación convencional especial de cada derecho. En otras palabras, no es lícito acudir a los artículos 30 o 32.2 de la Convención para soslayar la regulación específica de cada derecho sobre sus posibles restricciones (cláusula restrictiva).

La Corte ha sostenido que el artículo 30 "... no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas"⁵⁴. Igualmente, en lo relativo al artículo 32.2, ha afirmado que este precepto es aplicable especialmente respecto de los derechos que no incorporan una regulación sobre los fines de sus restricciones legítimas⁵⁵, lo cual, ha de advertirse, solo rige cuando el derecho admita convencionalmente una limitación. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención, relativo al derecho a la libertad personal, no posee una regulación de ese tipo, pero este es obviamente, como se desprende de su formulación, un derecho restringible, por lo que el artículo 32.2 puede ser empleado para evaluar la validez de los objetivos perseguidos por las autoridades al prever o adoptar privaciones de la libertad.

Una situación particular se ha planteado en relación con el artículo 23 de la Convención, que garantiza los derechos políticos, ya que jurisprudencialmente se ha declarado que el artículo 23.2, que prevé las causales con base en las

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, op. cit., párr. 17.

⁵⁵ "La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas". En *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit., párrs. 41 y 65.

cuales los Estados pueden “reglamentar” los derechos políticos, no establece las únicas limitaciones permitidas al ejercicio o disfrute de estos derechos. La Corte ha sostenido que de las obligaciones positivas ínsitas en el artículo 23.1, puesto en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁵⁶, se desprende el deber de diseñar “un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos”⁵⁷, lo cual autorizaría la fijación de condicionamientos legales que vayan más allá de lo dispuesto en el artículo 23.2. Al arribar a esta conclusión, tuvo en cuenta la naturaleza del derecho al sufragio, similar a la del derecho a la protección judicial, caracterizados por la necesidad de una implementación normativa e institucional para lograr su eficacia, lo cual se corresponde con la extendida categorización doctrinal de estos derechos como de configuración legal. Pese a que el artículo 32.2 de la Convención fue citado genérica y tangencialmente en las sentencias respectivas, al aludir a las normas de la Convención que contemplan los fines invocables para justificar limitaciones a los derechos⁵⁸, no se acudió a este precepto con el objeto de ampliar las finalidades o causales lícitas señaladas en el artículo 23. Por tanto, la interpretación jurisprudencial sobre el alcance no taxativo del artículo 23.2 en materia de restricciones a los derechos políticos queda circunscrita a esa disposición y deja en pie la doctrina general antes esbozada.

Por otro lado, el artículo 32.2 de la Convención es útil para orientar la interpretación de las normas particulares sobre limitaciones o restricciones incluidas en los artículos respectivos de la Convención. Traza el marco conceptual o valorativo dentro del cual ha de verificarse la validez de las restricciones a los derechos consagrados, al aseverar que estos pueden ser limitados para proteger los derechos de los demás, la seguridad de todos o el bien común, en una sociedad democrática. Dentro de estas coordenadas o conforme a tales criterios se sitúan los bienes o fines particulares cuya protección o consecución permite establecer restricciones legislativas, según lo dispuesto en el artículo respectivo de la Convención. Especialmente relevante a estos efectos, como veremos, es la alusión a la sociedad democrática contenida en el artículo 32.2, ya que esta se erige en canon o criterio hermenéutico que ha de tenerse en cuenta para interpretar las categorías empleadas al prever los fines de las correspondientes restricciones en la Convención y en la normativa interna. La noción de orden o de seguridad pública, e incluso la de bien común, por ejemplo, adquieren un cariz particular cuando son insertadas en un contexto democrático. Además, “las justas exigencias de la democracia” impactan de manera general en el examen de la licitud material de las pretendidas limita-

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párrs. 156 y ss.

⁵⁷ Ídem, párr. 157.

⁵⁸ Ídem, párrs. 180 y ss.; caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 226.

ciones a los derechos, aun respecto de aquellos que no la mencionan expresamente⁵⁹. Ha sido precisamente en relación con la libertad de expresión, en cuya formulación la Convención no incorpora expresamente la referencia a la sociedad democrática, como la Corte ha desarrollado más ampliamente sus implicaciones.

Al referirse a la importancia del artículo 32.2 para la interpretación de la Convención en lo concerniente a las restricciones admisibles, la Corte ha llegado a hacer mención al bien común como si se tratara de un criterio general utilizable en el análisis de la licitud de tales restricciones, en virtud no de lo contemplado en dicho precepto, que como sabemos solo es aplicable directa y autónomamente de manera residual, sino de la apreciación de la Corte sobre la significación que esa noción debe tener: “es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común”⁶⁰. Esta temprana y discutible posición de la Corte ha tenido escasa repercusión en su jurisprudencia posterior, pero conviene observar que no sería correcto acudir a la categoría del bien común para fundamentar restricciones a derechos humanos con prescindencia de lo que disponen sus preceptos y de la regulación específica de cada derecho. Ha de entenderse, más bien, que el bien común opera, junto con los demás conceptos del artículo 32.2, como criterio orientador para la interpretación de tales disposiciones particulares, lo cual no es irreconciliable con lo entonces afirmado por la Corte.

Otro precepto que se proyecta sobre el tratamiento convencional de las restricciones al goce y ejercicio de los derechos humanos es el artículo 29 de la Convención. Este remite, en su literal d), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y deja a salvo los efectos que puedan derivarse de ella⁶¹, en orden a la protección de estos derechos, y el artículo xxviii de esta Declaración reitera el marco conceptual y valorativo de la democracia del artículo 32.2 de la Convención, al cual también alude el literal c) del artículo 29⁶². Adicionalmente, su literal b) prohíbe invocar la Convención para reducir los estándares de garantía de derechos previstos en normas internas o en otros tratados internacionales, de lo cual se deduce, en primer lugar, que estos últimos no pueden ser utilizados para ampliar los poderes de los Estados conducentes

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 44: Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

⁶⁰ Ídem, párr. 65.

⁶¹ El literal indica: “d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁶² “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

a imponer restricciones sobre los derechos, más allá de lo autorizado por las disposiciones de la Convención; lo contrario, en cambio, sí resulta procedente y obligatorio, es decir, la aplicación de los preceptos de tales instrumentos que limiten en mayor medida tales poderes estatales⁶³. En segundo término, las Constituciones o leyes nacionales que fijen condiciones para una restricción más estricta que las convencionales deben ser observadas, y su violación lo es también de la Convención. Por lo demás, como ya se indicó, el literal a) del artículo 29 se opone a que las restricciones sobre los derechos sean tan intensas o severas que los desnaturalicen o priven de contenido real⁶⁴.

b) *Condiciones formales y materiales*. El requisito formal fundamental fijado por la Convención se contrae a la legalidad de la restricción. Tal como dispone su artículo 30, las restricciones que esta permite deben basarse en “leyes”, concepto este que ha sido interpretado por la Corte como equivalente a ley formal, es decir, a “norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”⁶⁵. Norma que debe ser precisa, como veremos.

En cuanto a las exigencias materiales de una limitación o restricción, el artículo 30 de la Convención señala que las “restricciones permitidas” por la Convención deben aplicarse “[...] con el propósito para el cual han sido establecidas” (art. 30), lo cual supone que un criterio de control de índole material sobre tales restricciones consiste en verificar si la ley correspondiente realmente ha sido dictada para el fin legítimo que dice perseguir y si sus actos de ejecución están en consonancia con ese propósito. Ello comporta “un control por desviación de poder”⁶⁶.

Aunque tal precepto no lo diga expresamente, este control presupone uno más amplio relativo a la compatibilidad con la Convención de la finalidad que la ley restrictiva propugna, pues las restricciones “permitidas” por la Convención lo son teniendo en consideración determinados fines, que ella prevé de manera genérica o específica al reconocer cada derecho y establecer su cláusula o norma sobre posibles restricciones y los objetivos a los cuales estas pueden

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, op. cit., párrs. 51 y ss.

⁶⁴ El literal indica: “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”; A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29 lit. a de la Convención). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, op. cit., párr. 67).

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, op. cit., párr. 27

⁶⁶ Ídem, párr. 18.

responder. La Corte ha contemplado explícitamente la revisión de la “*finalidad de la medida restrictiva*” como uno de los componentes materiales, el primero de ellos, del control de licitud que lleva a cabo⁶⁷, aunque a veces lo trata junto a la indagación sobre la idoneidad de la medida restrictiva⁶⁸.

Metodológicamente es importante que se realice, con carácter previo, un examen específico acerca de la finalidad de la ley que impone la restricción, pues ello hace posible evaluar su licitud convencional y es fundamental para desarrollar el ulterior análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, para determinar si las restricciones legalmente establecidas son “necesarias en una sociedad democrática”⁶⁹.

Es justamente esta alusión a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, que se halla en varias disposiciones de la Convención y otros instrumentos jurídicos interamericanos⁷⁰, la que ha servido de fundamento para introducir criterios materiales medulares con miras a la revisión de la validez de las restricciones legislativas de derechos humanos. La Corte Interamericana tempranamente sentó los cimientos para el ejercicio de un control de la razonabilidad o proporcionalidad de la injerencia o restricción de derechos garantizados por la Convención. Ya en la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, interpretó esa referencia a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática como una exigencia de justificación material, que comprende los elementos clásicos del principio de proporcionalidad, los cuales ya estaban presentes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicha ocasión la Corte Interamericana invocó el precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido en el caso *The Sunday Times vs. United Kingdom*⁷¹ para incorporar al sistema interamericano ese criterio de control, que estimó “igualmente aplicable a la Convención Americana”⁷².

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párrs. 180 y ss.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 68; caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 53.

⁶⁹ Art. 15 de la Convención.

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, el art. 1 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y el artículo xxxvi de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *The Sunday Time vs. United Kingdom*, sent. 6538/74 de 26 abril 1979. Serie A núm. 30, párr. 59, págs. 35-36.

⁷² De esta forma enunció la Corte los requisitos para el establecimiento de restricciones a la libertad de expresión, a título de responsabilidades ulteriores: “a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines”. (Pág. 39. En relación con esta exigencia de necesidad añadió: “Entre varias opciones para alcanzar ese

Hoy el examen de justificación de las restricciones de derechos, en un plano abstracto o legislativo, o de las injerencias que recaigan sobre los mismos, en la esfera aplicativa, de la mano del principio de proporcionalidad y de sus componentes, está consolidado en la jurisprudencia interamericana, con las oscilaciones, matices, énfasis y a veces inconsistencias que luego serán señalados. La propia Corte ha resumido de esta forma tal decantamiento jurisprudencial respecto de los criterios formales y materiales que determinan la licitud de las limitaciones de derechos humanos: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁷³. Con ajustes ocasionales en la formulación, generalmente no en el contenido, esta es doctrina judicial reiterada⁷⁴.

objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 46.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 168; caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sent. de 9 marzo 2018. Serie C núm. 351, párr. 332, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf; caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51; caso *Escher y otros vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 129.

⁷⁴ Así, sostuvo: “El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sent. de 24 febrero 2014. Serie C núm. 239, párr. 164, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf; que “el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana («el respeto a los derechos o a la reputación de los demás» o «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas»), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)”, en caso *Mémoli vs Argentina*, sent. de 22 de agosto 2013. Serie C núm. 265, parr 130, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf; y que “Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto, la Corte 1) verificará si la tipificación del delito de injuria contra las Fuerzas Armadas afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiará si la protección de la reputación de las fuerzas armadas sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para

Interesa observar que en una sentencia relativamente reciente, pero referida a hechos suscitados a partir de 1989, el Estado alegó, sin fundamento⁷⁵, que “es incomprensible pretender que la judicatura interna haya realizado su análisis del caso siguiendo un test de proporcionalidad que ni siquiera existía en la época, esto es, hace más de dos décadas”⁷⁶, lo cual fue rechazado por la Corte al sostener: “en el artículo 13.2 de la Convención se establece expresamente la exigencia de realizar un análisis de razonabilidad frente a la restricción de la libertad de expresión. Asimismo, cabe señalar que el criterio desarrollado con posterioridad por esta Corte respecto de la proporcionalidad, no es más que la aplicación de un principio general de interpretación jurídica derivado de la matriz general de racionalidad. En consecuencia, la ponderación está contemplada en el propio artículo 13.2 de la Convención”⁷⁷. Esto demuestra hasta qué punto la Corte ha incorporado el principio de proporcionalidad. En verdad, el artículo 13.2 no señala expresamente que deba efectuarse un análisis de razonabilidad, aunque sí es esto lo que se desprende de la exigencia convencional de la necesidad de las eventuales limitaciones (responsabilidades ulteriores) de la libertad de expresión para la satisfacción de las finalidades allí señaladas. Además, la proporcionalidad ha sido, ciertamente, la derivación de un requisito básico de racionalidad, asociado en este ámbito con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de la persona. Su introducción en el sistema interamericano fue apalancada también por la prohibición de la arbitrariedad.

La arbitrariedad de la injerencia es un concepto que en la jurisprudencia se refiere sobre todo a la carencia de justificación material para la intervención o limitación en el derecho. En relación con el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención, cuyo párrafo 3 prohíbe toda “detención o encarcelamiento arbitrarios”, la jurisprudencia

lograr la finalidad perseguida; 3) evaluará la necesidad de tal medida, y 4) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Usón Ramírez garantizó en forma amplia el derecho a la reputación de las Fuerzas Armadas, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión”. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, sent. de 20 noviembre 2009. Serie C núm. 207, párr. 49, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

⁷⁵ En el caso *Lagos del Campo vs. Perú* la Corte Interamericana no exigió que los tribunales nacionales realizaran un examen técnicamente afinado apoyado en los tres niveles del test de la proporcionalidad, sino objetó que estos órganos omitieron en sus decisiones “elementos fundamentales” para el análisis y no ponderaron las implicaciones del despido, dirigido a proteger el honor del empleador, sobre la libertad de expresión, ni ofrecieron una motivación suficiente. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sent. de 31 agosto 2017. Serie C núm. 340, párr. 130, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

⁷⁶ Ídem, párr. 81.

⁷⁷ Ídem, párr. 101.

ha sido enfática en sostener que las privaciones de libertad no solo deben ser legales, sino que no pueden ser arbitrarias, ni en cuanto al contenido de la regulación legal ni respecto de su aplicación⁷⁸. A una conclusión similar se ha llegado respecto del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11 de la Convención, que también declara expresamente ilícitas las injerencias arbitrarias (art. 11.2)⁷⁹, de modo similar a como lo hace la Convención respecto de otros derechos. Ello es extensible a los demás derechos convencionales susceptibles de restricción, pues esta debe tener siempre una justificación.

El tratamiento dogmático habitual en materia de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional comparada pertinente resultan enriquecidos en el sistema interamericano por la significación que la Corte ha atribuido a la “sociedad democrática”, es decir, al marco político-institucional democrático en el cual y desde el cual debe evaluarse la licitud de la restricción, tal como luego se explicará.

A continuación se examinarán con más detalle los requisitos formales y materiales para una restricción, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana. El efecto de la cláusula de la sociedad democrática en este análisis será profundizado en el próximo capítulo.

4. CONDICIONES FORMALES: LEGALIDAD DE LA RESTRICCIÓN

La injerencia en los derechos debe estar contemplada en una ley previa, que según lo ya comentado debe ser una ley formal. La indispensable base legal

⁷⁸ En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el art. 7.3 de la Convención. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 93; caso *J. vs. Perú*, sent. de 27 noviembre 2013. Serie C núm. 275, párr. 127, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, sent. de 27 enero 2009. Serie C núm. 193, párrs. 55-56, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf; caso *Escher y otros vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 116.

de cualquier restricción se deriva de lo dispuesto en los artículos de la Convención que consagran determinados derechos y, con carácter general, de su artículo 30. La Corte fue bastante clara respecto del alcance de esta exigencia en su Opinión Consultiva sobre *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, pero ya entonces quedaron algunos asuntos abiertos y luego la jurisprudencia no ha sido completamente consecuente con lo allí establecido.

En dicha Opinión Consultiva no se dilucidó con qué alcance eran admisibles las delegaciones legislativas. Sí se dijo que estas no eran en principio incompatibles con la Convención, siempre que quedaran a salvo los límites y controles constitucionales y los previstos en la propia ley de delegación, pero nada se indicó sobre la intensidad de la regulación de los derechos contenida en los decretos dictados conforme a la delegación ni se excluyeron determinadas materias. La Comisión Interamericana ha precisado que el ámbito penal y, en particular, la previsión de penas privativas de la libertad está reservado a la ley formal⁸⁰, a lo cual pienso han de añadirse en general las restricciones severas en tales derechos, de modo que el margen de las delegaciones legislativas y de los decretos autorizados o delegados se reduce a una zona periférica de los derechos, siendo aquí de utilidad la teoría de la esencialidad formulada en el Derecho Constitucional para definir los asuntos necesariamente reservados al Parlamento⁸¹.

En esa ocasión la Corte no abordó la temática de la remisión normativa al reglamento como forma de soslayar el principio de legalidad. Del artículo 30 de la Convención y de los fundamentos de aquel pronunciamiento se colige, sin embargo, que la ley debe comprender los aspectos básicos relativos al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la intervención estatal en el derecho. En algunos casos la Corte ha estimado válido un reenvío bastante abierto al reglamento para complementar la normativa legal, particularmente en la esfera disciplinaria⁸², lo cual no necesariamente estaría en concordancia con la Convención en otras materias.

Por otra parte, la ley que contemple limitaciones a los derechos ha de serlo también en sentido material⁸³, y debe ser suficientemente clara y precisa, esto

⁸⁰ *Vid.*, entre otros, el Informe Anual 2015 de la CIDH, Capítulo IV.B Venezuela, párr. 2, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf>.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *op. cit.*, párr. 24.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Flor Freire vs. Ecuador*, sent. de 31 agosto 2016. Serie C núm. 315, párrs. 147 y ss.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.* párr. 63; caso *Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, párr. 176. Aunque en estas decisiones no se enuncia el alcance del concepto de ley en sentido material, con el cual debería avenirse toda

es, “expresa o taxativa”⁸⁴. No se admiten cláusulas generales de apoderamiento o, en otras palabras, normas indeterminadas que dejen la decisión sobre la necesidad de realizar una injerencia en el derecho y sobre su alcance completa o fundamentalmente librada a la discrecionalidad de la autoridad ejecutiva o judicial⁸⁵. Tampoco normas ambiguas⁸⁶. Sin perjuicio de este requerimiento, el grado de precisión indispensable varía en función de la materia regulada⁸⁷ y, ha de añadirse, de la intensidad de la afectación del derecho, pues cuanto mayor sea esta tanto más específica ha de ser la norma legal correspondiente. En el campo penal rige estrictamente el principio de legalidad y tipicidad, ya que deben emplearse “términos estrictos y unívocos”⁸⁸, lo cual se extiende a los demás supuestos de privaciones de la libertad compatibles con la Convención⁸⁹, aunque sufre matices en lo que atañe a otras limitaciones de derechos. La exigencia de determinación de la formulación normativa ha sido extendida a las reglas de los procedimientos establecidos para la aplicación de las medidas restrictivas y para que el afectado pueda impugnarlas⁹⁰. La adecuada regula-

ley restrictiva de derechos, ha de entenderse que aquel se emplea en su significación habitual, de norma general o abstracta, lo cual propendería a excluir leyes de caso único que afecten derechos humanos; en cambio, no parecieran estar vedadas las leyes medida. Además, alguna vez la Corte ha asociado el carácter de ley material con la precisión de la regulación: caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 52.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 89; “[...] la ley debe estar formulada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que sea razonable, de acuerdo a las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar”, ídem, párr. 90

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 79 y 80.

⁸⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 125.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 89.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, sent. de 6 mayo 2008. Serie C núm. 180, párr. 125, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf; caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sent. de 30 mayo 1999. Serie C núm. 52, párr. 121, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 74. En este caso la indeterminación de la regulación legal fue condenada desde la perspectiva de los arts. 2 y 7.3 de la Convención, esto es, fue considerada como una imprevisibilidad de la privación de libertad que la hacía arbitraria; párr. 80. En el fondo, sin embargo, se había vulnerado primero la exigencia de legalidad del art. 7.1 de la Convención.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sent. de 30 enero 2014. Serie C núm. 276, párr. 135, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

ción de los procedimientos que pueden conducir a una medida sancionatoria ha sido analizada igualmente desde la perspectiva de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención y de la previsibilidad de la sanción y del momento de su imposición que este precepto también procura garantizar⁹¹.

En ocasiones la constatación de la insuficiencia de las normas restrictivas de algún derecho según estos criterios obedece a la existencia de riesgos sobre la vigencia del derecho que son favorecidos por la apertura semántica o generalidad de la regulación correspondiente; así se ha establecido enfáticamente en relación con la libertad de expresión⁹². Se ha sostenido, por otra parte, que corresponde al Estado demostrar la existencia de una base legal para la injerencia en el derecho adoptada por sus agentes⁹³, aunque la jurisprudencia no siempre ha sido coherente con esta posición.

Son varios los ejemplos que cabe citar de la flexibilidad con que la Corte ha abordado la exigencia de legalidad, algunos objetables. No se ha sido tan riguroso en la evaluación de la validez de la formulación de normas de naturaleza civil restrictivas de ciertos derechos, lo cual puede ser razonable según las circunstancias⁹⁴. Por otro lado, en relación con las sanciones disciplinarias se ha subrayado que, si bien el principio de legalidad y tipicidad penal es aplicable a esa manifestación del poder punitivo del Estado, no lo es con la misma severidad y puede sufrir adaptaciones. Incluso se ha aceptado en ese campo la suficiencia de normas con un “cierto grado de indeterminación”⁹⁵, o basadas en “conceptos indeterminados” tales como la “dignidad de la administración de justicia” o el “decoro del cargo”⁹⁶, siempre que por vía normativa o jurisprudencial, o por parte del juez que resuelve el asunto, se haya acotado el margen interpretativo admisible, de modo que se evite una discrecionalidad excesiva. La delimitación del sentido de tales conceptos puede efectuarse por vía reglamentaria⁹⁷. En un caso vinculado a sanciones disciplinarias militares,

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, sent. de 1º septiembre 2011. Serie C núm. 233, párrs. 199 y ss., disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁹² *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 128.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, sent. de 21 noviembre 2016. Serie C núm. 323, párr. 195, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_323_esp.pdf.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 89.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lopez Lone y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 264.

⁹⁶ *Ídem*, párrs. 264 y 273.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Flor Freire vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 147 y ss.

se consideró suficiente la tipificación de sanciones en el reglamento, dado que había un basamento legal general y una remisión expresa⁹⁸.

Esta relativización del principio de legalidad es discutible, al menos si tales criterios pretenden ser generalizados. Han de entenderse circunscritos a la materia disciplinaria, a la cual se refieren los casos en los que fueron establecidos. Como regla no debería tener cabida una intervención tan amplia del reglamento ni normas indeterminadas que solo sean precisadas judicialmente en el caso concreto decidido. La propia jurisprudencia de la Corte Interamericana demuestra que la vaguedad de las disposiciones contentivas de restricciones a derechos puede traducirse en amenaza de violación para los mismos y ser contraria a la Convención⁹⁹.

La Corte ha demostrado cierta laxitud cuando no ha cuestionado, desde el punto de vista del requerimiento de legalidad, una medida de acogimiento residencial o colocación de niñas y niños en una institución o establecimiento destinado al cuidado de menores, pese a que, aun sin disponer de toda la información sobre las condiciones del internamiento, podía sostenerse que este era sin duda una privación de libertad a los efectos del artículo 7 de la Convención, lo cual no fue negado por el Estado¹⁰⁰. La Corte acudió aquí a la distinción, sentada en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, entre privaciones de la libertad física y afectaciones a la libertad general del ser humano, para sostener que solo respecto de la segunda podía aseverarse que el derecho había sido limitado, ya que “No consta en el expediente suficiente información sobre el régimen o las condiciones de dicho centro y si se restringía o no su libertad ambulatoria”¹⁰¹. En realidad, dado que estaba fuera de discusión y la Corte admitió que se trataba del “internamiento” de un niño “en un centro de acogimiento residencial”, debió estimarse que se estaba en presencia de una privación de libertad¹⁰², con la consecuente declaración de inexistencia de base legal para adoptarla. En todo caso, aun en el supuesto de que dicho internamiento fuera solo una injerencia en la “libertad general” que también estaría protegida por el artículo 7.1 de la Convención¹⁰³, quedaba sometido al

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 128, y la Resolución de supervisión de cumplimiento de sent. de 18 mayo 2010.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 330.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² El internamiento de niños o niñas en situación de abandono o peligro en centros especiales de acogimiento residencial, como medida de protección, no equivale ni puede ser idéntica a una detención o prisión de naturaleza penal, pero no por eso deja de ser una privación de la libertad corporal o física, al menos en principio, lo cual, de resultar controvertido, tendría que ser desvirtuado por el Estado.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 331.

requisito de legalidad, que en rigor no fue satisfecho¹⁰⁴. La Corte parece entender, pues, que las intervenciones en esa libertad general no estarían sujetas estrictamente a esta exigencia.

Asimismo, es objetable, aunque coherente con la reducción jurisprudencial antes criticada del ámbito protegido del derecho a la vida respecto de los embriones humanos, que la Corte no considere necesaria la regulación mediante ley de los procedimientos de fertilización *in vitro*, en lo que concierne a su repercusión sobre tales embriones, su uso, conservación y disposición¹⁰⁵. La eficacia de un derecho no puede quedar supeditada a la promulgación de una ley, pero cuando la garantía de un derecho, a través de un decreto ejecutivo, implica afectar otro derecho humano, debe intervenir el legislador para hacer el respectivo balance y considerar el amparo debido a cada derecho. Si pensamos que los embriones humanos merecen convencionalmente alguna *protección*, en virtud del principio de la *protección* incremental de la *vida*, la ley debe dictarse, sin perjuicio de las previsiones especiales que puedan adoptarse para la vigencia del derecho hasta la necesaria aprobación de la ley.

A veces las fragilidades que se observan en la jurisprudencia de la Corte en la temática que nos ocupa guardan relación con el establecimiento de criterios con carácter general, que tal vez son razonables respecto del caso resuelto, pero no necesariamente en otros, pese a lo cual son formulados categóricamente, sin que queden explícitamente sometidos a contextos normativos y circunstancias específicas. Tal ocurrió cuando aquella sostuvo que no era preciso que una ley restrictiva de la libertad de expresión dejara a salvo de la aplicación de una sanción ciertos discursos que merecen protección reforzada, “debido a que el Estado no está obligado a determinar de manera taxativa en la ley aquellos discursos que requieren una protección especial, sino que serán las autoridades encargadas de su ejecución las que deberán velar por la protección a

¹⁰⁴ La Corte no consideró vulnerada la exigencia de legalidad del art. 7.1, aunque admitió que no había en la legislación interna una norma que previera expresamente esa medida respecto de los niños o niñas necesitados de atención o protección; ídem, párr. 333.

¹⁰⁵ Una cosa es que los derechos reproductivos no puedan quedar en suspenso hasta que se emita una normativa y otra muy distinta es que sea opcional o apenas conveniente regular legislativamente esta materia; *vid.* Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, supervisión de cumplimiento de sentencia, *supra*, Considerando 36. “Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido decreto ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la sentencia y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica ([...] Considerandos 21 y 32), resulta necesario disponer que el decreto ejecutivo núm. 39210MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia”.

otros derechos que se encuentren en juego”¹⁰⁶. Esta posición se mantuvo en un caso en el que se examinaba la imposición a un trabajador de una sanción contemplada en la legislación laboral, con motivo de expresiones que había emitido contra el empleador y este consideraba ofensivas; tal vez en este ámbito laboral no debía requerirse ciertamente una mayor precisión normativa, pero la conclusión puede ser otra en el campo penal. En efecto, esa aseveración de la Corte no se corresponde con lo declarado por ella misma en otras situaciones de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en las cuales ha exigido que la legislación contentiva de la restricción a esta libertad sea reformada para dejar a salvo esos discursos y evitar que fórmulas generales coloquen en riesgo la libertad de expresión¹⁰⁷. No se requiere que esos discursos singularmente protegidos estén enunciados de manera “taxativa”, pero sería erróneo pensar que todo queda librado al plano aplicativo de la legislación.

5. CONDICIONES MATERIALES: JUSTIFICACIÓN

La licitud de las restricciones de derechos humanos depende no solo de que estén previstas en normas de naturaleza legislativa, sino también de que posean justificación suficiente. Tales restricciones no pueden ser impuestas gratuitamente ni han de presumirse válidas, pues solo resultan admisibles cuando persiguen la satisfacción de fines legítimos conforme a la Convención y son necesarias para alcanzarlos. La justificación de la restricción debe ser acreditada ante la Corte Interamericana, y antes en las instancias nacionales, pues la regla general metodológica, con base sustantiva, es la del goce o ejercicio incondicionado de los derechos, la cual solo puede ser relativizada o modulada, en atención a otros derechos o a bienes o intereses públicos, cuando sean constatadas razones de peso ligadas a la importancia de la protección de estos últimos. De allí que la Corte haya declarado que las limitaciones a los derechos humanos tienen carácter excepcional y han de interpretarse restrictivamente¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 121.

¹⁰⁷ *Vid. el caso Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 128, y la Resolución de supervisión de cumplimiento de sent. de 18 mayo 2010, en la cual se precisa: “La Corte valora positivamente las acciones emprendidas por el Estado para cumplir con su obligación. Asimismo, advierte que la Ley 26.551 que modifica los artículos del Código Penal de la Nación relativos a los delitos de calumnias e injurias, presentada por el Estado, efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan «expresiones a asuntos de interés público», ni «expresiones que no sean asertivas», y asigna como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas” (párr. 33); caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

¹⁰⁸ Cualquier limitación a los derechos consagrados en la Convención debe interpretarse de manera restrictiva. Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 172; caso *Tristán*

Como ya se apuntó, al examinar la justificación de la restricción o intervención en un derecho ha de tenerse en cuenta la licitud de la finalidad perseguida por la medida estatal y su necesidad “en una sociedad democrática”, lo cual conduce a la evaluación de su proporcionalidad, en sus tres dimensiones. Además, el análisis de justificación está globalmente influenciado por las exigencias de la sociedad democrática.

A) *La licitud de la finalidad perseguida*

El primer nivel de evaluación de la validez material de la restricción de algún derecho convencional se contrae a verificar la legitimidad de la finalidad que aquella persigue. Se trata de determinar si el fin de la medida legislativa restrictiva es compatible con la Convención, lo cual depende de que se corresponda con los propósitos que esta considera aceptables para fundamentar limitaciones al goce y ejercicio de los derechos. Ello comprende un control sobre tales medidas relativo a la sujeción a los fines previstos en la Convención al permitir la limitación de un derecho en particular o al referirse de manera general a las limitaciones de los derechos, como también un control por desviación de poder¹⁰⁹; este último es en rigor una variante de aquel. El primero presupone que el objetivo que en efecto propugna la ley restrictiva sea conforme con la Convención. Mientras que el segundo consiste en objetar las leyes, o los respectivos actos de ejecución, que no respondan realmente al propósito legítimo para el cual la restricción ha sido establecida, sino a otro que no se aviene con lo dispuesto en la Convención. Esta modalidad de control sobre la finalidad legislativa ha sido escasamente ejercida por la Corte, en lo que a las leyes respecta, aunque es posible que se den las condiciones para hacerla valer, ya que una ley puede ser dictada para lograr un fin perverso distinto al objetivo legítimo explicitado al sancionarla. No obstante, el contraste entre la finalidad lícita perseguida por la ley y el móvil o designio indebido verdaderamente buscado por las autoridades ocurre con más frecuencia en el ámbito de la aplicación de las normas y ha sido esta clase de supuestos la que mayormente han ocupado a la Corte Interamericana¹¹⁰. En estos casos la finalidad legislativa, real y declarada, puede ajustarse a la Convención, pero algún

Donoso vs. Panamá, op. cit., párr. 110; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, op. cit., párr. 93.

¹⁰⁹ La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, op. cit., párr. 18.

¹¹⁰ Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sent. de 8 febrero 2018. Serie C núm. 348, párrs. 121 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, op. cit., párrs. 197 y ss.

funcionario utiliza las disposiciones correspondientes con un propósito alejado del marco normativo, con consecuencias lesivas de derechos humanos¹¹¹.

La revisión de la compatibilidad de la finalidad de las medidas restrictivas con los fines admitidos por la Convención para establecer limitaciones a los derechos se fundamenta principalmente en sus artículos 30 y 32.2 y en las disposiciones específicas relativas al derecho correspondiente. La Corte confronta el objetivo perseguido por la medida restrictiva con el previsto expresamente en la norma de la Convención que consagra el derecho afectado. Ello ocurrió, por ejemplo, cuando la Corte Interamericana declaró que los propósitos invocados para justificar la colegiación obligatoria de periodistas no se correspondían con los fines autorizados por el artículo 13.2 de la Convención¹¹².

En la jurisprudencia de la Corte se encuentran también ámbitos en los que esta ha definido los fines específicos lícitos para una limitación, sin que estén formulados textualmente en la Convención, o los que de entrada no lo son. Esto ha sucedido en materia de libertad personal, en cuya consagración la Convención no precisa los objetivos que fundamentarían una limitación. Así, se han considerado ilegítimas las medidas de prisión provisional o preventiva dentro del proceso penal a las que la ley confiera una finalidad punitiva anticipada, al perseguir “fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena” o, en otras palabras, propósitos de carácter preventivo-policial, extraños a la función cautelar o procesal que aquellas siempre deben desempeñar¹¹³.

¹¹¹ Véanse los alegatos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sent. de 5 agosto 2008. Serie C núm. 182, párrs. 122 y ss., y 143, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf; en buena medida fue esto lo que sucedió en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, ya que se dictaron normas reglamentarias y actos individuales para privar al señor Ivcher Bronstein de su nacionalidad peruana, con el fin último de impedir que siguiera ejerciendo la libertad de expresión a través de un medio de comunicación del que era accionista mayoritario y director (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sent. de 6 febrero 2001. Serie C núm. 74, párr. 162, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf). Esta clase de restricciones indirectas a la libertad de expresión, en los términos del art. 13.3 de la Convención, suelen implicar una desviación de poder.

¹¹² De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a este a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el art. 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas. Luego se hará una observación sobre la interpretación realizada por la Corte del concepto de orden público contemplado en dicho precepto.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*, sent. de 21 octubre 2016. Serie C núm. 319, párr. 122, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf.

También se ha objetado la previsión de la detención de migrantes para someterlos a un proceso y eventual castigo penal basados en la irregularidad de su entrada o permanencia en el país correspondiente. Se han estimado en principio lícitas las políticas y medidas de control sobre el ingreso o estancia de extranjeros que los Estados adopten, incluyendo posibles detenciones en el marco de los procedimientos migratorios, pero se han calificado de excesivas las que penalizan una situación migratoria¹¹⁴. En estas situaciones la Corte se ha apoyado en la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad (art. 7.3 de la Convención) para excluir la regulación o ejecución de determinadas detenciones, en consideración a la incompatibilidad con la Convención de la finalidad que persiguen¹¹⁵. Se trata en el fondo de privaciones de libertad que resultan contrarias al principio de proporcionalidad, lo cual ha llevado a la Corte a identificar finalidades que de plano son lesivas de la libertad personal.

La ilegitimidad de la finalidad legislativa puede obedecer también al desconocimiento de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención y a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley. Ello supondría que el fin, declarado o real, de la medida restrictiva sea discriminatorio, de modo que el disfrute de alguno de los derechos consagrados en la Convención resulte menoscabado a causa de una diferencia de trato no justificada en perjuicio de ciertas personas. El caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* aporta algunos criterios a este respecto. Pese a referirse a una discriminación en la aplicación de la ley, ilustra cómo una medida restrictiva, o una injeren-

¹¹⁴ “[...] los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio (*supra*, párr. 97), por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparación de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y a tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias[...]”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Vélez Loor vs. Panamá*, sent. de 23 noviembre 2010. Serie C núm. 218, párr. 169, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

¹¹⁵ *Íbid.*, entre otros, la sentencia del caso *Fleury y otros vs. Haití*, *op. cit.*, párrs. 58 y 59: “58. Respecto del artículo 7.3, este Tribunal ha establecido que, si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Sin embargo, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos, “no se debe equiparar el concepto de «arbitrariedad» con el de «contrario a ley», sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad [...]”. 59. Toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad personal no sólo debe estar prevista en la ley, en los términos del artículo 7.3 de la Convención, su finalidad debe ser legítima y compatible con la Convención”.

cia en los derechos de una persona, no puede válidamente responder al solo propósito de excluirla del ejercicio de los mismos en atención a estereotipos ligados a su orientación sexual, solapados bajo el objetivo declarado de resguardar el interés superior del niño¹¹⁶. En esta dirección apunta el caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, en el cual fue considerada violatoria del derecho a la igualdad la reducción de las penas previstas en el Código Penal respecto de determinados delitos, cuando la agraviada se dedicara a la prostitución¹¹⁷.

B) *La necesidad en una sociedad democrática: examen de proporcionalidad*

Como ya se adelantó, la Convención, en algunas disposiciones, condiciona la validez de las eventuales restricciones a los derechos consagrados a que sean “necesarias en una sociedad democrática”. Además, el artículo 32.2 de la Convención, al vincular la limitación de los derechos y los bienes jurídicos cuyo aseguramiento puede justificarla a la noción de la “sociedad democrática”, y su artículo 29, literal d), al dejar a salvo las implicaciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que también realiza esa asociación (art. XXVIII), contribuyen, junto a otras normas de la Convención, a que esa exigencia, o esa cláusula de la sociedad democrática, adquiera una significación general respecto de cualquier restricción de derechos que pretenda ser legítima, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia interamericana¹¹⁸. Para determinar si una medida restrictiva es necesaria en una sociedad democrática la Corte se ha apoyado en el principio de proporcionalidad, que ya había sido desarrollado en ordenamientos jurídicos europeos como el alemán y adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para medir la licitud de las restricciones de derechos humanos “en una sociedad democrática”, dado que esta noción es común a los principales instrumentos universales y regionales de protección de derechos humanos, a partir de la formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.2) y con el antecedente de la Declaración Americana, como luego se explicará.

Una primera aproximación de la Corte a la exigencia de proporcionalidad se encuentra en la Opinión Consultiva OC-4/84, sobre la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la cual aquel fue invocado desde la óptica de la prohibición

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 110.

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, sent. de 26 septiembre 2018. Serie C núm. 362, párrs. 227 y ss, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutmán vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 185.

de discriminación y el derecho a la igualdad. Las diferencias de tratamiento jurídico pueden ser lícitas si persiguen una finalidad legítima y si se preserva, respecto de esta, la debida proporcionalidad. Deben basarse en una justificación objetiva y razonable. A ello se refirió la Corte en dicha opinión consultiva cuando sostuvo que no puede “[...]afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón”¹¹⁹. Hay aquí, pues, como es propio de la proporcionalidad, una relación entre medios, o sea, las distinciones previstas en la ley, y los fines que esta persigue, que debe guardar mesura y evitar el exceso. La discriminación que entonces fue verificada por la Corte obedeció no a una ausencia de proporcionalidad, sino a la distinción por razón del sexo que implicaba la regulación legal sobre la adquisición de la nacionalidad. Sobre la falta de proporcionalidad se expresó en cambio, una de las opiniones disidentes, relativa a otro aspecto de esa normativa¹²⁰.

Pero la proporcionalidad, cuando se inserta en el análisis de la observancia del principio de igualdad¹²¹, cumple una función mucho más acotada que la que despliega en el examen general de la licitud de las restricciones en los derechos, pues este considera no solo el exceso en los medios empleados para lograr una finalidad, sino evalúa globalmente, de la mano de la proporcionalidad, la justificación de la restricción sufrida por el derecho. La incorporación completa de este principio con miras a la verificación de la validez de la restricción de derechos se produce, como se dijo, en la Opinión Consultiva OC 5/85 sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*. En pronunciamientos posteriores de la Corte afloraron manifestaciones del principio de proporcionalidad, como sucedió en materia de suspensión de garantías y estados de emergencia¹²²; del uso de la fuerza por cuerpos de seguridad¹²³ y del derecho

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC—4/84, de 11 enero 1984. Serie A núm. 4, párr. 57, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267>.

¹²⁰ Ver la opinión disidente del Juez Thomas Buergenthal en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación...*, *op. cit.*, párr. 4.

¹²¹ *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, *op. cit.*, párrs. 66 y ss.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, *op. cit.*, párr. 22 y 39; y *Garantías judiciales en estados de emergencia ...*, *op. cit.*, párr. 36.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Neira Alegría vs. Perú*, sent. de 19 enero 1995. Serie C núm. 20, párr. 72 y 76, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf.

a la libertad personal. En este último campo la proporcionalidad comenzaría a tener pronto importantes desarrollos, particularmente respecto de la prisión preventiva, ya que el desconocimiento de ese principio al adoptar estas medidas fue considerado uno de los motivos para calificar de arbitraria una privación de libertad¹²⁴. Luego se tendría oportunidad para hacer valer la proporcionalidad no solo frente a decisiones judiciales que acordaban o prolongaban la prisión preventiva, sino también frente a las disposiciones legales que le servían de fundamento¹²⁵, y se enfatizaría que los principios de necesidad y proporcionalidad son “indispensables en una sociedad democrática”¹²⁶; todo ello, no obstante, sin ahondar en la significación de esos conceptos.

Los criterios generales sobre la proporcionalidad, sentados en la precitada opinión consultiva, fueron retomados en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, nuevamente en relación con la libertad de expresión. Reiterando lo entonces afirmado, la Corte resumió de esta forma las implicaciones de la proporcionalidad: “[...] la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”¹²⁷. En esa oportunidad dicho principio impactó además en la resolución del caso, pues la Corte consideró que se había incurrido en “una limitación excesiva a la libertad de expresión” a causa de la exigencia de probar la veracidad de lo afirmado como condición para excluir la responsabilidad penal, en una noticia que simplemente había sido reproducida por Herrera Ulloa. Al declarar la lesión de la libertad de expresión, la Corte prestó atención igualmente al efecto inhibitorio sobre los comunicadores de la condena penal y civil que él sufrió bajo esas premisas, en detrimento del debate democrático acerca de asuntos de interés público¹²⁸. Faltó precisar en la sentencia que dicha condena y el proceso penal correlativo no solo eran objetables por el carácter desmedido o innecesariamente gravoso de la respuesta estatal, sino eran *per se* injustificados, ya que se había ejercido tal derecho de forma lícita. En otras palabras,

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, sent. de 21 enero 1994. Serie C núm. 16, párrs. 47 y 48, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sent. de 12 noviembre 1997. Serie C núm. 35, párrs. 77, 93 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, sent. de 2 septiembre 2004. Serie C núm. 112, párr. 228, disponible en [corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf).

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sent. de 2 julio 2004. Serie C núm. 107, párr. 123, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹²⁸ Ídem, párrs. 132 y 133.

la ponderación correspondiente a las circunstancias del caso reveló no propiamente que la reacción o intervención estatal hubiera sido excesiva, por haber rebasado las sanciones o medidas impuestas, por su magnitud o severidad, un umbral a partir del cual se tornaban inaceptables, sino que, al tratarse de la difusión de informaciones divulgadas por otros medios de comunicación (reportaje neutral) sobre temas de interés público, no podía justificarse la imposición de sanciones.

En la misma dirección de recuperar la doctrina de aquella opinión consultiva se sitúa la sentencia emitida en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, en la cual la violación de la libertad de expresión se fundamentó explícita aunque someramente en el carácter desproporcionado de las medidas preventivas de prohibición de salida del país y de las sanciones penales a las que fue sometido el señor Canese. La Corte declaró que había existido una “restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese”, ante lo cual ha de aclararse que no se condenó solamente la prolongación o dimensiones de la reacción estatal, sino la imposición de una sanción penal en las circunstancias examinadas por la Corte. Según se desprende del razonamiento judicial y de los hechos del caso, en realidad se cuestionó la justificación misma de la restricción de la libertad de expresión mediante las herramientas del Derecho penal, dado el contexto y el interés público de lo difundido, a lo que se sumaba la violación de la presunción de inocencia derivada de haber sido presumido el dolo (“intención de agraviar o menoscabar la imagen, fama, crédito o intereses”¹²⁹) en la divulgación¹³⁰. Conviene insistir en que la proporcionalidad permite evaluar tanto la justificación en sí de la medida restrictiva adoptada como el exceso que haya podido cometerse al prever o implementar una respuesta estatal cuya licitud *per se* no se objeta.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 159.

¹³⁰ Ídem, párr. 106: “El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal [...]”; ídem, párr. 161: “A partir de las anteriores razones, el Tribunal encuentra claro que tanto el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno como el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del señor Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Canese, el artículo 8.2 de la Convención Americana”.

La Corte también realizó un análisis de licitud y en concreto de proporcionalidad respecto de las restricciones e injerencias en el derecho de circulación y de residencia del señor Canese¹³¹, con una invocación genérica de la proporcionalidad, en la que no distinguió los elementos o requerimientos que la componen.

Habría que esperar al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, para encontrar un tratamiento más sistemático del principio de proporcionalidad. En la sentencia respectiva se mencionan las condiciones materiales indispensables para el establecimiento, mediante ley, de privaciones o restricciones de la libertad personal, con una formulación o categorización general aplicable a otros derechos susceptibles de limitación. En tal sentido, se exige la compatibilidad con la Convención de la finalidad de las medidas correspondientes; que estas “sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido”; que sean necesarias, es decir “absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”, y que sean “estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”¹³².

De este modo quedaban recogidas las tres dimensiones o vertientes del principio de proporcionalidad: la idoneidad de la medida restrictiva para contribuir a la realización del fin legislativo, cuya licitud previamente ha sido verificada; la necesidad, esto es, la inexistencia de una alternativa menos gravosa e igualmente efectiva; y la proporcionalidad en sentido estricto, que implica una ponderación entre la limitación sufrida por el derecho y el grado de protección o satisfacción de otro derecho o de un bien o interés público. En el caso concreto la Corte aplicó certeramente dicho principio. Ante la citada formulación jurisprudencial relativa al requisito de idoneidad, solo cabría acotar que este no se refiere a que las medidas restrictivas deban ser “las” idóneas, en el sentido de las más apropiadas o las oportunas, sino a su aptitud para coadyuvar a la consecución de la finalidad legislativa¹³³.

¹³¹ En el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 123, la Corte señaló que debía determinarse: “[...] si al establecer restricciones al derecho a salir del país del señor Canese, el Estado cumplió con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones en la medida indispensable en una sociedad democrática”; además, concluyó que la limitación de su derecho a salir libremente del Paraguay durante un período de ocho años y casi cuatro meses, fue desproporcionada.

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 93.

¹³³ *Ibidem*: “En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria:

Una explicación aún más acabada de las implicaciones de la proporcionalidad en el control de la licitud de las restricciones legislativas sobre los derechos la hallamos en el caso *Kimel vs. Argentina*. Aquí la Corte siguió una perspectiva de análisis en la que colocó en un primer plano la existencia de una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, que debía ser resuelta mediante una ponderación enmarcada en el “juicio de proporcionalidad”¹³⁴; a partir de allí formuló la estructura o esquema general del análisis de licitud de las restricciones en la libertad de expresión, en consonancia con la jurisprudencia anterior, pero introduciendo precisiones en cuanto a los componentes del principio o juicio de proporcionalidad. Expuso con nitidez el alcance de la exigencia de idoneidad, como “capacidad de contribuir a la realización” del objetivo de la ley cuya finalidad ha sido considerada legítima, aludió al requisito de necesidad, y se detuvo en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, concluyendo que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel, derivada de la condena sufrida a causa de las opiniones que había emitido sobre temas de interés público, era “manifiestamente desproporcionada, por excesiva” y por tanto, violatoria del artículo 13 de la Convención. Una vez más el problema no radicaba tanto en la magnitud o alcance de la medida adoptada por el Estado, cuanto en la licitud del ejercicio de la libertad de expresión, dado que “[...] la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo”¹³⁵. No obstante, interesa destacar que

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51.

¹³⁵ Ídem, párr. 92: “La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. En la audiencia pública del presente caso (*supra*, párr. 9), el señor Kimel resaltó que el texto en el que se refiere al juez querellante era “un párrafo que debía estar en el libro porque contenía, a pesar de su brevedad, un dato significativo: cual había sido la conducta de la justicia argentina durante aquellos trágicos años de la dictadura militar para investigar el asesinato de los sacerdotes”. El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista.

en esta sentencia la Corte asumió de manera global o sistemática el examen de proporcionalidad, tal como ha sido aplicado en su jurisprudencia posterior, aunque con vaivenes e inconsistencias que luego serán apuntadas. Basta ahora con mencionar que, en casos previos y posteriores al precitado, la Corte ha seguido una categorización o definición variable al abordar la licitud material de las restricciones en el goce o ejercicio de derechos, en la que los tres componentes de la proporcionalidad son formulados en otros términos, lo cual puede suscitar confusión.

Conforme a esta evolución de la jurisprudencia, la proporcionalidad representa un criterio general de determinación de la validez de las limitaciones impuestas sobre derechos humanos que sean susceptibles de restricción. El mismo se aplica no solo cuando el artículo de la Convención que consagra el derecho correspondiente condiciona expresamente su eventual restricción a que sea necesaria en una sociedad democrática, sino aun en ausencia de este requerimiento explícito, y rige incluso cuando la propia Convención precisa causales concretas por las cuales es lícito “reglamentar” un derecho, como sucede con los derechos políticos¹³⁶. En la evaluación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, al igual que de la licitud de la finalidad perseguida, cumple un papel importante la cláusula de la sociedad democrática, como se verá.

C) *La aplicación de la exigencia de proporcionalidad y de sus componentes*

Interesa examinar la forma en que la Corte Interamericana aplica la exigencia o “juicio de proporcionalidad”¹³⁷ y sus elementos. Con este propósito se hará mención a decisiones en las que se ha acudido, explícitamente o no, a los conceptos de idoneidad, de estricta necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, a fin de analizar el uso que se ha hecho de los mismos, y se pondrán de relieve algunos asuntos problemáticos que resultan de la revisión de su jurisprudencia.

a) *La idoneidad de la medida restrictiva*. En general, el requisito de idoneidad ha sido correctamente definido y aplicado por la Corte, aunque a veces ha sido formulado ambiguamente o ha quedado oscurecido tras la enunciación de otras categorías empleadas en el análisis de licitud de restricciones¹³⁸. Así, en varias sentencias relativas a la libertad de expresión se ha reiterado certera-

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 155.

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 257.

¹³⁸ La confusión se ha planteado también respecto de exigencias formales, como la claridad de la fundamentación legislativa de la restricción; *vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 68.

mente el criterio sentado en el caso *Kimel vs. Argentina*, según el cual la idoneidad se refiere a la aptitud de la medida restrictiva para contribuir a la realización del objetivo legítimo perseguido por la ley correspondiente. Esto ha ocurrido frecuentemente en relación con responsabilidades penales o civiles previstas en la legislación con el propósito de proteger el derecho al honor u otros bienes jurídicos previstos en el artículo 13.2 de la Convención, que han sido estimadas idóneas para alcanzar esa finalidad, sin perjuicio del examen ulterior sobre los demás elementos de la proporcionalidad al que deben ser sometidas¹³⁹. También ha sido bien utilizado dicho requerimiento en fallos referidos a la prisión provisional o preventiva, siguiendo la estela del caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*¹⁴⁰.

Mientras que en otras decisiones la revisión de la idoneidad parece estar solapada o confundida con la verificación de que la medida correspondiente “satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo”¹⁴¹, exigencia esta que debe distinguirse de la idoneidad, ya que la consideración de la entidad, trascendencia o significación del fin perseguido por la restricción es un paso que pertenece al examen de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, a la ponderación. La idoneidad, en cambio, es un criterio básicamente empírico que, como sabemos, se vincula con la posibilidad de que la medida coadyuve a la consecución del fin legislativo. La noción de “interés público imperativo” como requisito de validez de las limitaciones legislativas, fue introducida por la Corte en la opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, al adoptar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual claramente conecta la constatación de la presencia de una “necesidad social imperiosa” para la verificación legislativa con la fase de ponderación¹⁴². La imprecisión en el uso de aquel concepto ha conducido a que la Corte Interamericana en ocasiones trate la idoneidad de la restricción de manera laxa, bajo otras categorías¹⁴³.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 118.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 93.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 186.

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 46.

¹⁴³ Por ejemplo, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, *op. cit.*, párrs., 186, 193 y 203, la Corte, después de declarar la licitud de la finalidad de la restricción, examinó, en el primer componente de la proporcionalidad, que denominó “La existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo”, si una necesidad o interés de esa importancia fundamentaba la exclusividad de los partidos políticos en la presentación de candidaturas y concluyó que sí, lo cual obviamente no se refería a un análisis específico de la idoneidad, sino de la proporcionalidad en sentido estricto, mientras que en el tercer escalón del principio,

A menudo la Corte engloba en un mismo epígrafe el examen de la licitud de la finalidad legislativa y el de la idoneidad de la restricción establecida, sin mezclar las categorías, lo cual no merece objeción, pues ni el concepto ni su recta aplicación resultan menoscabados por esta aproximación¹⁴⁴. Algo distinto sucede cuando la evaluación de la idoneidad se confunde con la revisión de la licitud de la finalidad legislativa, en contextos de discriminación en la aplicación de la ley, como ocurrió en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el cual fue declarada legítima la finalidad abstracta de proteger el interés superior del niño, a la cual supuestamente respondía la decisión de retiro del cuidado y custodia de la señora Atala sobre sus hijas, pero se negó la idoneidad de esta medida para alcanzarla, al estar basada en estereotipos discriminatorios relativos a la orientación sexual de la madre y no en “conductas parentales”, esto es, en fundamentos fácticos que permitieran afirmar que dicha medida podía coadyuvar a la consecución de ese objetivo¹⁴⁵. De no existir respaldo fáctico para sostener que el interés superior del niño resulta afectado, sino solo estereotipos discriminatorios que conducen a la restricción, la propia finalidad legislativa resulta ilegítima. La presencia de un propósito o efecto discriminatorio no es, por lo demás, una circunstancia que deba ser examinada desde la perspectiva del requisito de idoneidad y que baste para considerar que este ha sido vulnerado, como se resolvió en el caso *González Lluy vs. Ecuador*¹⁴⁶,

destinado según la Corte a verificar si la medida restrictiva “se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”, determinó que aquella era “idónea” para lograr el objetivo legítimo perseguido, sin que quede claro si con ello se estaba solo comprobando la aptitud de la medida para alcanzarlo o si la sentencia se refería a que no había exceso en la limitación legislativa, lo cual presupone una ponderación entre los bienes o derechos en conflicto que la Corte no efectuó de manera explícita, sino implícitamente al abordar aquel primer componente de la proporcionalidad; *Vid.* también el caso *Argüelles y otros vs. Argentina, op. cit.*, párrs. 227 y ss., que calificó como “proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo”.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina, op. cit.*, párrs. 68-71; caso *Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina, op. cit.*, párr. 53; caso *Tristán Donoso vs. Panamá, op. cit.*, párr. 118.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile, op. cit.*, párrs. 146, 166 y 178.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González Lluy vs. Ecuador, op. cit.*, párrs. 260-274; la exclusión de la niña contagiada con VIH de la institución educativa podía ser (fácticamente) idónea para proteger la vida o la salud de los demás estudiantes, pero vulneraba el derecho a la educación y la prohibición de discriminación desde la perspectiva de la evaluación de la licitud de la finalidad legislativa y de la proporcionalidad en sentido estricto, como la Corte en definitiva declaró; “La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pudiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio”.

ya que fácticamente una medida puede ser idónea para lograr una finalidad, aun cuando esta sea ilegítima. La ilicitud de la restricción puede determinarse en esos supuestos al controlar la finalidad legislativa, la necesidad o la proporcionalidad en sentido estricto.

No se observa una postura consistente de la Corte en relación con la carga de la demostración de la idoneidad. En situaciones relacionadas con una posible discriminación basada en las categorías de distinción especialmente protegidas (prohibidas) por la Convención, la Corte sostiene que la carga recae completamente sobre el Estado, lo cual rige asimismo para los demás elementos de la proporcionalidad¹⁴⁷. En otros contextos, sin embargo, la Corte ha llegado a dar por cierta la idoneidad sin efectuar un análisis específico y sin que conste en el texto de la sentencia que el Estado hubiera realizado demostración alguna al respecto¹⁴⁸. De acuerdo con la jurisprudencia pareciera que, fuera de los supuestos mencionados, en que esa carga evidentemente corresponde al Estado, la presentación por la Comisión o los representantes de las víctimas de elementos iniciales que pongan en duda la idoneidad de la restricción obliga al Estado a confirmar su aptitud para contribuir al cumplimiento de la finalidad legislativa. En cuanto a la intensidad o densidad del control, puede sostenerse que este suele ser de mera aceptabilidad.

b) *La necesidad de la medida restrictiva*. La jurisprudencia de la Corte ha formulado con claridad esta segunda dimensión de la proporcionalidad, la cual consiste en que las limitaciones a algún derecho previstas en la ley “sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”¹⁴⁹. Además, aquella ha tenido oportunidad de hacer valer esa exigencia en varios casos. Sin embargo, en ocasiones no la ha diferenciado conceptualmente de la proporcionalidad en sentido estricto¹⁵⁰. También ha sucedido que, después de analizar la licitud de la finalidad perseguida y la idoneidad de la intervención estatal para alcanzarla, la Corte alude a la evaluación de la necesidad de la medida, noción bajo la cual despliega un examen sobre la “necesidad en una sociedad democrática” que termina comprendiendo a la estricta necesidad y

¹⁴⁷ Ídem, párrs. 260 y ss.; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, op. cit., párr. 228.

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, op. cit., párr. 231.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, op. cit., párr. 93.

¹⁵⁰ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos Del Campo vs. Perú*, op. cit., párrs. 130-132; caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, op. cit., párrs. 119-130; caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, op. cit., párrs. 69-75.

a la proporcionalidad en sentido estricto, pese a que la idoneidad conceptualmente es también parte del mismo¹⁵¹.

En el caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala* la Corte enunció dicha categoría de manera equívoca, asociando la necesidad de la medida con la adopción de aquella que resulte “la más acorde” con el logro de la finalidad legislativa, esto es, la de salvaguardar el interés superior del niño o niña. La necesidad supone una comparación entre medidas igualmente idóneas o útiles respecto de la consecución del objetivo legislativo, dirigida no a escoger la mejor, sino la que afecte en menor grado el derecho sometido a restricción. En una situación determinada el poder público puede estar jurídicamente obligado a escoger la medida que tenga mayor eficacia en la protección de un bien jurídico, pero esto vendría demandado no por el subprincipio de necesidad, sino por otro requerimiento normativo o por la proporcionalidad en sentido estricto. Sin perjuicio de lo observado, la conclusión a que se llegó en el caso citado al aplicar la exigencia de necesidad fue acertada, ya que existían soluciones alternativas al internamiento que sufrió la víctima, las cuales no fueron tomadas en cuenta. Las decisiones judiciales correspondientes no ofrecieron una motivación sobre las razones para ordenar el internamiento o acogimiento residencial pese a estar al alcance otras medidas menos severas.

Ello dio oportunidad a la Corte para establecer que la necesidad de la medida restrictiva resulta vulnerada no solo cuando ella misma comprueba que había una alternativa más benigna e igualmente idónea respecto del propósito legislativo, sino también cuando las autoridades ni siquiera evaluaron si esas alternativas existían. Es decir, la pasividad de los órganos nacionales en la identificación de posibles alternativas más favorables al disfrute del derecho, o la omisión del Estado en demostrar en el proceso ante el sistema interamericano que intentó hallarlas, pueden comportar por sí mismas una inobservancia de esta vertiente de la proporcionalidad¹⁵². Ello es así al menos en circunstancias en las que esté involucrado el interés superior señalado y en otras similares, con el trasfondo especial de que en materia de niños y niñas el Estado debe no solo considerar sino incluso poner a disposición de ellos alternativas al acogimiento residencial u otra forma de internamiento, dado que estos solo son admisibles como último recurso, porque suponen una privación de la libertad.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 54-75.

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 349: “[...] el Estado no demostró que el internamiento de Osmín Tobar Ramírez en un centro de acogimiento residencial fuera decidido tras descartar otras modalidades de cuidado alternativo que pudieran haber sido idóneas para el caso concreto o necesario para garantizar su interés superior; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 93; caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 122.

Con fundamento en esa y en otras sentencias, relativas a la privación del derecho a la educación de niños o niñas o a la adopción de privaciones preventivas de la libertad¹⁵³, cabe sostener que, en general, en relación con restricciones severas de derechos humanos, los órganos nacionales encargados de la aplicación de las medidas correspondientes están obligados a examinar, aun cuando no haya sido planteado por las partes, si hay medidas alternativas que sean de eficacia equivalente para lograr el fin de la ley y de menor intensidad, lo cual debe reflejarse en la motivación de las decisiones respectivas y ha de ser luego acreditado por el Estado ante la Corte. Debe producirse, además, cuando se trate de medidas preventivas o provisionales u otras equiparables, la revisión periódica de su licitud, también desde el ángulo de la necesidad.

Un asunto que conviene aclarar es que la estricta necesidad no comprende una comparación abierta de la regulación escogida por el legislador con otras opciones normativas eventualmente menos restrictivas del derecho afectado, sin considerar su igual aptitud para la consecución del fin perseguido por el legislador. De allí que en el caso *Castañeda Gutman vs. México* lo pertinente, al examinar la estricta necesidad, no era contrastar el sistema de candidaturas independientes con el de postulaciones reservadas a partidos políticos, con el objeto de determinar genéricamente si el primero era *per se* más ventajoso que el segundo para el ejercicio de los derechos políticos, como hizo la Corte, sino tener en cuenta posibles regulaciones alternativas que, siendo menos gravosas que la de nominación exclusiva por partidos, permitieran cumplir de manera equivalente la finalidad legislativa de organizar procesos electorales “en condiciones de igualdad y de manera eficaz”, en el contexto especial mexicano examinado en la sentencia¹⁵⁴. En otras palabras, una vez que la finalidad legislativa ha sido precisada y declarada legítima, es en relación con ella como puede desarrollarse una comparación entre la medida adoptada por el legislador para alcanzarla y las alternativas disponibles.

¹⁵³ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 274; caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, sent. de 1º diciembre 2016. Serie C núm. 330, párrs. 141 y 147, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 193: “[...] La Corte considera que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones”.

Por otra parte, el escalón metodológico de la estricta necesidad no es el indicado para establecer si la restricción fijada por la ley y aplicada en un caso particular resulta en sí misma excesiva respecto del objetivo legislativo, por haberse acudido por ejemplo al Derecho Penal sin justificación, sin que se haya identificado una medida alternativa de menor gravedad e igual idoneidad¹⁵⁵. En estos supuestos, de sanciones severas pero que pueden ser bastante efectivas para satisfacer la finalidad legislativa, es posible que la restricción supere la prueba de la estricta necesidad, pero fracase en la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto.

c) *La proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva*. Veremos a continuación sus características más salientes.

a') *Proporcionalidad y ponderación*. Como sabemos, este tercer escalón de la proporcionalidad completa el análisis de licitud. Según se colige de la opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la proporcionalidad implica evaluar si la restricción sufrida por el derecho se justifica en virtud de intereses contrapuestos que por su importancia tengan preponderancia. La evolución de la jurisprudencia de la Corte ha llevado a puntualizar que esa ponderación no se realiza meramente en abstracto, sino a la luz de las circunstancias del caso y calibrando el impacto de la regulación dictada sobre los bienes jurídicos en conflicto. De allí que para efectuarla: “se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro”¹⁵⁶.

La proporcionalidad ha sido ampliamente aplicada en el campo de las medidas cautelares adoptadas en el marco de procesos penales y, especialmente, respecto de la prisión preventiva. Tempranamente la Corte acudió al principio de proporcionalidad para medir la licitud de la prolongación de la privación preventiva de la libertad del imputado, dado que tanto el derecho a la libertad personal como la presunción de inocencia demandan circunscribir la detención del procesado a lo indispensable, siendo la proporcionalidad la herramienta conceptual que permite articular racionalmente las relaciones entre las finalidades legítimas a las que esta medida cautelar puede responder y los derechos del acusado. La proporcionalidad en sentido estricto ha sido de importancia fundamental para examinar la justificación de la prisión preventiva, atendiendo

¹⁵⁵ *Vid.*, sin embargo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 72-80.

¹⁵⁶ *Ídem*, párr. 84. Tal como se había declarado en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (*op. cit.*, párr. 93) y se reiteraría en el caso *Kimel vs. Argentina* (*op. cit.*, párr. 83), de acuerdo con esta dimensión de la proporcionalidad se requiere que “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”.

a las razones procesales de asegurar el cumplimiento de una eventual condena privativa de la libertad ante un peligro cierto de fuga, o de evitar la obstaculización en la instrucción del procedimiento. También ha conducido a que se exija evaluar periódicamente si tales razones subsisten o si el transcurso del tiempo u otras circunstancias determinan que la privación preventiva de la libertad resulta excesiva¹⁵⁷. La privación provisional de la libertad de un procesado que sea injustificada, por desconocer la proporcionalidad, implica una anticipación de la pena¹⁵⁸. En este recorrido jurisprudencial ha sido también relevante el requisito de estricta necesidad, ya analizado.

En esta materia la proporcionalidad se fue abriendo camino de la mano de la prohibición de las privaciones arbitrarias de la libertad (art. 7.3 de la Convención)¹⁵⁹, de modo que lo proporcional fue asumido por la Corte como lo opuesto a lo arbitrario. En este mismo ámbito surgió la exigencia de motivación de las decisiones judiciales que ordenan o mantienen la prisión preventiva, considerada un elemento formal necesario para verificar si la proporcionalidad había sido tenida en cuenta por el juzgador y si este había dado el peso debido a los derechos en juego. La falta de motivación de tales decisiones es, por eso, una manifestación de arbitrariedad¹⁶⁰. Los supuestos en que la legislación impone como obligatoria la prisión preventiva, en relación con la persecución de ciertos delitos, han sido censurados precisamente porque impiden hacer valer la proporcionalidad en las situaciones concretas objeto del proceso y de manera individualizada¹⁶¹. La proporcionalidad también rige y ha sido empleada, aunque no con igual frecuencia, en el control de licitud de la imposición de sanciones penales¹⁶². Esta invocación recurrente del principio de proporcionalidad ha impactado sobre otras modalidades de privación de la libertad personal, tal como ha ocurrido respecto de las adoptadas en procedimientos de control migratorio, que tampoco pueden ser automáticas ni punitivas¹⁶³. La proporcionalidad permite excluir la validez tanto de medidas restrictivas que carezcan en sí mismas de justificación como la de aquellas

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 136.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ídem*, párr. 119.

¹⁶⁰ *Ídem*, párr. 120.

¹⁶¹ Corte Interamericana, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 76 ss.

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) y otros vs. Chile*, sent. de 29 mayo 2014. Serie C núm. 279, párr. 374, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf; caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 87.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, *op. cit.*, párrs. 112 y ss.

que sean objetables por el exceso en que se incurre al aplicarlas. Así, puede haber situaciones en las que la imposición de una sanción de carácter penal relacionada con la emisión de expresiones que afecten la reputación de una persona, que esta estime injuriosas, o la adopción de una medida de privación preventiva de la libertad en el proceso penal, sean arbitrarias en sí mismas, en virtud de una ponderación, mientras que en otros supuestos el problema jurídico radica no en que una u otra hayan sido dictadas sino en su magnitud o duración.

b') *Proporcionalidad y resolución de posibles colisiones*. Otra esfera de aplicación de la proporcionalidad ha sido la de la libertad de expresión y la resolución de los conflictos surgidos entre esta y otros bienes jurídicos convencionales, especialmente el derecho a la honra o al honor. Esto conduce a abordar el papel de la proporcionalidad en sentido estricto en el tratamiento de las colisiones entre derechos humanos por la Corte Interamericana. La presencia de la idea de la proporcionalidad en su jurisprudencia ha propiciado que tales colisiones sean examinadas preferentemente en concreto, es decir, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso conocido, ya que ese principio, en su conceptualización y desarrollo doctrinal y comparado, elude la apreciación puramente abstracta de bienes o derechos y es especialmente sensible a los hechos y contextos. Lo dijo claramente la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina*, al subrayar que, de presentarse un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, “[...] la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias”¹⁶⁴, y ha ratificado esta postura en otras situaciones¹⁶⁵.

No faltan en la jurisprudencia de la Corte aseveraciones que podrían abonar la pretensión de jerarquizar los derechos o de definir por adelantado la prevalencia de algunos de ellos sobre los demás en caso de conflictos. Ella ha establecido, por ejemplo, que los derechos políticos, junto con la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, tienen una “importancia esencial dentro del sistema interamericano al estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático”¹⁶⁶. En relación con los derechos políticos ha añadido que esta singular significación resulta confirmada por el artículo 27 de la Convención, que prohíbe su sus-

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 374-386.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*, sent. de 26 septiembre 2018. Serie C núm. 361, párr. 61, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_361_esp.pdf.

pensión durante estados de emergencia¹⁶⁷, y ha enfatizado que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo”¹⁶⁸. Entre los derechos políticos se ha incluido “el derecho de defender la democracia”, que debe tener “la máxima protección posible”¹⁶⁹.

Sin embargo, ello no ha implicado que la Corte haya realizado una tal jerarquización ni tampoco que haya resuelto colisiones entre esos derechos y otros derechos humanos partiendo simplemente de su mayor esencialidad o importancia. Lo cierto es que todos los derechos humanos, como cada uno de ellos en particular, son un fin en sí mismos. No tendría sentido distinguir a esos efectos entre derechos que serían un fin en sí mismo y otros que serían solo medios para lograr ciertos fines o derechos meramente instrumentales. Puede afirmarse que todo derecho humano es en sí mismo un bien merecedor de protección jurídica, sin perjuicio de que sirva a la vez para lograr otros objetivos. Por lo demás, la invocación del artículo 27 de la Convención con el propósito antes señalado es inconsistente, ya que algunos de esos otros derechos que serían supuestamente muy fundamentales no están excluidos de la posibilidad de la suspensión y, más allá de eso, no parece fundada la pretensión de priorizar los derechos teniendo en cuenta su incorporación dentro de los derechos no susceptibles de restricción según el artículo 27.

En relación con la libertad de expresión podría existir la tentación de dirimir posibles colisiones con el derecho al honor o el derecho a la vida privada, con fundamento en la prevalencia abstracta de la primera sobre los segundos. La insistencia de la Corte en el valor de aquella libertad como “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”¹⁷⁰, y en la dimensión tanto individual como social que posee, pudiera haber llevado a que en tales situaciones se efectuara una ponderación en abstracto de bienes, o al reconocimiento, como ha hecho la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana¹⁷¹, de una prevalencia *prima facie* de la libertad de

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sent. de 23 junio 2005. Serie C núm. 127, párr. 191, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf; caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 140.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 143; caso *Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 74.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párrs. 160 y 164.

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 70; caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, sent. de 5 febrero 2001. Serie C núm. 73, párr. 68, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

¹⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2008*, vol. III. *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, párr. 96, disponible en <http://cidh.oas.org/annualrep/2008sp/INFORME%20ANUAL%20RELE%202008.pdf>.

expresión, pero la Corte se ha resistido, con razón, a esa aproximación. La significación especial de la libertad de expresión desde la perspectiva democrática se ha traducido no en que esta adquiera una primacía *a priori* respecto del derecho al honor, sino en que la Corte preste especial atención, al dirimir colisiones, a los factores que comprometan la libre formación de la opinión pública o el debate informado y abierto en asuntos de interés público, en una sociedad democrática, y el consecuente control social o ciudadano sobre el gobierno, entre otros, con lo cual quedan a salvo tanto la relevancia convencional del derecho a la honra como la proyección democrática que tenga la libertad de expresión en el caso concreto examinado¹⁷².

La Corte ha incluido ciertamente la libertad de expresión dentro de los derechos que ha calificado de fundamentales, como los derechos políticos, entre otros, los cuales “hacen posible el juego democrático”¹⁷³, pero ha tenido oportunidad de puntualizar que tanto la libertad de expresión como el derecho al honor “[...]derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia”¹⁷⁴ y que tanto aquella como el derecho a la vida privada “son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática”¹⁷⁵. Otra de las sentencias en las que se realiza un examen detallado de la proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se evita dirimir en abstracto la colisión entre la libertad de expresión y el (eventual) derecho al honor o a la reputación, fue la dictada en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Entonces afirmó la Corte que “es de gran importancia que se satisfaga el derecho al honor o a la reputación respecto de quien ha sido injuriado, particularmente si se trata de una imputación de

¹⁷² Al fundamentar esta visión en el caso *Kimel vs. Argentina* (*op. cit.*, párr. 78, nota 57), la Corte acudió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estos términos: “En el Caso Mamere la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que «si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos». La versión original en inglés es la siguiente: «the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials». Cfr. *Mamère v. France*, núm. 12697/03, § 27, ECHR 2006”.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 140: “Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51; caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 127.

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fonvecchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 50.

un delito grave con respecto a un individuo. Sin embargo, la satisfacción de dicho bien no necesariamente justifica la restricción del derecho a la libertad de expresión en todo caso”¹⁷⁶. En ese caso fue declarada la violación de la libertad de expresión, entre otras razones por la falta de proporcionalidad de la respuesta estatal, asociada a la relevancia pública y naturaleza de las afirmaciones del señor Usón Ramírez¹⁷⁷. De esta manera se llevó a cabo la ponderación de forma certera, sin perjuicio de la objeción que merece que la Corte no haya rechazado categóricamente la invocación de un pretendido derecho a la reputación de instituciones del Estado como límite a la libertad de expresión¹⁷⁸.

Cuando se considera la tensión o contraposición entre derechos, ha de buscarse “la razonable conciliación de las exigencias de tutela”¹⁷⁹ de cada uno. Por eso, la Corte ha aludido a la necesidad de procurar la coexistencia “armoniosa”¹⁸⁰ entre los derechos humanos y de llevar a cabo un “proceso de armonización”¹⁸¹ entre ellos, así como de “promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna”¹⁸². La armonización sería una tarea que corresponde al legislador, responsable principal de velar porque el ejercicio de cada derecho humano se haga respetando los demás derechos de igual carácter, lo cual comprende la aprobación de normas que contemplen límites al despliegue de los derechos, cuando lo autoriza la Convención, que tengan en cuenta lo exigido por otros derechos.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 82.

¹⁷⁷ Ídem, párrs. 76 y ss.

¹⁷⁸ La sentencia analiza una eventual colisión entre la libertad de expresión del señor Usón Ramírez y el derecho a la reputación de la Fuerza Armada Nacional, aunque advierte que con ello no pretende sostener que esa u otras instituciones públicas sean titulares de tal derecho, dado que los derechos consagrados en la Convención corresponderían solo a personas naturales. No obstante, la Corte ha debido desechar de plano la invocación de un derecho al honor o a la reputación de la institución militar o de otro organismo estatal como límite a la libertad de expresión, con lo cual la supuesta colisión examinada por la Corte no se hubiera planteado. Por más que la legislación interna confiriera a la Fuerza Armada Nacional protección penal para resguardar su reputación, el art. 13.2 de la Convención no contiene una cláusula abierta de restricciones, sino que especifica los bienes jurídicos que pueden fundamentar la limitación de la libertad de expresión, entre los cuales está ciertamente el derecho a la reputación, cuya titularidad no puede sin embargo recaer sobre entidades estatales, al margen incluso de la discusión acerca de la posible titularidad de derechos humanos por personas jurídico-privadas.

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 77.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 127.

¹⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 50; caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 127.

¹⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 50; caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 139.

Mientras que la apelación al equilibrio se formula más en el contexto de las colisiones concretas, de manera que ningún derecho sea ignorado o menospreciado al resolverlas. El equilibrio ha de entenderse referido, pues, no a que en la solución del caso deba reconocerse la primacía o prevalencia de los dos derechos en conflicto, lo cual es imposible, sino a que ambos deben haber sido considerados en toda su significación y peso, según las circunstancias concurrentes. En esta materia las decisiones de los tribunales nacionales deben reflejar que han sido sopesadas las diversas implicaciones de los derechos enfrentados, atendiendo al contexto específico¹⁸³. Lo dicho no significa que sea imposible o ilícito valorar el peso abstracto de los derechos, sino que esta valoración está supeditada a la situación particular en que la colisión se presenta y a sus pormenores.

Para ilustrar esta ponderación circunstanciada entre derechos bien vale la pena mencionar la jurisprudencia relativa al derecho a la propiedad comunitaria o comunal de los pueblos indígenas y a sus posibles conflictos con el derecho a la propiedad privada individual. La Corte ha reconocido la significación de los derechos territoriales de los pueblos o comunidades indígenas, los cuales abarcan aspectos referidos a la preservación del hábitat como condición para el desarrollo de su cultura y formas de vida, así como a la protección de sus costumbres y tradiciones, lenguas, ritos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y, en definitiva, de su identidad cultural. Su estrecha relación con sus tierras ancestrales se vincula sensiblemente con su subsistencia como pueblos o comunidades y con la cosmovisión o religiosidad que profesan. Con todo, no siempre prevalece el derecho de los pueblos o comunidades indígenas a reivindicar sus tierras ancestrales sobre el derecho a la propiedad individual, sino que la solución a las correspondientes colisiones ha de buscarse de acuerdo con las características de la situación examinada. Como ha sostenido la Corte, esa consideración a la especial conexión de tales pueblos o comunidades con sus tierras ancestrales “no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros”¹⁸⁴. Si resulta imposible la devolución de las tierras y recursos tradicionales, debe acudir a medidas de compensación acordadas con los propios pueblos o comunidades. Al mismo tiempo, la productividad de las tierras ancestrales que se encuentren en manos privadas no basta para estimar inviable la devolución¹⁸⁵. Cuando la colisión se plantea

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fonvecchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 66.

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sent. de 17 junio 2005. Serie C núm. 125, párr. 149, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

¹⁸⁵ *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sent. de 24 agosto 2010. Serie C núm. 214, párrs. 149 y 182, disponible

en lo concerniente a la explotación de recursos que se hallan en tierras ya en posesión de esos pueblos o comunidades, el probable impacto sobre recursos naturales de actividades que fueren realizadas en esas tierras, bajo concesiones estatales u otras figuras similares, según lo dispuesto en la ley, no excluye por sí solo la licitud de la concesión, dejando a salvo los casos en que “la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”¹⁸⁶. En suma, también en este ámbito la Corte, sin perjuicio del reconocimiento que pueda hacer de la trascendencia general, colectiva o comunitaria del ejercicio de determinado derecho, se mantiene apegada a una apreciación concreta de las circunstancias en que se suscita un posible conflicto de derechos y observa las exigencias dimanantes de cada uno.

Algo que distingue el examen de proporcionalidad llevado a cabo por la Corte Interamericana es que tiene especialmente en cuenta la repercusión general o social de la medida restrictiva, así como sus consecuencias sobre el propio afectado, actuales y futuras. Es decir, al momento de ponderar la severidad de la intervención en un derecho se considera no solo su intensidad en la situación individual analizada, sino también sus implicaciones para el ejercicio o disfrute del derecho en el porvenir, si una restricción como la adoptada conserva vigencia. Típicamente lo ha hecho en la resolución de colisiones vinculadas con la libertad de expresión y el derecho a la información, pero ello puede extenderse a otros derechos. La clave para el desarrollo de este control de la Corte se encuentra en la cláusula de la sociedad democrática y en la significación que a partir de ella se ha conferido al marco político-institucional en que han de garantizarse los derechos humanos. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión y otros derechos que la Corte estima directamente ligados al proceso democrático han recibido una atención singular. Así, tanto el castigo judicial como la agresión impune de periodistas, líderes políticos, en general, o representantes de pueblos indígenas, en particular, pueden generar un efecto inhibitorio o intimidante que incida negativamente sobre la circulación de ideas e informaciones, la expresión de opiniones o la organización de protestas ligadas a la defensa de ciertas causas y, a la postre, sobre el control social respecto de la gestión de las autoridades, el debate acerca de temas de interés público y la participación política¹⁸⁷. Todo esto debilita la garantía de la li-

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf. En este caso la Corte subrayó que era insuficiente una “visión meramente «productiva» de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas.

¹⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 128.

¹⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 133; caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 376; caso *Vélez Restrepo y*

bertad de expresión y otros derechos conexos y puede crear “un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”¹⁸⁸.

c’) *Intensidad del escrutinio desarrollado por la Corte*. Un asunto poco tratado en el estudio del sistema interamericano, pero que posee una particular importancia en el examen de la licitud de las restricciones legislativas en los derechos, es el de la intensidad o profundidad del control desplegado por la Corte Interamericana. Esta es una materia que ostenta relevancia no solo en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, sino respecto de los demás componentes de la proporcionalidad e incluso de las condiciones formales para una restricción. No obstante, se aborda aquí por la significación que adquiere en este tercer escalón de la proporcionalidad, sin perjuicio de su proyección sobre la idoneidad y la estricta necesidad y de lo ya dicho al respecto.

El control ejercido por la Corte sobre las restricciones o injerencias en derechos humanos podría teóricamente ser de aceptabilidad o plausibilidad o llegar a configurarse como un escrutinio bastante riguroso, compuesto de criterios estrictos que deberían ser colmados para que la medida adoptada fuera considerada lícita. La posición de la Corte Interamericana en este ámbito no ha sido clara y no es fácil determinar si se asume la idea de ejercer dos niveles de escrutinio, junto a posibles fórmulas intermedias. Bajo la influencia de la opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la jurisprudencia interamericana tiende a enunciar casi siempre un estándar estricto, pues, tal como entonces se sostuvo citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para restringir la libertad de expresión ha de existir una “necesidad social imperiosa”¹⁸⁹, o un interés público imperativo. De allí que la Corte añadiera que “Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno”¹⁹⁰. La ley debe ser necesaria para alcanzar ese interés público imperativo.

La alusión al interés público imperativo se corresponde con la doctrina jurisprudencial del estricto escrutinio desplegado por la Suprema Corte estadounidense al examinar la constitucionalidad de determinadas limitaciones a la libertad de expresión y a otros derechos. En los años sesenta del siglo pasado terminó de forjarse, por esa Suprema Corte, este especial test de revisión judicial de la constitucionalidad, según el cual ciertas injerencias en determina-

familiares vs. Colombia, sent. de 3 septiembre 2012. Serie C núm. 248, párr. 212, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf.

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 116; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 140.

¹⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *The Sunday Times vs. United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 59.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 46.

dos derechos constitucionales solo son aceptables si son realmente necesarias para resguardar un interés gubernamental o público imperativo (*compelling governmental interest*), y si están estricta y directamente destinadas al logro de esta finalidad, debiendo el gobierno o poder público evidenciar que no disponía de alternativas efectivas y menos gravosas. Entre los supuestos de aplicación de este test se encuentran los casos de posible discriminación en razón de la raza u otra de las categorías sospechosas; de regulación de la expresión atendiendo al contenido del mensaje; de restricciones en el ejercicio de derechos calificados de fundamentales en el marco de las cláusulas constitucionales del debido proceso o de la igual protección; así como de limitaciones que afectan seriamente la libertad de asociación o que se adoptan tomando particularmente en consideración las orientaciones o creencias religiosas profesadas¹⁹¹. En cambio, las demás controversias sobre derechos suscitadas en el control judicial de constitucionalidad suelen ser tratadas bajo el estándar de la base racional (*rational basis review*) para la regulación restrictiva, en la cual basta que la ley y las cargas que imponga a los ciudadanos tengan una relación racional con un propósito gubernamental legítimo, esto es, que puedan calificarse mínimamente de racionales para lograr dicho propósito, sin que sea preciso desarrollar el análisis de inexistencia de alternativas menos incisivas y reconociéndose al legislador una amplia deferencia. Se ha identificado igualmente un estándar intermedio y se han ensayado subdivisiones dentro de esta clasificación general¹⁹².

La repercusión de esta doctrina sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta palpable. En la citada opinión consultiva equiparó la noción de necesidad social imperiosa, acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹³, con la de interés público imperativo, expresión coincidente con la entonces consolidada en la jurisprudencia estadounidense, y en su jurisprudencia posterior dicha Corte acude a ambos conceptos, por lo general indistintamente. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que en materia de libertad de expresión no era suficiente que la ley limitativa fuera

¹⁹¹ RICHARD FALLON, *The Nature of Constitutional Rights. The invention and logic of strict judicial scrutiny*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, págs. 13 y ss.

¹⁹² *Ibídem*; RANDALL KELSO, “Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The «Base Plus Six» Model and Modern Supreme Court Practice”, en *Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2002, págs. 225 y ss.

¹⁹³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se expresó en estos términos en el caso *The Sunday Times v. The United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 59, citado por la Corte Interamericana: “El Tribunal hace notar que si el adjetivo «necesaria» en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de «indispensable», tampoco tiene la flexibilidad de términos tales como «admisible», «normal», «útil», «razonable» u «oportuno» e implica la existencia de una «necesidad social imperiosa»; así se había establecido ya en el caso *Handyside v. The United Kingdom*, sent. de 7 diciembre 1976. Serie A núm. 24, párr. 48.

admisible, normal, útil, razonable u oportuna¹⁹⁴ se estaba basando en la propia formulación del articulado del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 10, como también sus artículos 8, 9 y 11, claramente prescribe que los condicionamientos o limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser medidas “necesarias, en una sociedad democrática” para lograr los fines que allí se contemplan (art. 10.2)¹⁹⁵. El artículo 13 de la Convención Americana no contiene una cláusula similar pero, como ya se explicó, los artículos 29 y 32 de esta Convención han permitido considerar que ello está implícito en el artículo 13, el cual señala que las responsabilidades ulteriores ligadas al ejercicio (abusivo) de la libertad de expresión deben ser “necesarias” para alcanzar los objetivos que el artículo 13.2 menciona. Ello llevó, pues, a la Corte a adoptar el estándar enunciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue adicionalmente conectado con la expresión proveniente de la doctrina jurisprudencial estadounidense esbozada, la cual pudo haber influido a su vez en la definición de aquel.

Sin embargo, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni la Corte Interamericana han mantenido una postura sistemática o uniforme en relación con los estándares aplicables¹⁹⁶. En lo que concierne a la Corte Interamericana, esta se inclina a exigir un interés público imperativo o una necesidad social imperiosa cuando se pretende restringir determinados derechos, como la libertad de expresión y el derecho a la información, incluyendo el derecho a la información pública, los derechos políticos y, *mutatis mutandis*, el derecho a la igualdad y a la no discriminación¹⁹⁷. No obstante, de allí no se sigue que siem-

¹⁹⁴ Caso *Handyside v. The United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 48.

¹⁹⁵ El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo “necesario” en el sentido del art. 10.2 no es sinónimo de “indispensable” (comparar en los arts. 2.2 y 6.1 las palabras “absolutamente necesario” y “estrictamente necesario” y en el art. 15.1 la frase “en la estricta medida en que la situación lo exija”), no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como “admisible”, “normal” (comparar el art. 4.3), “útil” (comparar la primera línea del art. 1.1 del Protocolo), “razonable” (comparar los arts. 5.3 y 6.1) u «oportuno»; caso *Handyside v. The United Kingdom*, párr. 48.

¹⁹⁶ En relación con el sistema europeo *vid.* STEVEN GREER, “«Balancing» and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 2, págs. 412-434. Aunque pueden identificarse algunas orientaciones. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, a partir de la diversa formulación de las correspondientes disposiciones, que el art. 3 del Protocolo 1 al Convenio, referido al derecho a elecciones libres, no queda sujeto al test de la necesidad social imperiosa que rige para los derechos reconocidos en los arts. 8 a 11 del Convenio, sino a uno basado solamente en apreciar si ha existido arbitrariedad o ausencia de proporcionalidad, y si la restricción ha interferido con la libre manifestación de la opinión del pueblo; Caso *Ždanoka v. Latvia*, sent. de 16 marzo 2006, párr. 115. En dicho sistema, los estándares de control dependen del alcance reconocido al margen de apreciación del Estado: ALEXANDER DÄBLER, *Der Margin of Appreciation und die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft*, Hamburg, VDK, 2017, págs. 102 y ss.

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”)* vs. *Brasil*, sent. de 24 noviembre 2010. Serie C núm. 219, párr. 229, disponible

pre se aplique un escrutinio más estricto en relación con estos derechos. Esta clase de escrutinio se utiliza ciertamente cada vez que la diferencia de trato examinada se apoye en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, que han sido objeto de una amplia interpretación por parte de la Corte. En estos supuestos, invóquese o no expresamente aquel estándar¹⁹⁸, se “invierte”¹⁹⁹ la carga de la prueba o de la demostración, que recae automática y completamente sobre el Estado, de modo que este debe acreditar que “su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”²⁰⁰. Además, “la eventual restricción de un derecho, con base en cualquiera de las categorías del artículo 1.1 de la Convención, exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso con razones sustentadas en una argumentación exhaustiva”²⁰¹.

En materia de libertad de expresión y de derechos políticos, la Corte requiere normalmente que exista un interés público imperativo o una necesidad social imperiosa para que se justifique una limitación del derecho²⁰². En ocasiones no ha invocado estos conceptos, pese a lo cual ha desplegado igualmente el estándar habitual de revisión²⁰³, mientras que en el caso *Mémoli vs. Argentina* no los adujo y realizó una revisión más bien blanda o de mera racionalidad²⁰⁴. Pero la orientación general de la jurisprudencia consiste en condicionar las limitaciones a la libertad de expresión a la existencia de una necesidad o interés de aquella índole. Ello estaría en consonancia con las afirmaciones de la jurisprudencia según las cuales ciertos derechos humanos, en particular los derechos políticos, serían “de importancia fundamental dentro del sistema interamericano”²⁰⁵. La Corte ha subrayado asimismo la relación existente entre estos

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf; caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sent. de 19 septiembre 2006. Serie C núm. 151, párr. 91, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

¹⁹⁸ No se mencionó expresamente, por ejemplo, en el caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala* (*op. cit.*, párrs. 278-304), aunque fue empleado en toda regla.

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 228.

²⁰⁰ *Ibídem.*

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 278.

²⁰² *Vid.*, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 54; caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 186.

²⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 145 y ss.; caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, *op. cit.*, párrs. 104 y ss.

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 140 y ss.; en ello influyó seguramente que la Corte consideró que los mensajes divulgados no eran de interés público.

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castañeda Gutman y otros vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 140.

derechos y “la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, por ser de importancia esencial dentro del sistema interamericano al estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático”²⁰⁶. Pareciera, pues, que habría un conjunto de derechos directamente relacionado con el proceso democrático, que tendría una posición preferente, lo cual se correspondería con un estándar de control más estricto. Sin embargo, no se observa que la jurisprudencia interamericana refleje de manera general o uniforme una solución de esa naturaleza. Nótese, además, que la alusión a dicha necesidad o interés singular como requisito para una restricción también ha estado presente en la jurisprudencia referida al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, con lo cual, en todo caso, el criterio determinante de la agudización del control no sería solamente el de la presencia de alguno de aquellos derechos²⁰⁷.

A menudo la necesidad social imperiosa o el interés público imperativo representan solo un enunciado genérico que se contrae finalmente a un examen ordinario de licitud de la restricción apoyado en el principio de la proporcionalidad²⁰⁸. Es más, en ocasiones la Corte, después de haber apelado retóricamente a ese interés o necesidad calificados, procura fundamentar un estándar de control riguroso con apoyo en circunstancias especiales referidas a la severidad de la injerencia en el caso particular²⁰⁹, dejando entrever que, cuando no concurren factores como estos, la exigencia indicada no pasaría de ser una formulación distinta de las posibles implicaciones de la proporcionalidad en sentido estricto, que rigen respecto de cualquier intento de restringir derechos susceptibles de limitación. Incluso en el ámbito de la libertad de expresión o de los derechos políticos la Corte ha dejado de lado en algunos casos la explícita mención de aquella fórmula y ha desarrollado un examen general de proporcionalidad, orientado, entre otros elementos, por la apreciación de la gravedad de la injerencia²¹⁰. En otras palabras, la gravedad de la intervención, y no simplemente el tipo de derecho afectado, conduce a que se lleve a cabo un escrutinio más intenso, que se proyecta en el requerimiento de una mayor idoneidad o eficacia de la medida y de un interés público o social de la máxima

²⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 61.

²⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 145.

²⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 54 y ss.

²⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 42.

²¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 51 y ss.; caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 370- 386; caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párrs. 156-186.

relevancia que justifiquen la limitación, al momento de la ponderación. Al medir esa gravedad se tiene en cuenta, ciertamente, la conexión del derecho restringido con la democracia y la especial significación que en ella ostenta, pero esto se hace atendiendo a las circunstancias específicas configuradoras de la invasión en el derecho correspondiente.

Más allá de la confusión o de las inconsistencias observadas en la jurisprudencia, puede concluirse que la Corte, bajo aquella fórmula o sin ella, lleva a cabo un escrutinio más estricto en materia del derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuando se trata de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, así como en relación con los derechos políticos, la libertad de expresión, u otros derechos afines ya mencionados, cuando la injerencia, por su alcance o contexto, repercuta negativamente en el proceso democrático. Por eso se ha sostenido que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”²¹¹, lo cual implica que cualquier intento de coartar la difusión de este tipo de mensajes es sometido a un examen muy riguroso de validez.

Un control de esa índole ha sido ejercido también respecto de los derechos de niños, niñas o adolescentes²¹² y puede ser justificado desarrollarlo en casos relacionados con personas o grupos en situación de vulnerabilidad. En algunos ámbitos referidos a dimensiones o vertientes de determinado derecho se han fijado asimismo criterios especiales que se traducen en una presunción específica que el Estado debe desvirtuar para poder imponer válidamente una restricción²¹³, lo cual presupone un estándar estricto en la revisión de la justificación de la injerencia. De manera general puede sostenerse que esta clase de revisión rige, o al menos debería regir, cuando se examinan restricciones severas en derechos humanos, cualesquiera que estos sean. En todos estos supuestos debería entenderse que corresponde al Estado demostrar la concurrencia de las condiciones que hacen admisible una limitación o restricción, sin perjuicio de que ello sea exigible también en otras situaciones.

Un asunto relevante desde la perspectiva de la intensidad del examen de licitud realizado por la Corte estriba en precisar si, al suscitarse colisiones entre

²¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 86; *vid.* igualmente caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 128, y caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 98.

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sent. de 14 mayo 2003. Serie C núm. 260, párrs. 142 y ss., disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf; caso *Ramirez Escobar vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 337 y ss.

²¹³ Así se ha establecido respecto del derecho de acceso a la información pública y el principio de máxima divulgación; *vid.* el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 92 y 93.

derechos, ella debe circunscribirse a verificar si las autoridades nacionales, comúnmente los órganos judiciales que hayan conocido de la controversia antes de ser sometida al sistema interamericano, llevaron a cabo una ponderación razonada y *grosso modo* aceptable de los derechos en juego, que sirviera de fundamento a la determinación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, siendo esto suficiente para declarar que la decisión al respecto adoptada es correcta a la luz de la Convención, o si le corresponde desempeñar por sí misma esa tarea. En otras palabras, se trata de contestar a la cuestión de si la Corte está facultada para hacer una ponderación propia, que eventualmente sustituya a la de los órganos nacionales. La respuesta a esta última pregunta ha de ser afirmativa, ya que la Corte en modo alguno está atada o subordinada a las apreciaciones efectuadas por las autoridades nacionales al emitir una decisión que afecte a alguno de los derechos reconocidos en la Convención. Resolver las llamadas colisiones entre derechos implica en definitiva dirimir conflictos relativos al contenido o alcance concreto o específico de los derechos, de tal modo que sostener que la Corte Interamericana depende de las ponderaciones provenientes de los tribunales internos equivaldría a decir que ella no puede cumplir sus funciones de interpretación y garantía complementaria de los derechos consagrados en la Convención.

En el caso *Mémoli vs. Argentina* la Corte rehusó ponderar directamente los derechos confrontados, porque estimó que en situaciones como la allí analizada debía limitarse a “verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, sin que resulte necesario realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”²¹⁴. Ello condujo a que considerara que las sentencias de los tribunales se basaban en “una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificaba el establecimiento de responsabilidades ulteriores”²¹⁵. Sin embargo, no explicó la Corte cuáles serían las situaciones en las que esta contención en el ejercicio de sus atribuciones convencionales debería regir, más allá de algunas afirmaciones insustanciales²¹⁶. Por otro lado, la tendencia observable en otras

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 140.

²¹⁵ Ídem, párr. 143.

²¹⁶ Así, aludió a la falta de participación de las personas cuyo honor habría sido quebrantado en el procedimiento ante la Corte, dadas sus características, de lo cual se colegiría que las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para medir el grado de afectación de cada derecho (ídem, párr. 143). Sin embargo, ello no ha impedido a la Corte efectuar ponderaciones autónomas en otros casos, ni le impide hacerlo. Por el contrario, la motivación de las decisiones de esas autoridades y eventualmente la revisión de las actas correspondientes, junto a los alegatos presentados por la Comisión y las partes en el proceso, le permiten formarse un juicio propio sobre la materia.

decisiones de la Corte permite concluir que esta normalmente no se somete al límite o barrera que una mayoría de sus miembros²¹⁷ intentó trazar en el fallo antes citado. No es objetable que la Corte tenga en cuenta la motivación de las resoluciones de los órganos nacionales y la razonabilidad de la ponderación que hayan realizado, cuando le corresponde evaluar su compatibilidad con la Convención. El carácter complementario de la protección internacional de los derechos humanos conduce a que el papel de las autoridades nacionales en la garantía de estos derechos sea muy importante, como lo es también el control ejercido por los órganos del sistema interamericano.

No hay sustento para la tesis, que ha sido sostenida bajo coordenadas conceptuales distintas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, como se verá, de que en esta materia la Corte ordinariamente ha de evitar actuar de modo autónomo o independiente. Al contrario, no puede renunciar a efectuar un análisis de este tipo respecto de la ponderación, sin perjuicio de que, cuando las particularidades del asunto lo justifiquen, se base en buena medida en lo establecido por los tribunales nacionales. En los supuestos arriba esbozados, en los que opera un estándar estricto de revisión, resulta aún más necesario dejar a salvo la autonomía o independencia de la ponderación que la Corte Interamericana debe desarrollar.

Por otra parte, interesa apuntar que la Corte no requiere que los tribunales nacionales hayan efectuado un análisis de la proporcionalidad afinado, siguiendo en estricto sentido el método frecuentemente empleado por ella misma, o apegado a las contribuciones doctrinales que versan sobre ese principio. Es suficiente con que se haya llevado a cabo “un análisis de la razonabilidad o ponderación de las limitaciones o restricciones a derechos humanos [...] La metodología, técnica argumentativa o examen particular, es menester de las autoridades internas, siempre y cuando refleje tales garantías”²¹⁸. A esto ha de sumarse la obligación de motivación que igualmente rige en esta materia.

Ello no significa que sea escasamente relevante para los tribunales nacionales atenerse al principio de proporcionalidad, con sus tres elementos, al examinar la licitud de limitaciones de derechos humanos. Al contrario, observarlo robustecerá la razonabilidad y la argumentación racional de las decisiones correspondientes y las hará más defendibles ante el sistema interamericano en caso de reclamaciones internacionales. La indicada salvedad de la Corte se contrae más bien a aclarar que el control que ejerce va dirigido no a verificar que se haya seguido una determinada metodología jurídica o

²¹⁷ Vid. el voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso *Mémoli vs. Argentina*, *op. cit.*

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 103.

ciertos cánones doctrinales, sino a corroborar que los derechos humanos no hayan sido sometidos a restricciones injustificadas.

D) *La preservación del contenido esencial de los derechos*

La categoría dogmática del contenido esencial de los derechos no ha sido explícitamente asumida por la jurisprudencia de la Corte como uno de los componentes de la revisión de la licitud de las limitaciones de derechos humanos, al menos no con carácter ordinario o sistemático. De acuerdo con lo antes afirmado, ella se ha decantado por un análisis circunstanciado o concreto de la validez de las injerencias en los derechos susceptibles de restricción, mientras que la noción de contenido esencial, en su versión dura o estricta (absoluta), consiste en un núcleo intocable definido en abstracto que nunca puede ser sometido a limitaciones o condicionamientos. Sin embargo, en algunas decisiones la Corte ha aludido a un contenido esencial de los derechos o ha contrapuesto la supresión de los derechos, prohibida por la Convención, a su limitación o restricción, que bajo ciertos presupuestos resulta admisible.

En la opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas* la Corte observó que “de ninguna manera podrían invocarse el «orden público» o el «bien común» como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención)”²¹⁹. Y en la opinión consultiva sobre *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* se advirtió que “según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella”²²⁰.

Especialmente relevante es la interpretación según la cual el artículo 29 literal a) de la Convención, cuando declara ilícita la supresión de cualquier derecho humano, prohíbe “desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Es decir, está vedada no solo la pura y simple eliminación del derecho, sino también la adopción de medidas que, sin negarlo completa o directamente, se traduzcan en la desnaturalización del derecho o en la sustracción de su contenido real. Esto abre camino a algunas de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos, anteriormente esbozadas, conforme a las cuales este resulta infringido cuando la restricción impuesta no permite seguir reconociendo al derecho afectado como un derecho de su tipo o lo comprime hasta tal punto que queda privado de sustancia. En el caso de la libertad de expresión, objeto de la primera de las citadas opiniones consultivas, esto comprende no solo ni propiamente las situaciones en que la medida estatal impide por completo el disfrute de esta

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, op. cit., párr. 67.

²²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, op. cit., párr. 14.

libertad, como ocurre con la censura previa, a lo cual alude igualmente esa opinión consultiva²²¹, sino también a aquellas en que las normas o actos dictados bajo la figura o manto de la restricción o limitación (responsabilidades ulteriores), horadan con tal profundidad el derecho que le restan el vigor que debe ostentar en una sociedad democrática. Las primeras situaciones mencionadas quedan de plano excluidas por la propia formulación o, cuando no haya contradicción literal, fuerza jurídica del derecho, mientras que las segundas presuponen un análisis centrado justamente en la apreciación del posible vaciamiento o nulificación del derecho derivado de la pretendida restricción.

En esta dirección apuntan sentencias proferidas por la Corte en algunos casos contenciosos. Así, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* declaró que “De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial”, lo cual refuerza la conclusión anterior. En igual sentido pueden citarse las decisiones emitidas en los casos *Cantos vs. Argentina*²²² y *Andrade Salmón vs. Bolivia*²²³, relativos al derecho de acceso a la justicia y al derecho de propiedad, en los cuales se cuestionó el elevado monto de una tasa judicial exigida para la interposición de una demanda y de la multa infligida por no cancelarla, y el de la fianza fijada para gozar de libertad durante un proceso penal, respectivamente. La misma idea late en fallos relacionados con el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, cuando se sostiene que las limitaciones en principio admisibles, de acuerdo con los requisitos de legalidad y proporcionalidad, nunca pueden implicar la “denegación de su subsistencia como pueblo tribal”²²⁴. De la obligación de resguardar este último reducto o

²²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párrs. 53 y ss.

²²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos vs. Argentina*, sent. de 28 noviembre 2002. Serie C núm. 97, párr. 54, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf.

²²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 114.

²²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párrs. 127 y 128: La Corte formuló primero las exigencias generales para el correspondiente control de licitud: “de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática [...]”. Y luego añadió: “[...] conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla

dimensión del artículo 21 de la Convención respecto de la propiedad comunal de esos pueblos, se derivó un conjunto de garantías dirigido a evitar que las restricciones que pretendan imponerse a su goce o ejercicio pongan en riesgo esa subsistencia²²⁵. No en todos estos casos puede sostenerse que la invocación, explícita o implícita, del contenido esencial del derecho haya sido relevante en la resolución de la controversia, pero estas decisiones parecen ir abonando el terreno a un reconocimiento y uso más amplio de esta categoría.

con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal”. Queda abierta la cuestión de si esta conclusión respecto de esa última e infranqueable barrera para una restricción no es también una consecuencia de la aplicación de la proporcionalidad.

²²⁵ Ídem, párrs. 129 y ss.; *vid.*, igualmente, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sent. de 27 junio 2012. Serie C núm. 245, párrs. 156 y ss., disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

CAPÍTULO VII

RESTRICCIÓN DE DERECHOS Y DEMOCRACIA

Uno de los propósitos de este estudio es examinar la repercusión del concepto de democracia en la determinación de la licitud de las restricciones que el Estado imponga a los derechos fundamentales. Con arreglo a la normativa internacional y a los principios constitucionales que ahora serán abordados con mayor detalle, los derechos inherentes al ser humano se ejercen dentro de un marco jurídico-político democrático, lo cual impacta sobre los derechos, al tiempo que estos irradian y en parte integran los contenidos de la democracia. En ese contexto político institucional los órganos competentes del poder público, en uso de potestades normativas, establecen restricciones a derechos fundamentales, o resuelven colisiones de acuerdo con sus facultades jurisdiccionales, para asegurar determinados bienes individuales o colectivos. La coordinación, concordancia o balance entre los derechos fundamentales o entre estos y bienes colectivos está en alguna medida determinada por los postulados del sistema democrático en el que se producen. La inserción de las restricciones a derechos en ese entorno democrático tiene además importantes consecuencias en la medición de su licitud, ya que de él se desprenden criterios que deben ser aquilatados al hacer el control respectivo. Estos no necesariamente han de ser vistos como presupuestos autónomos, separados de las condiciones generales antes mencionadas para una restricción válida pues, como se verá, con mayor propiedad es posible concebirlas como requerimientos que las fundamentan, refuerzan o complementan. Resulta en todo caso innegable que el juicio de validez sobre la limitación de un derecho fundamental puede recaer o proyectarse sobre elementos medulares de la democracia, como también que de esta dimanen exigencias de obligatoria observancia al efectuar ese control.

El esfuerzo por subrayar la significación de la democracia en la evaluación de la fundamentación para la limitación de algún derecho no pretende excluir la existencia de otros factores sistemáticos que puedan repercutir en ese proceso, pero sí responde a la consideración de bases filosófico-políticas y normativas de especial trascendencia. Importa además aclarar que el tratamiento especial de este tema no presupone la aceptación de una teoría democrática de los derechos desde la cual pretenda interpretarse el entero sistema de derechos fundamentales, hasta el punto de funcionalizarlos o supeditarlos a los

requerimientos de la democracia¹. Se rechaza, más bien, este reduccionismo, pues los derechos fundamentales tienen un sentido propio, que no depende de su vinculación con las exigencias de la democracia, a la cual muchas veces imponen barreras o condicionamientos.

En este capítulo se pondrán de manifiesto algunas relaciones filosófico-políticas y normativas existentes entre la restricción de los derechos fundamentales y la democracia, y luego se examinarán las bases de un control democrático sobre tales limitaciones, con apoyo en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos y tomando igualmente como referencia orientaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DEMOCRACIA

A) *Relaciones filosófico-políticas*

La temática de la restricción de derechos fundamentales se encuentra atada por varios ángulos con la democracia y entronca con el nexo trabado entre la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. Hoy no es posible entender la forma de gobierno democrática si esta no comprende la garantía de las libertades fundamentales de la persona, mediante los mecanismos y principios del Estado de Derecho, aunque los orígenes filosófico-políticos e históricos de esos conceptos sean distintos. No es este el lugar apropiado para explicar la génesis y formación de cada uno²; basta con apuntar que la concepción de la democracia de la cual se parta influye en la definición de los términos de la relación del Estado con los derechos humanos.

Desde una visión político-decisionista³ lo medular a la democracia es que se manifieste y realice la voluntad de la mayoría, siendo irrelevantes o secundarias las consecuencias que ello comporte para la vigencia de determinados valores o derechos. Desde una perspectiva más amplia, inclusiva de aspectos procedimentales, organizativos o axiológicos, el respeto de los derechos humanos o de algunos de ellos puede llegar a ser un componente esencial de la democracia⁴.

¹ Vid. en relación con los derechos asociados a la comunicación la advertencia de CHRISTIAN STARCK, "Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee", en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1998, t. III, pág. 23.

² Vid., entre otros, ALAIN TOURAINE, *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 35 y ss.; GIOVANNI SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, México, Tribunal Federal Electoral, 1997, págs. 201 y ss.; J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1995, págs. 348 y ss.

³ Vid. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 458 y ss.

⁴ SARTORI, "¿Qué es ...", *op. cit.*, págs. 201 y ss.; ROBERT DAHL, *La democracia*, Madrid, Grupo Santillana, 1999, pág. 97. Sobre las distintas teorías de la democracia vid. MANFRED SCHMIDT, *Demokratiethorien*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.

Son muchos los puntos de apoyo para esta segunda aproximación. Con razón se ha afirmado que “La autodeterminación del pueblo depende de la autodeterminación de los integrantes del pueblo”⁵. En otras palabras, la autonomía política no puede alcanzarse sin autonomía individual. Y los derechos humanos van dirigidos principalmente a proteger espacios de autonomía de la persona. Incluso sin llegar a asumir la interdependencia entre la autonomía política y la autonomía individual que algunos defienden, es fácil apreciar que la expresión de la voluntad política del pueblo requiere del aseguramiento de ciertas libertades, referidas tanto a la participación en procesos electorales como a la intervención en la formación de la opinión pública, a la pertenencia y actuación en organizaciones políticas, a la celebración de reuniones y manifestaciones, entre otras actividades inseparables del ciclo democrático, todo lo cual se corresponde con el ámbito protector de algunos derechos fundamentales.

Una conexión profunda entre la democracia y los derechos humanos existe cuando se entiende que la legitimación del poder estatal tiene una doble fuente: la idea democrática de la libertad y la idea de las libertades inherentes a la persona⁶. La primera se traduce en la autodeterminación política, en la negación de la obediencia a un poder estatal que no surja de la voluntad de los ciudadanos. La segunda se proyecta hacia los fines de la asociación política y los límites del poder público, pues bajo estos postulados la razón de ser del Estado es la garantía de las libertades básicas, las cuales marcan las fronteras del ejercicio lícito del gobierno. Ambas fuentes de legitimación convergen en las tesis contractualistas sobre el fundamento de la autoridad estatal, pues con apoyo en una libertad natural u originaria se erigen, por decisión de los asociados, los lazos societarios y estatales⁷.

El modo en que haya sido establecida la relación entre la democracia y los derechos humanos repercute igualmente en el tratamiento de la limitación de los derechos. Desde los postulados de una democracia de la identidad⁸, es decir, de la identidad entre gobernantes y gobernados, y de la creencia en una voluntad general que no se equivoca, se tenderá a concluir que el pueblo, en ejercicio de la soberanía, está llamado a definir las posibilidades de ejercicio de los derechos reconocidos y, al hacerlo, está reafirmando su libertad política, en la medida en que los condicionamientos que los ciudadanos deban observar

⁵ C. STARCK, “Grundrechtliche ...”, *op. cit.*, pág. 5.

⁶ *Vid.* STARCK, “Grundrechtliche ...”, *op. cit.*, págs. 4 y ss.

⁷ Sobre la doble vertiente, individual y colectiva, de la autodeterminación como fuente de legitimación del poder público *vid.* CHRISTOPH MÖLLERS, *Die drei Gewalten*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft Verlag, 2008, págs. 57 y ss.

⁸ *Vid.* BÖCKENFÖRDE, “Demokratische Willensbildung und Repräsentation” en J. ISENSEE /P. KIRCHHOF, *op. cit.*, t. III, págs. 31 y ss; MARTIN KRIELE, “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter, 1971, págs. 53 y ss.

al actuar habrán sido fijados por ellos mismos. Este libre despliegue de la voluntad popular puede, no obstante, implicar el sacrificio o negación de esos derechos. En cambio, cuando se enfatiza la necesidad de proteger la dignidad de la persona y las libertades que de ella resultan, incluso sin abandonar la idea de la autonomía política reflejada en la autolimitación por la ciudadanía de la esfera de disfrute lícito de las libertades, los derechos fundamentales se sitúan en un primer plano, como pilares de la convivencia sociopolítica que no pueden ser removidos sin afectar la entera estructura estatal. Una fórmula armonizadora entre las exigencias de realización de la voluntad popular y del respeto y garantía de ciertos derechos básicos, asumidos como precondiciones del proceso democrático, se encuentra en la democracia constitucional⁹.

Esa idea de la autolegislación por el pueblo como forma de autogobierno, que con significación variable es central en muchas concepciones sobre la democracia¹⁰, permite apreciar la imbricación entre esta última y la posibilidad de la restricción de derechos fundamentales. El rechazo a la determinación por un tercero extraño a la legitimación democrática, superpuesto a los miembros de la sociedad o al órgano representativo en que debe construirse la decisión colectiva, de los linderos del campo lícito de acción de cada persona, es expresión de la libertad política que la democracia presupone. En uso de tal libertad puede ordenarse la convivencia humana y es admisible colocar barreras al despliegue de los derechos individuales.

El papel modernamente atribuido a la ley en la limitación de derechos fundamentales no podría ser entendido sin esos antecedentes. El legicentrismo que caracterizó el pensamiento inspirador de la Revolución francesa, con las consecuencias que tuvo para el desarrollo del Estado y del Derecho en Francia y en buena parte del mundo occidental, gravitaba sobre la fe en la voluntad general roussoniana, que encontró temprana plasmación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la reserva a la ley de toda limitación a los derechos allí reconocidos¹¹.

La sustentación del poder estatal en la soberanía nacional¹², como un primer paso hacia la democratización, trascendió de esta forma al plano de la legisación, único en el que era aceptable la fijación de límites a los derechos proclamados, con lo cual quedaba germinalmente anunciado un postulado básico para el tratamiento del tema que nos ocupa: solo son lícitas aquellas

⁹ PEDRO SALAZAR UGARTE, *La democracia constitucional*, México, FCE/UNAM, 2006.

¹⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 76 y ss.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua ..., op. cit.*, págs. 77 y ss.

¹² Vid. BREWER-CARIAS, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, págs. 186 y ss.

restricciones a derechos fundamentales que merezcan el calificativo de democráticas. Democráticas ante todo por originarse en un órgano representativo de la voluntad general, lo cual, sin embargo, no es suficiente para la garantía de tales derechos y de la propia democracia. La evolución de la noción de reserva legal en el siglo XIX europeo¹³ es demostrativa de la posibilidad de que la ley deje de ser un custodio de los derechos para erigirse en su dueña, al considerarse que a ella corresponde configurar el contenido de los mismos, sin limitaciones efectivas, en virtud de la fuerza justificadora de la decisión mayoritaria. El siglo XX enseñaría que esta formalización y por lo tanto reducción del sentido original de la reserva legal representaba un riesgo no solo para las libertades fundamentales sino también para la idea democrática de la libertad, lo cual se hizo patente en regímenes totalitarios surgidos del socavamiento de la institucionalidad democrática.

La base legal de las restricciones a los derechos fundamentales es un requerimiento asociado a la democracia, no un cauce para el vaciamiento formal y sustancial de esta forma de gobierno, lo que exige no solo el origen popular de dichas restricciones, sino también un procedimiento deliberativo de formación de la decisión plasmada en la ley, con garantías de pluralismo y de igualdad política, lo cual excluye normas o medidas contrarias al cabal funcionamiento de ese sistema o que pongan en peligro los principios que lo soportan. El alcance concreto de estas fronteras democráticas de cualquier limitación de derechos fundamentales se explicará después de esbozar las bases normativas de la inclusión de elementos democráticos en la medición de la licitud de las restricciones a derechos fundamentales.

B) *Relaciones normativas*

La reflexión sobre la incidencia del contexto democrático de las restricciones a los derechos fundamentales en la evaluación de la licitud de estas últimas responde no solo a una imbricación teórica, sino viene determinada por principios o mandatos normativos. Estos tienen un doble origen: interno e internacional.

a) *De carácter constitucional.* La afirmación de la soberanía popular en las Constituciones democráticas y la plasmación específica que recibe en cada ordenamiento suelen englobarse bajo la categoría del principio democrático. Este principio alude no solo a esa fuente de la legitimación del poder público, la soberanía popular, sino también a la manera de preservar y actualizar esa legitimación y de traducirla en ejercicio de poder público y en control sobre los gobernantes. Quedan por tanto comprendidos bajo tal principio: el reconocimiento sin discriminaciones de la ciudadanía y del derecho al sufragio activo y pasivo,

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua ...*, op. cit., págs. 114 y ss.

así como, en general, de la igualdad de los derechos de participación política; la organización periódica de procesos electorales competitivos; el principio mayoritario y el respeto a las minorías; la instauración de una representación democrática y la previsión de procedimientos conducentes a la deliberación racional para la adopción de las principales decisiones políticas; la preservación del pluralismo político y de las libertades que le son inherentes, como la libertad de expresión e información y los derechos de reunión, manifestación y asociación; la consideración de la libertad o de los espacios de configuración normativa del legislador, entre otros componentes¹⁴, todo lo cual presupone ciertas garantías medulares de un Estado de Derecho. La literatura comparada sobre la democracia tiende a conferir especial importancia a la existencia de obligaciones de rendición de cuentas y de mecanismos de acceso a la información, así como al control social sobre la gestión estatal y, en general, a la participación ciudadana y deliberación en los asuntos públicos, así como a enfatizar la conexión entre la democracia y el conjunto de los derechos humanos¹⁵.

Sobrepasaría los fines de este estudio una consideración siquiera somera de todas las implicaciones del principio democrático o de la democracia, al igual que de las distintas teorías que respecto de esta han sido formuladas¹⁶. Lo que ahora interesa subrayar es que el principio democrático repercute en el tratamiento de las restricciones a los derechos fundamentales. Lo hace en una doble dirección: colocando barreras frente a la posibilidad de su limitación y, a veces, abonando la aceptación de la validez de su restricción.

a') *La democracia como contención de las restricciones a los derechos*. La manifestación más palmaria de la incidencia de la democracia en la temática de las restricciones impuestas sobre tales derechos se halla en la necesaria fundamentación democrática de tales restricciones, que deben originarse en una determinación adoptada por los propios destinatarios de las respectivas normas, expresada normalmente por medio de un cuerpo plural y representativo y plasmada en la ley como fuente de Derecho. Esta es la primera implicación del principio democrático en materia de restricciones a derechos fundamen-

¹⁴ Vid., entre otros, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios ...*, op. cit., págs. 47 y ss.; STARCK, "Grundrechtliche ...", op. cit., págs. 17 y ss.; HESSE, op. cit., págs. 58 y ss.; KRIELE, op. cit., págs. 56 y ss.; SACHS, *Grundgesetz ...*, op. cit., págs. 806 y ss.

¹⁵ ANTONINO PALUMBO, *Models of deliberative democracy*, Londres-Nueva York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, págs. 31 y ss.; SERGIO ORTIZ LEROUX/JESÚS CARLOS MORALES GUZMÁN, "República y democracia deliberativa: claves para su convergencia teórica", en *Acta sociológica*, vol. 71, 2016, págs. 123 y ss.; MARIELA MORALES ANTONIAZZI, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2015, págs. 151 y ss.; RODOLFO ARANGO (Ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007; PEDRO SALAZAR UGARTE, op. cit., págs. 140 y ss.; GOMES CANOTILHO, op. cit., págs. 426 y ss.

¹⁶ Vid. SCHMIDT, *Demokratiethorien*, op. cit.

tales, la cual es de tal importancia que las Constituciones suelen preverla expresamente como una condición formal para la limitación de derechos fundamentales, cuya concreción técnica es la reserva legal que rige en esta materia. Esta exigencia está tan consolidada jurídicamente, especialmente en el constitucionalismo tributario de la Revolución francesa, y encuentra una recepción tan nítida y específica en los textos constitucionales, que pueden pasar inadvertidas sus raíces conceptuales y su conexión con el principio democrático.

Más allá de este carácter condicionante del principio democrático respecto de la base normativa requerida para introducir cualquier restricción a derechos fundamentales, la democracia se traduce en factor de contención material ante el intento de someterlos a ciertas limitaciones. Según lo antes expuesto y según el concepto de democracia que se desprenda de la regulación constitucional, hay un conjunto de presupuestos del orden democrático que se corresponde con la vigencia efectiva de derechos fundamentales, por lo que aquel opondrá una resistencia añadida a la pretensión de restringirlos cada vez que se vea amenazado el cabal desenvolvimiento del proceso democrático. Ello salta claramente a la vista en el ámbito de los derechos directamente vinculados con el funcionamiento de la democracia, como la libertad de expresión e información y los derechos de asociación, reunión y manifestación, pues si carecen de protección suficiente resulta comprometido el desempeño democrático. Sin libertad de expresión e información no sería posible incidir en la formación de la opinión pública ni poner en conocimiento de la colectividad hechos relevantes referidos a la actuación de las autoridades o a su esfera de atribuciones, todo lo cual dificultaría sobremanera el control ciudadano sobre el gobierno. Sin derecho de asociación no estaría amparada la creación y actividad de los partidos políticos u otras entidades relacionadas con los intereses públicos. Y sin derecho de reunión y manifestación no estaría garantizada la celebración de encuentros o la realización de protestas que se inscriben en la dinámica natural de las organizaciones políticas y de la participación democrática. No obstante, como ya se explicó, cuando se controla la licitud de las limitaciones impuestas sobre algún derecho lo determinante no es el derecho objeto de la injerencia, sino las características de esta y de la medida restrictiva y su proyección sobre elementos medulares para el desarrollo del político democrático. Además, también en relación con derechos aparentemente alejados de ese núcleo iusfundamental pueden estar en riesgo dichos elementos, ya que, si la autonomía privada está sujeta a invasiones constantes que coartan las opciones de despliegue de la libertad individual, será difícil ser testigo de una ciudadanía robusta en la esfera pública, como ya se apuntó.

El examen de licitud de las restricciones o injerencias sobre derechos fundamentales, cuando aquellas se proyecten sobre esos elementos democráticos, ha de tener en cuenta sus efectos no solo sobre la persona o grupo destinatario

de la medida estatal, sino ha de prestar atención a sus probables repercusiones sobre los procedimientos democráticos y sobre el ejercicio de la ciudadanía, así como sobre las asociaciones u organizaciones llamadas a asumir, desde la perspectiva del control institucional o social sobre el gobierno, una tarea dentro del sistema democrático. La eventual ponderación entre el derecho afectado, por un lado, y el interés público o los derechos de terceros, por otro lado, ha de incluir la consideración de estas implicaciones democráticas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional colombiana ofrece muestras de la incidencia de exigencias de la democracia en el examen de licitud de la limitación de derechos fundamentales¹⁷. Luego se verán manifestaciones específicas de esta incidencia en la jurisprudencia interamericana.

b') *La democracia como punto de apoyo para la restricción*. El principio democrático puede desempeñar, desde un punto de vista estructural o metodológico, un papel relevante en el examen de licitud de la restricción, ya que la legitimación política y el procedimiento democrático que ha de acompañar la regulación de esos derechos repercute en la revisión de su validez, dados los márgenes de apreciación o decisión que frecuentemente se reconocen al legislador en el cumplimiento de sus funciones de configuración del ordenamiento jurídico. No se trata de que el contenido constitucional de los derechos sea disponible por el legislador ni de que estos deban ceder o deban ser ponderados ante la discrecionalidad legislativa: por el contrario, el legislador está subordinado a la Constitución y a los derechos fundamentales que explícita o implícitamente garantiza. Pero ante la incertidumbre sobre las bases empíricas o valorativas que sirvieron de sustento a la regulación restrictiva puede haber situaciones en las cuales opere una cierta deferencia en favor del legislador.

El legislador es un actor fundamental del desenvolvimiento democrático, que refleja la voluntad popular periódicamente renovada y las líneas de acción política que de ella nacen. Esta posición institucional encuentra traducción en su capacidad para influir en la interpretación constitucional. El legislador está por supuesto sometido a la Constitución, pero colabora al mismo tiempo en su concreción e incluso en la configuración de ciertos contenidos de significación constitucional, a título complementario y dentro de los límites trazados por la Constitución. Tanto en la concreción como en la configuración se pone de relieve la especificidad de la posición institucional del legislador en la Constitución. La iniciativa interpretativa del legislador gozará a veces de deferencia ante la jurisdicción constitucional, en virtud de la especial legitimación

¹⁷ Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 52, 283 (págs. 296 y ss.), decisión en la cual se reafirmó que la libertad de prensa, como elemento esencial del Estado democrático, comprende la libertad de definir, realizar y mantener o modificar la tendencia de un periódico, en la cual el Estado no puede pretender influir, ni directamente ni autorizando normativamente la intervención de terceros.

democrática que lo sustenta y del proceso plural y deliberativo en el cual, al menos en principio, la ley se ha formado, ello sin entrar a sopesar los efectos concomitantes indeseables de una anulación.

Surge sin embargo el interrogante acerca de la naturaleza y alcance de esa deferencia. Al definir el alcance del control de constitucionalidad de las leyes tradicionalmente se ha acudido a la categoría de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la cual debe ser analizada. Su principal problema estriba en que, como presunción a favor de la ley, puede ser empleada para prescindir del examen de justificación de la injerencia en los derechos fundamentales, y para colocar sobre las espaldas del recurrente la carga de argumentar y eventualmente de aportar los elementos fácticos que desvirtúen esta presunción. El legislador, en cambio, autor del acto impugnado o cuestionado, podría permanecer pasivo y saldría victorioso si el justiciable no cumple con esa carga. Esa presunción tuvo bastante aplicación en otro tiempo de la justicia constitucional, en el que se dejaba un campo de libre actuación muy amplio a las instancias políticas, y guarda relación además con una etapa o una visión según la cual los tribunales constitucionales, al adoptar su decisión, estaban encasillados en el dilema o disyuntiva de la nulidad de la ley o la completa desestimación del recurso. Esta disyuntiva tendía a acentuar la contención de la jurisdicción constitucional¹⁸.

Hoy el control de constitucionalidad de la ley en materia de derechos se ha desarrollado en una dirección en la cual se trabaja no tanto con apoyo en una presunción general sino afrontando el asunto central de la justificación (razonabilidad) de la afectación del derecho, fijando a veces criterios específicos de constitucionalidad y dosificando la intensidad del control en función del derecho en juego y sobre todo de las circunstancias de la intervención.

La densidad o intensidad del control jurisdiccional se acrecienta frente a ciertos casos de posible vulneración de derechos fundamentales: frente a las intervenciones más severas en estos derechos la deferencia se reduce al mínimo y la llamada presunción de constitucionalidad de las leyes se disuelve antes de tener que ser desvirtuada. Y este tratamiento de las injerencias más graves en el derecho no ha de verse como la excepción que confirma la regla, sino como la indicación de que no es con una simple presunción, o con una primacía ya conquistada, como se reparten por regla general las cargas de la interpretación o de la justificación en esta materia. Son muchos los supuestos en los que la jurisdicción constitucional ha fijado criterios para la licitud de la restricción legislativa que plantean de entrada un escrutinio muy severo o medianamente severo sobre la actuación estatal, lo cual se relaciona con situaciones de especial peligro para el bien protegido que han sido identificadas. Piénsese, por

¹⁸ JESÚS M. CASAL, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004, págs. 107 y ss.

ejemplo, en materia de libertad de expresión, en la protección del discurso político; en la esfera del derecho a la igualdad, en los criterios aplicables a la diferencias de trato basadas en ciertas condiciones personales; o en relación con la libertad de profesión u oficio, en los estándares diferenciados aplicables al evaluar las limitaciones para acceder a la profesión. Esto no significa desconocer el valor democrático de la ley, sino sirve para afirmar que el asunto es más complejo que lo sugerido por una presunción general.

El punto clave a mi juicio reside en que al realizar el control de constitucionalidad el juez reconozca el ámbito de apreciación y decisión del legislador, que solo puede deslindarse adecuadamente *ex post*, y no *ex ante* como la indicada presunción sugiere, y que admite un tratamiento diferenciado con arreglo al tema iusfundamental abordado y a las circunstancias que lo rodeen. Al examinar de manera imparcial o equidistante los pormenores del caso, el juez podrá enfrentarse con situaciones en las que la duda acerca de los cimientos empíricos referidos al reclamo sobre la constitucionalidad de la ley o lo razonablemente controvertido o discutible de la cuestión interpretativa planteada, sujetos a una ponderación en la que se considere la naturaleza y alcance de la injerencia en el derecho, terminen inclinando la resolución judicial en favor del legislador, en virtud del principio democrático¹⁹. Desde esta perspectiva pueden desarrollarse jurisprudencialmente criterios específicos que propendan a conceder deferencia al legislador en determinados supuestos. Es lo que ha pasado en relación con el control de los pronósticos del legislador²⁰. Sin embargo, en otros casos, referidos por ejemplo a limitaciones severas del goce o ejercicio de algún derecho u otros supuestos de estricto escrutinio, la duda juega a favor de los derechos y en contra de la ley.

b) *De carácter internacional*. En lo que atañe al marco normativo internacional de un criterio democrático para la revisión de la licitud de las restricciones a derechos fundamentales, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido pioneros al poner en relación el concepto de democracia con la limitación o control de la facultad estatal de imponer regulaciones sobre los derechos, lo cual hoy se encuentra plasmado en algunos textos constitucionales²¹.

¹⁹ Esto supone, en otras palabras, respetar el campo estructural y epistemológico de actuación que la Constitución como orden marco (democrático) otorga al legislador; *vid.* ROBERT ALEXY, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, págs. 14 y ss.

²⁰ En relación con el campo de apreciación del legislador en los pronósticos que sustentan leyes dictadas, por ejemplo, en materia del mercado de trabajo y del orden socioeconómico *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán *BVerfGE* 103, 293 (307).

²¹ Según el art. 1º de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Constitution Act*, 1982), estos derechos y libertades quedan sujetos únicamente a aquellas limitaciones razonables pre-

La primera formulación diáfana de esa conexión se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, cuyo artículo 29.2 dispone:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

De esta forma la Declaración Universal enlazó la limitación del ejercicio de los derechos humanos con el concepto de democracia, colocando las bases de la cláusula de la “sociedad democrática” que incorporan los tratados generales de derechos humanos de ámbito universal y de ámbito regional europeo e interamericano. El contexto de la alusión a la sociedad democrática contenida en dicha Declaración es la previsión de los presupuestos bajo los cuales los derechos proclamados pueden ser objeto de restricciones, y su función específica es incluir a la noción de sociedad democrática como un condicionante de la facultad implícitamente reconocida a los Estados de fijar tales limitaciones. Estas han de pasar por el tamiz de la noción de sociedad democrática, pues solo aquellas que hayan sido establecidas por la ley para alcanzar los fines indicados en el artículo 29.2 y sean compatibles con una sociedad democrática pueden considerarse válidas.

La redacción de tal disposición²² indica que esa única mención a la democracia contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos va dirigida no a permitir una ampliación de los fines para cuya consecución una restricción puede ser acordada, sino a modular o reconducir a sus justos límites las correspondientes facultades estatales. El principio o regla general implícito en el precepto es el completo disfrute de los derechos humanos, sujeto a excepciones enlazadas a los objetivos allí señalados, las cuales a su vez se encuentran enmarcadas y delimitadas por la noción de la sociedad democrática. De allí que se haya afirmado que esta última referencia somete estas excepciones “al espíritu” de la regla general²³. Ante lo cual solo convendría apuntar que la noción de sociedad democrática no lleva consigo la idea de ausencia

vistas por la ley que “estén justificadas de manera comprobable en una sociedad libre y democrática”. Vid. también el art. 36.1 de la Constitución Sudafricana (1996), que alude a una limitación que sea “razonable y justificada en una sociedad abierta y democrática”.

²² Los trabajos preparatorios no son concluyentes para la determinación de la intención de los proponentes. Vid. GUDMUNDUR ALFREDSSON/ASBJORN EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, La Haya-Londres-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, págs. 633 y ss.

²³ P. VEGLERIS, “Valeur et signification de la clause ‘dans une société démocratique’ dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue des Droits de l’Homme*, 1968, pág. 230.

de limitaciones en el ejercicio de los derechos, sino la de excluir aquellas que sean contrarias a una determinada trabazón de las relaciones entre la persona y el poder público.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que por algunos meses es anterior a la Declaración Universal, también asocia la limitación de los derechos humanos con la noción de la democracia, aunque en términos ligeramente diferentes a los de esta última Declaración y con un sentido no necesariamente coincidente con el de su artículo 29.2. El artículo xxviii de aquella Declaración reza: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

En este artículo la referencia a la democracia ciertamente se inscribe en la temática de las limitaciones a los derechos reconocidos y se encuentra en un contexto sistemático similar al del artículo 29.2 de la Declaración Universal, al servir de cierre del listado de los derechos enunciados, pero adquiere una connotación algo diferente al incluir *el desenvolvimiento o avance democrático* (*advancement of democracy* según la versión inglesa de la Declaración) como un posible elemento generador de “justas exigencias” que limiten esos derechos, antes que como una barrera de las correspondientes facultades de los Estados. De acuerdo con el texto reproducido, “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” pueden fundamentar la limitación de derechos humanos, con lo cual la alusión a la democracia tiene, al menos parcialmente, una orientación restrictiva de derechos. No deja de tener un ángulo protector, ya que el avance o desenvolvimiento mencionado ha de ser forzosamente democrático, es decir, la democracia impondrá de todos modos condicionamientos al ejercicio de las correspondientes potestades estatales de restricción, junto a la proporcionalidad que la idea de la justicia del artículo citado presupone, pero el énfasis del precepto no recae claramente sobre esta dimensión garantista. En todo caso, las reglas de interpretación aplicables a la Declaración Americana como instrumento de derechos humanos refuerzan esta última dimensión.

El artículo xxviii de la Declaración Americana es un antecedente primordial de la cláusula de la sociedad democrática en el ámbito de los derechos y de su posible limitación, el cual influyó en el proceso de elaboración del artículo 29.2 de la Declaración Universal. La Declaración Americana, desde sus versiones preliminares, fue uno de los documentos tenidos en cuenta durante la preparación de la Declaración Universal y el tenor del artículo 29.2 es cercano a una de las primeras redacciones del artículo xxviii, como luego se verá.

La cláusula de la sociedad democrática contenida en la Declaración Universal ha probado su fecundidad al ser recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y también en uno de sus Protocolos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La formulación de esa cláusula en cada uno de los instrumentos mencionados presenta variaciones. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 4), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 32.2) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5) la incorporan dentro de una norma general referida a las posibilidades de limitación de los derechos reconocidos. No obstante, es necesario apuntar que en la Convención Americana dicha norma general concurre con disposiciones especiales referidas a la posibilidad de limitación de algunos de los derechos consagrados (arts. 15, 16.2 y 22.3), las cuales no son desplazadas por la norma general, como ya se advirtió. Por otro lado, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el correspondiente Protocolo adicional a la Convención Americana, al contemplar un derecho que por su estructura es primera o preponderantemente de libertad y no de prestación, como lo es la libertad sindical, y al permitir su limitación por los Estados (arts. 8.1 del Pacto y 8.2 del Protocolo Adicional) prevén igualmente la cláusula de la sociedad democrática. Interesa observar que el artículo 8.2 del Protocolo Adicional es diáfano al establecer que los límites impuestos al ejercicio de algún derecho son admisibles “siempre que estos sean propios a una sociedad democrática”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta parcialmente la cláusula, dado que no contiene un precepto general sobre las limitaciones a los derechos, sino que al regular cada uno establece la respectiva norma de limitación. Conviene observar, además, que las disposiciones específicas sobre la limitación de cada derecho no siempre incluyen la fórmula de la (necesidad en una) sociedad democrática. Esta se encuentra en los artículos 21 y 22.2 del Pacto, concernientes a los derechos de reunión y asociación; también figura en la disposición relativa a las excepciones a la publicidad de los juicios (art. 14.1). Llama particularmente la atención que haya sido omitida en el precepto que garantiza la libertad de opinión y expresión (art. 19), sobre lo cual luego volveré.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos también prescindió de una cláusula general de restricción. Esta fue rechazada expresamente en aras de una protección internacional amplia de los derechos reconocidos, los cuales no debían ser simplemente enunciados, sino plasmados de tal modo que estuviesen acotadas y fuesen controlables las facultades de los Estados de regularlos y de poner linderos a su ejercicio²⁴. Sin embargo, al optarse por normas específicas

²⁴ Ídem, págs. 221 y ss.; W. BERKA, “Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 37, 1968, págs. 79 y ss.

sobre la posibilidad de restricción, la cláusula de la sociedad democrática fue adoptada en las disposiciones referidas a varios de los derechos o libertades que de acuerdo con el Convenio son susceptibles de sufrir limitaciones, dentro de las condiciones fijadas por el propio tratado (arts. 8 a 11 y 6.1). A esta misma orientación responde la regulación de la libertad de circulación en el Protocolo 4 al Convenio (art. 2.3 y 2.4). Estos preceptos adoptan la formulación de la *necesidad* (de la limitación) *en una sociedad democrática*, que luego sería acogida tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y otros instrumentos. La noción de sociedad democrática se encuentra asimismo en la disposición del Convenio relativa a las excepciones a la publicidad de las audiencias (art. 6.1). En relación con el derecho a la libertad personal, el Convenio prevé las causales que pueden justificar una privación de la libertad (art. 5), lo cual seguramente explica que se haya omitido la mención a la sociedad democrática, dado que el propio Convenio determinó supuestos de limitación que fueron considerados compatibles con aquella. No obstante, también en este ámbito tiene relevancia un examen de licitud orientado por la idea de la necesidad de la restricción en una sociedad democrática²⁵.

El significado de la cláusula de la sociedad democrática no necesariamente coincide del todo con el del principio democrático tal como suele estar reflejado en los ordenamientos constitucionales. La sociedad democrática a que aluden los instrumentos citados puede calificarse como una noción *autónoma* en cada uno de ellos, si nos servimos del criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar algunos conceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los cuales no han de definirse simplemente trasladando a la esfera internacional una determinada conceptualización dominante en el Derecho interno²⁶. Luego constataremos que en el sistema europeo de derechos humanos el alcance que se ha atribuido a dicha noción es afín mas no idéntico al generalmente asignado al principio democrático, sin que haya contradicción, y solo una parte de los contenidos adicionales o específicos originados en la interpretación del Convenio Europeo se solapa con otras categorías a menudo previstas en los ordenamientos constitucionales. Algo similar ocurre respecto del sistema interamericano de protección, en alguna medida por la influencia que ha recibido del europeo.

C) *El control democrático de las restricciones a derechos fundamentales*

Con apoyo en la fundamentación normativa bosquejada, es preciso introducir un test democrático en el examen de licitud de las restricciones a derechos

²⁵ JESÚS M. CASAL, *Derecho ...*, *op.cit.*, págs. 59 y ss.

²⁶ Ídem., págs. 37 y ss., L.-E. PETTITI/E. DECAUX/P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1995, págs. 49-50.

fundamentales²⁷. Este test no siempre será relevante, porque muchas limitaciones legales a tales derechos pueden resultar neutrales desde la perspectiva del sistema democrático. La admisión de ciertas restricciones a derechos fundamentales no siempre ha de afectar el funcionamiento de la democracia, por lo que en estos casos el señalado criterio de control no aportará nada a lo que resulte de los antes estudiados.

A fin de preservar el sentido y operatividad jurídica de este test, no debe quedar supeditado a una visión difusa o expansiva de la democracia, que comprenda toda clase de concepciones político-filosóficas sobre el Estado o la sociedad. Sin perjuicio del obligado respeto a un debate abierto sobre la democracia y sus exigencias, en el plano filosófico-político, filosófico-jurídico y teórico en general, el control que se está analizando ha de tener como punto central de referencia, en la esfera constitucional, al principio democrático, antes perfilado a grandes rasgos, con la cristalización que haya obtenido en cada ordenamiento. En lo que concierne al ámbito internacional, han de seguirse principalmente los criterios desplegados en los respectivos sistemas de protección. La idea de un control democrático de las restricciones a los derechos fundamentales no consiste en abrir las puertas a interpretaciones subjetivas sobre lo que cada operador jurídico considere lo más democrático, sino en hacer explícito un ángulo o perspectiva del examen de licitud de aquellas que han estado presentes en la jurisprudencia constitucional e internacional y que no puede ser obviado, por corresponder con exigencias jurídicas dimanantes de los respectivos sistemas normativos.

Por otra parte, antes se señaló que el control democrático enunciado no ha de ser entendido como un criterio independiente o autónomo de evaluación de la licitud de las restricciones a algún derecho, sino como un factor de medición que repercute en el juicio de licitud de la finalidad perseguida por la ley y de la proporcionalidad en sentido estricto. Además, se proyecta sobre la revisión de la base normativa de la limitación.

Algunos han pretendido dar a ese control una significación autónoma o independiente²⁸, postura que no ha tenido eco. En relación con el sistema europeo de derechos humanos se ha sostenido que la noción de la sociedad democrática introduce el *tertium comparationis* necesario para aplicar el principio de proporcionalidad²⁹. Sin embargo, no ha sido esta la significación que le

²⁷ Vid. JESÚS M. CASAL, *Los derechos humanos ...*, op. cit., págs. 86 y ss.; “Condiciones ...”, op. cit., págs. 133 y ss; vid. igualmente, en materia de libertad de expresión, ASDRÚBAL AGUIAR, *La libertad de expresión*, Caracas, SIP/UCAB, 2002, págs. 175 y ss.

²⁸ OSCAR GARIBALDI, “On the ideological content of human rights instruments: the clause ‘in a democratic society’”, en T. BUERGENTHAL (Ed.), *Contemporary issues in international law*, Kehl, Engel, 1984, págs. 39 y ss.

²⁹ BERKA, op. cit., pág. 91; vid., igualmente, GARIBALDI, op. cit., págs. 39 y ss.

ha atribuido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Obviamente, las ponderaciones que se realicen al aplicar la proporcionalidad van a resolverse introduciendo con frecuencia criterios externos a este principio, que tienden a avenirse con las valoraciones prevalecientes en una determinada sociedad. Pero el sentido específico de la referencia convencional a la necesidad de la limitación de un derecho en una sociedad democrática se refiere más bien a algunos criterios que deben tenerse en cuenta al examinar situaciones de colisión de la mano de la proporcionalidad, como los de pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura, como veremos. Adicionalmente, la consideración del efecto inhibitorio y de otros aspectos de las medidas restrictivas, que luego se abordarán, forma parte de este control ejercido desde el prisma de la sociedad democrática, sin que pueda afirmarse que de esta se colige de manera general el *tertium comparationis* para efectuar ponderaciones.

Una derivación del principio democrático que se proyecta sobre las condiciones de licitud de las limitaciones a derechos fundamentales es la reserva legal, como ya se señaló. Esta es una repercusión primordial de la democracia en el tratamiento constitucional de las restricciones a derechos fundamentales. Ha tenido además incidencia en la esfera internacional, pues los tratados de derechos humanos requieren que las limitaciones a estos derechos estén previstas en la ley. Ya se examinaron las exigencias establecidas por la Corte Interamericana. En el sistema europeo de protección de los derechos humanos el concepto de ley no se equipara necesariamente al de ley formal, sino que puede sufrir variaciones en función de los principios imperantes en cada ordenamiento jurídico³⁰, sobre lo cual no sería pertinente profundizar en este estudio. Dejando ahora de lado esta vertiente de las implicaciones democráticas sobre la limitación de los derechos, seguidamente se expondrán, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los criterios materiales que pueden integrar el control democrático esbozado.

2. LA CLÁUSULA DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y EL EXAMEN DE LA LICITUD DE LAS RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE DERECHOS HUMANOS

Con fundamento en la jurisprudencia vertida en el sistema europeo y, especialmente, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se identificarán criterios que integran un control democrático de las restricciones a los derechos humanos. Antes de aludir a los aportes provenientes de estos sistemas es conveniente ahondar en la génesis y en la significación general de la cláusula de la sociedad democrática, cuya interpretación ha permitido el desarrollo de ese control.

³⁰ PETTITI *et al.*, *op. cit.*, págs. 389 y ss.

A) *La gestación y proyección de la cláusula de la sociedad democrática*

La introducción de la fórmula de la sociedad democrática en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la materia de la limitación de derechos, parece haberse originado en una proposición presentada por Panamá ante un Grupo de Trabajo constituido en 1947 en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para adelantar la redacción del proyecto de declaración³¹. Dicha proposición se basaba en el artículo 18 de la Declaración de los Derechos Humanos Esenciales elaborada bajo los auspicios del Instituto Jurídico Americano, que rezaba: “En el ejercicio de sus derechos todos están limitados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del Estado democrático”³². En esa etapa de la formación de la Declaración Universal también se tuvo acceso al texto proyectado de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³³, en cuya preparación participó el Comité Jurídico Interamericano, la cual ha sido señalada igualmente como inspiración para el artículo 29.2 de la Declaración Universal³⁴. A su vez, se ha destacado que una temprana versión de la Declaración de los Derechos Humanos Esenciales fue tenida en cuenta durante la gestación de la Declaración Americana³⁵. El contexto temático de la correspondiente disposición era el de los deberes de la persona para con la comunidad y las limitaciones admisibles a los derechos humanos³⁶. El texto reproducido fue adoptado por dicho Grupo de Trabajo y luego por el pleno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aunque sufrió modificaciones en 1948, que estuvieron relacionadas con la reserva que suscitó en varias delegaciones de países de la órbita capitalista o liberal la referencia a los requerimientos del “Estado” democrático contenida en la parte final de la disposición, dado que en su criterio la democracia tenía una significación muy diversa entre los Estados miembros y en algunos de ellos la frase podía ser fuente de excesivas restricciones a los derechos consagrados. Otra era la visión de algunos representantes de esa misma orientación ideológica, especialmente de Francia, para los cuales

³¹ Cfr. GARIBALDI, *op. cit.*, pág. 54.

³² *Ibidem*.

³³ MARY ANN GLENDON, “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, págs. 31 y ss.

³⁴ HÉCTOR GROS ESPIELL, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 101; ÁLVARO PAÚL DÍAZ, “La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la relevancia actual de sus trabajos preparatorios”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 47, 2017, págs. 361 y ss.

³⁵ GLENDON, “The Forgotten ...”, *op. cit.*, pág. 31.

³⁶ G. ALFREDSSON/A. EIDE, *op. cit.*, págs. 633 y ss.; VEGLERIS, *op. cit.*, págs. 229-230.

era necesario mantener el concepto de democracia al tratar la cuestión de las limitaciones a los derechos³⁷.

En virtud de una propuesta transaccional se aprobó reemplazar la fórmula del *Estado democrático* por la de la *sociedad democrática* y se dio a la disposición una redacción muy similar a la actual. La representación de la Unión Soviética había defendido sin éxito la alusión al Estado democrático³⁸ y luego se opuso al texto presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, por no incluir tal mención, pues en su opinión la noción de sociedad democrática era muy vaga y debía quedar claro que correspondía a los Estados democráticos implantar en la sociedad los derechos y libertades y fijar sus límites. En cambio, Francia volvió a plantear la importancia de que la democracia, bajo la fórmula ahora acordada, moderara los poderes estatales de limitación, después de que el artículo fuera modificado para explicitar los fines públicos que podían fundamentar la limitación de algún derecho (“las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general”). Tal como lo sostuvo entonces RENÉ CASSIN, la invocación de la idea de la sociedad democrática evitaba que una interpretación laxa de conceptos como el orden público condujera a restricciones indebidas³⁹.

La gestación de la fórmula de la sociedad democrática estuvo pues asociada a la confrontación ideológica entre Oriente y Occidente, en momentos en los que tanto los países comunistas como los capitalistas se presentaban como democráticos, aunque propugnaban concepciones muy distintas de esta forma de gobierno. Esta ambigüedad del concepto y el temor a su utilización para la relativización de los derechos reconocidos generó suspicacias en algunas delegaciones. La fraseología del *Estado democrático*, originada en una propuesta ajena a todo extremismo ideológico, terminó cobijando la visión socialista radical o comunista del Estado, mientras que la de la *sociedad democrática* hizo posible la conservación de alguna referencia a la democracia en el texto adoptado. La alusión al *Estado democrático* no necesariamente debía tener el alcance que entonces se le atribuyó, pero frente a ello la alternativa de la *sociedad democrática* representó una solución práctica. Lo dicho no implica que esta sustitución careciera de significación teórica. Por el contrario, cabe afirmar que la fórmula de la sociedad democrática quiso expresar una comprensión más abierta y al mismo tiempo sustantiva de la democracia, dado que esta no dependía de lo que el Estado quisiera imponer y establecía restricciones a sus propias posibilidades de actuación.

³⁷ GARIBALDI, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

³⁸ Para la Unión Soviética la referencia al Estado democrático debía al menos sumarse a la de la sociedad democrática; Cfr. G. ALFREDSSON/A. EIDE, *op. cit.*, págs. 633 y ss.

³⁹ GARIBALDI, *op. cit.* págs. 29-30 y 56-57.

En todo caso, la contraposición entre un *Estado* y una *sociedad* democráticos sirvió de escenario para la lucha entre distintas visiones de la democracia, sin pretender reflejar una diferenciación conceptual nítida o científica. Es decir, la fórmula final de la sociedad democrática no nació de una distinción teórica entre el Estado y la sociedad o entre un Estado democrático y una sociedad de igual carácter, sino de las circunstancias esbozadas. De algunas intervenciones sostenidas durante la elaboración de la Declaración Universal se colige, por ejemplo, que el Estado quedaba abarcado por la noción de sociedad democrática, al igual que niveles locales de gobierno, como las municipalidades⁴⁰. La idea de la sociedad democrática fue concebida por tanto con amplitud o elasticidad, de manera que comprendiera al Estado sin agotarse en él.

La preferencia por la fórmula de la sociedad democrática no implica, por otro lado, que se haya adoptado globalmente una concreta comprensión política o ideológica de la democracia. En particular, se ha sostenido que esa expresión de la Declaración Universal no equivale a optar por un determinado sistema político, bajo el arquetipo de la democracia liberal u occidental⁴¹. No obstante, tampoco sería exacto reducir esa fórmula a un concepto vacío de contenido específico, capaz de albergar cualquier régimen que se autocalifique como democrático. Ni luce convincente que la alusión a la democracia del artículo 29.2 sea solamente una remisión a los derechos allí proclamados, los cuales, considerados en su conjunto, integrarían agotadoramente la sociedad democrática que tendría que ser preservada al imponer limitaciones. Esto último supone incurrir en su círculo vicioso⁴², pues la mayoría de los derechos allí reconocidos son limitables mediante ley, por lo que su alcance real en la sociedad depende de las restricciones que válidamente hayan sufrido. En todo caso, las explicaciones neutralizadoras de la noción de democracia del artículo 29.2 han de entenderse en el contexto histórico de la aprobación de la Declaración Universal, con un mundo, y un discurso democrático, fracturado ideológicamente. El avance global de la democracia, como sistema que posee un indeclinable compromiso con la libertad del ser humano, bajo unas u otras categorizaciones, énfasis y tensiones, apuntala hoy en cambio una interpretación más sustantiva, que ya está consolidada conceptualmente en los sistemas regionales de protección abordados en este capítulo.

Con independencia de lo apropiado de la alusión a una sociedad democrática, en lugar de a una democracia a secas, resulta en todo caso comprensible, en el contexto señalado, la omisión de la referencia al Estado. La redacción del ya citado artículo 18 de la Declaración de los Derechos Humanos Esenciales vinculaba ciertamente la limitación de los derechos humanos a las exigencias

⁴⁰ Ídem, pág. 58.

⁴¹ GROS, *op. cit.*, págs. 121 y ss.

⁴² Cfr. GARIBALDI, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

del Estado democrático, dando cabida a interpretaciones que sobredimensionaran los fines públicos enlazados con el funcionamiento del Estado. Además, la redacción del precepto aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del actual artículo 29.2 de la Declaración Universal ofrece la ventaja de indicar, así sea genéricamente, los fines públicos que pueden justificar la limitación del ejercicio de derechos o libertades (“las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general”) y de aludir a la democracia como concepto generador no de causas lícitas para la limitación de derechos sino más bien de frenos o condicionantes de los respectivos poderes del Estado (“en una sociedad democrática”).

A partir de esta formulación de la Declaración Universal la cláusula se proyectó a otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, como sabemos, siendo conveniente apuntar que en el proceso de elaboración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la representación francesa defendió la inclusión de la cláusula de la sociedad democrática de la Declaración Universal en las distintas disposiciones que se referían a las limitaciones admisibles a los derechos garantizados. Obtuvo en ello un éxito parcial, pues solo los artículos 14.1, 21 y 22.2 la incorporaron, lo cual obedeció al temor de otros Estados occidentales a que la alusión a la democracia permitiera una restricción abusiva de los derechos humanos, en virtud de la ambigüedad del concepto en un mundo fracturado ideológicamente. Esta cautela había sido alimentada por la delegación soviética, que pretendía subordinar el ejercicio de la libertad de expresión y de otros derechos *a los intereses de la democracia*. La opinión dominante sobre la necesidad de proteger el modelo occidental de la democracia dificultó, aunque luzca paradójico, una adopción más amplia de la cláusula en dicho Pacto. Con todo, de acuerdo con los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos previsto en ese Pacto y en su Protocolo Facultativo, la idea de la sociedad democrática ha estado igualmente presente en materia de libertad de expresión, como factor de contención de posibles restricciones que pretendan fundarse en el artículo 19.3 del Pacto⁴³.

B) *Formulación y significación general de la cláusula*

Interesa examinar la forma en que la cláusula de la sociedad democrática se encuentra plasmada en los ya citados instrumentos internacionales. En lo que atañe a la redacción de la cláusula y al lugar de su inserción en la frase relativa a las condiciones de licitud de las limitaciones a los derechos, es posible hallar diferencias, aunque de escasa significación. En cuanto a la redacción, la cláusula como tal se refiere a “una sociedad democrática”. Una mención

⁴³ Vid. la *Observación general núm. 34 del Comité de Derechos Humanos (art. 19, Libertad de opinión y libertad de expresión)*, disponible en <https://bangkok.ohchr.org/programme/documents/general-comment-34.aspx>.

particular merece el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, al consagrar la libertad sindical y sus posibles limitaciones, añade vocablos que explicitan el sentido de la cláusula, cuando señala que ese derecho puede estar sometido a limitaciones legales “siempre que estas sean propias a una sociedad democrática” (*provided that such restrictions are characteristic of a democratic society*) (art. 8). Este Protocolo es muy posterior a los demás instrumentos internacionales antes citados y tal vez por eso refleja, iluminado por la tarea interpretativa desarrollada en el sistema europeo y en el interamericano, el sentido específico de la cláusula de la sociedad democrática, como criterio condicionante de las posibilidades de limitación estatal de los derechos reconocidos. Las limitaciones admisibles son aquellas que puedan considerarse compatibles con una sociedad democrática.

En lo concerniente a la diversa posición de la cláusula dentro de la frase correspondiente y a la significación peculiar que de allí es posible colegir, la variedad de formulaciones puede clasificarse en dos grupos: los instrumentos que, de acuerdo con la redacción del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, colocan la cláusula al concluir la frase relativa a los fines cuya persecución pueden justificar la limitación de derechos humanos, y los que la intercalan entre las referencias a la necesidad de la restricción y a los respectivos fines admisibles. Ejemplos de lo primero son los artículos 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de lo segundo, los artículos 8 al 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2.3 y 2.4 de su Protocolo 4, y 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una formulación especial se encuentra nuevamente en el citado Protocolo adicional a la Convención Americana, pues aquí la cláusula de la sociedad democrática se antepone globalmente a la alusión a la necesidad de las limitaciones y a los fines lícitos de las mismas.

La variada inserción de la cláusula dentro de los respectivos instrumentos se ha visto reflejada en ciertas discrepancias interpretativas. Su colocación al término de la frase que enuncia las finalidades legítimas de las posibles restricciones ha abonado la tesis de que el criterio de la sociedad democrática es aplicable, como criterio de control, solo en cuanto a los fines de la norma restrictiva, mientras que su interposición entre la mención de la necesidad de la limitación y la de los fines lícitos ha sido invocada por algunos para sostener que el criterio de control rige solamente respecto de la relación de necesidad entre medios y fines⁴⁴. No obstante, una postura generalizada consiste en entender que dicho criterio de control se extiende a ambos elementos⁴⁵, lo cual

⁴⁴ Ídem, págs. 29 y ss.

⁴⁵ Vid., entre otros, BERKA, *op. cit.*, pág. 91.

se encuentra respaldado por las reglas de interpretación de los tratados, pues la finalidad de los tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos es proteger estos derechos y el propósito fundamental de las disposiciones examinadas es fijar linderos a las facultades estatales de limitación, en relación tanto con los medios como con los fines de la intervención estatal. Por lo demás, la letra de tales disposiciones no se opone a esta conclusión, pues el examen de la licitud del fin como causa justificante de una determinada limitación desemboca de manera natural en la evaluación de la necesidad o proporcionalidad de los medios empleados y viceversa.

Por otro lado, el sentido de la cláusula de la sociedad democrática en los instrumentos considerados puede tener algunas variaciones. En particular, la alusión a la democracia en el artículo 29.2 de la Declaración Universal es la única que se halla en dicho texto y no es reflejo de un principio o finalidad general de la Declaración. Ni siquiera la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en cuyo contexto la Declaración fue dictada, se refiere a la democracia, pues su propósito fundamental es mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1 de la Carta), tarea para la cual son convocados Estados con los más diversos regímenes políticos, no necesariamente democráticos⁴⁶. Ello supone que el concepto de democracia del artículo 29.2 posee probablemente una densidad política concreta reducida. En todo caso, no cabe descartar una evolución interpretativa que conduzca a un fortalecimiento del concepto asociado a la propia consolidación de la democracia en el mundo. En particular, tal evolución es posible apreciarla en el sistema universal de protección, en la aplicación por el Comité de Derechos Humanos de la cláusula de la sociedad democrática prevista en los artículos 14.1, 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷, lo cual puede repercutir en la lectura de otros instrumentos universales.

⁴⁶ GROS, *op. cit.*, págs. 121 y ss.

⁴⁷ *Vid.*, entre otros dictámenes o decisiones del citado Comité, los relativos a: “Comunicación núm. 1119/2002”, Organización de las Naciones Unidas, *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 8*, Ginebra y Nueva York, 2007, pág. 359; y “Comunicación núm. 1296/2004”, *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 9*, Ginebra y Nueva York, 2008, pág. 175. En tal sentido, en relación con esta última comunicación, el Comité sostuvo que, en virtud de la alusión a la sociedad democrática contenida en el art. 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, únicamente por razones de especial gravedad sería lícito prohibir la existencia o funcionamiento de una asociación: “La referencia a la noción de «sociedad democrática» indica, a juicio del Comité, que la existencia y el funcionamiento de las asociaciones, incluidas las que promueven pacíficamente ideas de las que ni el gobierno ni la mayoría de la población son necesariamente partidarias, es uno de los fundamentos de una sociedad democrática. La mera existencia de justificaciones razonables y objetivas para limitar el derecho a la libertad de asociación no es suficiente. El Estado par-

Algo distinto sucede con los instrumentos citados del sistema interamericano y del sistema europeo de protección de derechos humanos. En el primer caso la Carta de la Organización de Estados Americanos incluye la promoción y consolidación de la democracia representativa dentro de los propósitos esenciales de la organización (art. 2. b) y a su efectivo ejercicio dentro de los principios reafirmados por los Estados americanos (art. 3. d). Igualmente, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como su Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador) hacen explícita en sus respectivos preámbulos la adhesión a la democracia. En la misma dirección apunta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al considerar al régimen democrático como una condición para la preservación de las libertades fundamentales de la persona. A su vez el Consejo de Europa, dentro del cual aquel fue adoptado, tiene como fin principal realizar una unión más estrecha entre sus miembros, basada en un patrimonio común integrado por los derechos humanos, la preeminencia del Derecho y la democracia (Preámbulo y art. 1.a del Estatuto del Consejo de Europa). En estos sistemas regionales se parte de un concepto relativamente homogéneo y en este sentido más denso de la democracia, bajo el modelo liberal u occidental, lo que favorece desarrollos interpretativos más provechosos, sin perjuicio de los efectos asociados, en el sistema europeo, a la ampliación experimentada en los últimos lustros por el Consejo de Europa hacia países de Europa Central y Oriental que originalmente no lo integraban.

3. LA CLÁUSULA DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ya sabemos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos evitó la previsión de una norma general relativa a la limitación de los derechos consagrados, similar al artículo 29.2 de la Declaración Universal. Solo incluyó un artículo según el cual las restricciones impuestas a tales derechos, en conformidad con las estipulaciones del Convenio, únicamente podrán ser aplicadas con la finalidad para la cual han sido establecidas (art. 18).

No obstante, inspirándose parcialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio incorporó la alusión a la necesidad en una sociedad democrática en la regulación de los presupuestos específicos de la limitación de varios de los derechos reconocidos (arts. 8 a 11). Además, uno de los Protocolos al Convenio la recoge (arts. 2.3 y 2.4 del Protocolo núm. 4). Parte de la doctrina ha sostenido que la exigencia de compatibilidad de las restricciones a los derechos consagrados en el Convenio con la sociedad democrática,

te debe demostrar además que la prohibición de una asociación es necesaria para evitar un peligro real, y no solo hipotético, para la seguridad nacional o el orden democrático y que la adopción de medidas menos intrusivas no sería suficiente para lograr el mismo propósito”.

esto es, su necesidad en una sociedad democrática, tiene un alcance general, pues no se circunscribe a los artículos que expresamente la mencionan, sino se extiende a toda limitación que de acuerdo con el Convenio resulte lícita⁴⁸. Algunos derechos o normas sobre derechos, como la prohibición de la tortura o de la esclavitud (arts. 3 y 4), excluyen de entrada toda limitación y, por tanto, la aplicación de la cláusula respecto de ellos con la indicada significación carecería de sentido, pero otros como el derecho a la libertad personal solo admiten determinadas limitaciones previstas en el Convenio, en cuya interpretación o aplicación puede ser relevante la idea de la sociedad democrática.

Sobrepasaría los fines de este estudio un análisis con pretensión de exhaustividad de las sentencias en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empleado la cláusula de la sociedad democrática. Mi propósito no es examinar globalmente la jurisprudencia de ese tribunal relacionada con la limitación de los derechos humanos y el papel cumplido en este contexto por la invocación de la sociedad democrática contenida en disposiciones del Convenio, sino destacar algunos criterios relevantes para el perfilamiento de un control democrático de la limitación de derechos humanos. Someramente se pondrán de manifiesto las funciones generales que dicha cláusula ha desempeñado y luego se ahondará en el alcance de este control democrático.

A) *Funciones generales de la cláusula*

La invocación de la sociedad democrática en varias disposiciones del Convenio referidas a la limitación de derechos consagrados es expresión de una conexión profunda entre la democracia y el sistema de protección de derechos humanos creado por el Convenio, en el marco del Consejo de Europa, organización que a su vez se afina sobre valores integradores de un patrimonio común a los Estados miembros, entre los cuales sobresale la adhesión a una “auténtica” democracia⁴⁹. Según la jurisprudencia de Estrasburgo, la democracia es componente fundamental del “orden público europeo” y la Convención fue diseñada para “mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática”⁵⁰. En este contexto se inscribe la fórmula de la necesidad en una sociedad democrática de los artículos 8 al 11 del Convenio, respecto de la cual se ha establecido que “La única forma de necesidad susceptible de justificar una injerencia en alguno de esos derechos es, por tanto, una que pueda afirmarse que se deriva de la sociedad democrática”⁵¹, es decir, que es compatible con ella.

⁴⁸ LOGEMANN, *op. cit.*, pág. 192.

⁴⁹ Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949.

⁵⁰ *Vid.* entre otros, el caso *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, sent. de 30 enero 1998, párr. 45.

⁵¹ *Ibídem.*

Es preciso advertir que la cláusula de la necesidad (de las limitaciones) en una sociedad democrática ha brindado fundamento a lineamientos jurisprudenciales que teóricamente poseen un lugar sistemático o conceptual no completamente coincidente con el de la democracia, tal como antes ha sido *grosso modo* examinada, a partir del principio democrático. Ello no debe causar sorpresa, pues como noción autónoma del Convenio aquella puede ostentar en el marco de este tratado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵², un sentido distinto al predominante en el Derecho interno o en las corrientes doctrinales que lo nutren. Conforme a un amplio espectro o elasticidad conceptual, dicha cláusula ha favorecido el reconocimiento de principios jurídicos que no están contenidos explícitamente en el Convenio, pero que tienen importancia en relación con las limitaciones a derechos humanos y que encuentran su raíz o inspiración en la democracia. En definitiva, la sociedad democrática a que alude el Convenio no se identifica con el concepto de democracia según podemos concebirla desde una perspectiva filosófico-política o jurídico-constitucional determinada, aunque comprende elementos que son solo afines o algunos esenciales a la democracia y aporta criterios de control sobre las limitaciones a los derechos que encuentra en esta su fundamento.

Especialmente relevante es el desarrollo jurisprudencial que ha conducido a la adopción del principio de proporcionalidad⁵³, a partir de la referencia de varios artículos del Convenio a la necesidad, en una sociedad democrática, de las limitaciones que fueren impuestas legalmente a los derechos correspondientes. Este principio no está expresamente incorporado al texto del Convenio, pero la jurisprudencia lo ha introducido en la medición de la licitud de las limitaciones a derechos humanos, al abrigo de esa exigencia de la (estricta) *necesidad* de la limitación en una *sociedad democrática*. En la jurisprudencia se ha afianzado la función capital de la proporcionalidad en la evaluación de la justificación de la injerencia o restricción en algún derecho. A veces este principio queda enlazado con expresiones como la “necesidad social imperiosa” que debe sustentar la limitación, o la “relevancia y suficiencia” de las razones que la respaldan, pero con unas u otras formulaciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consolidado a la proporcionalidad como criterio central de determinación de la validez de las medidas respectivas⁵⁴. La fórmula de la sociedad democrática ha servido, pues, para albergar al principio de proporcionalidad, con lo cual aquella se conecta con requerimientos de la primacía del Derecho (*rule of law*) a la que el Convenio hace mención en

⁵² Caso *König v. Germany*, sent. de 28 junio 1978, párrs. 88 y ss.

⁵³ LOGEMANN, págs. 168 y ss.

⁵⁴ Caso *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, sent. de 27 septiembre 1999, párr. 80; *vid.* también GRABENWARTER, *op. cit.*, págs. 115 y ss.

su Preámbulo y que queda comprendida igualmente en el régimen político “verdaderamente democrático”⁵⁵ que el Convenio presupone. Con razón se ha afirmado que dicha fórmula se corresponde con un Estado democrático de Derecho bajo la impronta europea⁵⁶.

Escaparía al objeto del presente estudio un tratamiento detallado de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema europeo de derechos humanos, ya analizado desde el punto de vista constitucional e interamericano. Lo que interesa subrayar es que esa recepción se ha producido al amparo de la cláusula antes enunciada y que, con apoyo en el juicio de proporcionalidad, se han sentado fundamentos para el ejercicio de un control con prisma democrático sobre las limitaciones a derechos humanos. De las tres manifestaciones de este principio, ha encontrado especial reflejo en la jurisprudencia de Estrasburgo la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el juicio de ponderación entre el peso de la finalidad perseguida y el alcance de la limitación o intervención en el derecho, lo cual va dirigido a evaluar si la injerencia es necesaria en un sentido lato⁵⁷.

Por otra parte, el concepto de la sociedad democrática ha sido uno de los cauces por los cuales ha discurrido un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte, ya que la jurisprudencia, sin perjuicio de delinear algunos rasgos generales esenciales, frecuentemente no se apoya en una definición abstracta y universal de democracia, sino en una revisión de la situación jurídica reinante en los países europeos, como lo hace en general en la interpretación denominada autónoma⁵⁸ de las categorías del Convenio. Ello propicia la identificación de estándares democráticos europeos que pueden ser empleados en el examen de licitud de medidas limitativas de derechos. La existencia de tales estándares tiende a estrechar el margen de apreciación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele reconocer a los Estados⁵⁹. En ausencia de un consenso europeo, ese margen se ensancha; dicho Tribunal admite además, dentro de ciertos límites, distintas visiones o sensibilidades históricas, culturales o éticas en los Estados miembros, que repercuten en la regulación sobre el ejercicio de los derechos⁶⁰, lo cual puede fundamentar soluciones normativas diferenciadas. Estos aspectos del sistema de tutela de derechos del Consejo de Europa no serán profundizados, por no referirse al tema central de esta obra.

⁵⁵ Preámbulo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁵⁶ GRABENWARTER, *op. cit.*, pág. 116.

⁵⁷ Ídem, pág. 117.

⁵⁸ GRABENWARTER, *op. cit.*, pág. 38.

⁵⁹ ALEXANDER DÄBLER, *op. cit.*, págs. 39 y ss.

⁶⁰ Caso *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, sent. de 22 abril 2013, párr. 123; Caso *Lautsi and others v. Italy*, sent. de 18 marzo 2011, párrs. 57 y ss.

Conviene apuntar finalmente que la relevancia de la democracia dentro del Convenio Europeo puede llegar a apuntalar la justificación de la restricción impuesta sobre algún derecho humano. La democracia ha sido considerada, como ya se apuntó, un *elemento fundamental del orden público europeo*. La protección del sistema o de las instituciones democráticas ha sido en ocasiones invocada para sustentar la limitación de algún derecho, lo cual resulta válido si ello queda comprendido por las finalidades previstas, como base para una restricción, en la norma que consagre el derecho respectivo⁶¹, dado que “en orden a garantizar la estabilidad y efectividad de un sistema democrático el Estado puede verse obligado a adoptar medidas específicas destinadas a protegerse a sí mismo”⁶². Así pues, la idea de una democracia defensiva o combatiente, que en aras de su preservación está dispuesta a imponer barreras al ejercicio de ciertos derechos, no riñe con las disposiciones del Convenio⁶³, aunque se encuentra sujeta a los requisitos que este fija a toda restricción de los derechos allí reconocidos⁶⁴. Esta eventual arista limitativa de derechos humanos de la democracia o de la sociedad democrática, cuya trascendencia es menor a la de su dimensión condicionante de las respectivas facultades estatales, no debe pasar inadvertida⁶⁵.

B) Alcance general del control democrático basado en dicha cláusula

Tal como ya se indicó, el control democrático que puede ejercerse sobre las limitaciones a derechos humanos se aplica tanto a la finalidad perseguida por la medida restrictiva de algún derecho como también a su necesidad o justificación material. Conviene aproximarnos a esta doble vertiente de ese control, antes de esbozar los correspondientes criterios desarrollados en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

⁶¹ Específicamente cuando se trate de los derechos reconocidos en los arts. 6.1 y 8 a 11 del Convenio. Mientras que respecto del derecho a elecciones libres, formulado genéricamente en el art. 3 (derecho a elecciones libres) del Protocolo núm. 1, sin incluir una previsión sobre la posible restricción, se ha admitido la imposición de limitaciones “implícitas”; *vid.* caso *Zdanoka v. Latvia*, sent. de 16 marzo 2006, párr. 103.

⁶² Caso *Zdanoka v. Latvia*, *op. cit.*, párr. 98. *Vid.* también caso *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, *op. cit.*, párrs. 99 y ss.

⁶³ *Vid.*, entre otros, el caso *Vogt v. Germany*, sent. de 26 septiembre 1995, párr. 51, y caso *Langner v. Germany*, sent. de 17 septiembre 2015, párrs. 39 y ss.

⁶⁴ Sobre la discutible posibilidad de acudir, como último recurso, al art. 17 del Convenio para respaldar la limitación al ejercicio de algún derecho en defensa de la democracia *vid.* caso *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, sent. de 13 febrero 2003, párr. 96.; F. JACOBS/R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon, 1996, págs. 310 y ss.

⁶⁵ Al respecto *vid.* DANIEL GARCÍA, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, págs. 58, 98 y 134.

Los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo, que reconocen los derechos al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la libertad de expresión, y a la libertad de asociación y de reunión, respectivamente, aluden a la sociedad democrática al establecer, en el párrafo segundo de las respectivas disposiciones, las condiciones bajo las cuales tales derechos pueden ser objeto de restricciones. Además de someter tales restricciones a las exigencias de la legalidad y de la necesidad, el Convenio señala los fines que aquellas pueden perseguir, los cuales presentan algunas variaciones en función del derecho regulado. Así, solo en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, se admite que “el bienestar económico del país” pueda justificar una limitación legal (art. 8.2); asimismo, únicamente la libertad de expresión queda expuesta a restricciones fundadas en la protección “de la reputación” de una persona, de la “integridad territorial”, de “la autoridad o la imparcialidad del poder judicial” o en el propósito de “impedir la divulgación de informaciones confidenciales” (art. 10.2). En lo que atañe a los fines que figuran en todas las disposiciones señaladas (la protección de la salud o de la moral, de la seguridad y el orden, o de los derechos de otros), se observan matices en la redacción. También los hay en la formulación que recibe la cláusula en el artículo 6.1 del Convenio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la enunciación de fines lícitos contenida en los artículos 8 al 11 del Convenio tiene carácter taxativo y ha rechazado los intentos de trasladar alguna finalidad incluida en la cláusula restrictiva de algún derecho a otro que no la contemple⁶⁶. No obstante, los fines mencionados en dichos preceptos son sumamente genéricos, por lo que no es frecuente que la limitación de algún derecho sea rechazada por la jurisprudencia de Estrasburgo con fundamento en la falta de correspondencia entre los objetivos de la medida estatal y los fines previstos en el Convenio. Pero ello no significa que el examen de la licitud de la finalidad perseguida por la limitación de algún derecho carezca completamente de relevancia práctica, como la propia jurisprudencia lo demuestra⁶⁷.

En este contexto puede tener significación la cláusula de la sociedad democrática, pues esta permite controlar la interpretación o alcance atribuido por las autoridades a los fines enunciados en los artículos citados, que debe estar en consonancia con los principios de la democracia. Ello puede ilustrarse con una finalidad aceptada por todas las disposiciones mencionadas, con variaciones en la redacción, como lo es la protección del orden público. Justamente en relación con este concepto la representación francesa subrayó, como ya se indicó,

⁶⁶ LOGEMANN, *op. cit.*, págs. 189 y ss.

⁶⁷ Cfr. el caso *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, sent. de 25 enero 2007, párr. 31.

la importancia de incluir en la Declaración Universal de Derechos Humanos la referencia a la democracia, en el marco de las limitaciones a los derechos proclamados, pues la significación atribuida a la noción de orden público y la visión estatal sobre la manera de afrontar las situaciones que puedan alterarlo tenderán a variar en función del sistema político imperante y, en particular, de los principios rectores de las relaciones entre la libertad y la autoridad. En regímenes que, sin renegar de los derechos humanos, posean inclinaciones autoritarias, el mantenimiento del orden será por lo general un objetivo esencial de la acción estatal y en su nombre seguramente se adoptarán numerosas medidas restrictivas de derechos, las cuales no necesariamente han de superar el tamiz de la sociedad democrática. Una comprensión del orden como garantía absoluta de la tranquilidad pública y como ausencia de toda perturbación en vías o espacios públicos sería, por ejemplo, contraria a una sociedad democrática.

En lo que atañe a definir la justificación de la limitación de algún derecho y, por tanto, al examen de la relación entre los medios y los fines, es capital la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual ha sido inferido de la exigencia de la necesidad de la restricción en una sociedad democrática. Este ha sido el ámbito en el que la cláusula de la sociedad democrática ha tenido mayor relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este no suele realizar sistemáticamente un juicio de proporcionalidad estructurado en los tres niveles antes explicados, sino que a menudo entra a analizar globalmente la proporcionalidad, centrándose en los asuntos controvertidos y en la proporcionalidad en sentido estricto. En ocasiones ha sido considerada también la existencia de una alternativa menos gravosa y apta para el cumplimiento del fin legislativo⁶⁸. Sin embargo, además de ese principio, con fundamento en esa cláusula se han formulado criterios de control relacionados con la democracia. No siempre es claro si para dicho Tribunal tales criterios deben insertarse en la ponderación entre los bienes en conflicto, o sea, en el tercer escalón de la proporcionalidad, como parece lógico, o si poseen más bien un carácter autónomo. Pero por lo general los elementos de control democrático operan en conjunción con el análisis de proporcionalidad, como factores que ayudan a sopesar el alcance de la injerencia. En cualquier caso, estos están llamados a tener una significación en el examen de licitud de las restricciones a los derechos, desde la óptica de la justificación de la restricción, ya que, como sabemos, la única necesidad que puede sustentar una injerencia en alguno de los derechos garantizados es aquella que provenga de una sociedad democrática⁶⁹.

⁶⁸ GRABENWARTER, *op. cit.*, págs. 115-116.

⁶⁹ Caso *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, sent. de 14 febrero 2006, párr. 63.

C) *Criterios para un control democrático de las restricciones a derechos humanos*

La principal base conceptual para un control democrático de las restricciones a los derechos humanos ha de hallarse en la propia noción de democracia, lo cual podría hacer pensar que la correspondiente jurisprudencia de Estrasburgo se ha apoyado en una definición abstracta o general de la democracia o de la sociedad democrática. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha preferido establecer, a la luz de los casos concretos, algunos criterios asociados a la democracia o a una sociedad democrática, que pueden servir como regla, por lo general complementaria, para medir la licitud de las limitaciones impuestas a los derechos humanos.

Es fácil en cambio encontrar en su jurisprudencia declaraciones en las que se enfatiza el lugar capital que la democracia ocupa en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su íntima vinculación con tales derechos. Este lazo indisoluble se hace visible, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el mismo Preámbulo del Convenio: “que establece una muy clara conexión entre el Convenio y la democracia al disponer que el mantenimiento y la más amplia realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales están mejor asegurados, por un lado, mediante una democracia política efectiva y, por el otro, mediante una comprensión y observancia común de los derechos humanos”⁷⁰.

Igualmente, en más de una ocasión la jurisprudencia ha sostenido que la democracia “es el único modelo político contemplado en el Convenio y el único compatible con él”⁷¹. Asimismo, ha afirmado que el “espíritu general” del Convenio o su “finalidad” es “mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática”⁷². Ello explica que con frecuencia se ponga de relieve “la importancia de la democracia en el sistema del Convenio”, lo cual ha repercutido en la interpretación de sus normas. De allí que algunos intentos de desconocer el espíritu de sus disposiciones con apoyo en una lectura supuestamente apegada a su literalidad hayan sido superados gracias a una visión teleológica que ampara lo que es primordial para la democracia⁷³.

⁷⁰ Caso *Zdanoka v. Latvia*, *op. cit.*, párr. 98.

⁷¹ Caso *Barankevich v. Russia*, sent. de 26 julio 2007, párr. 24.

⁷² Caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, sent. de 7 diciembre 1976, párr. 53.

⁷³ *Vid.* el caso *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, *op. cit.*, párr. 25, en relación con la inclusión de los partidos políticos dentro del ámbito de protección del art. 11 del Convenio; el caso *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, sent. de 2 marzo 1987, párr. 49 y 50, en lo concerniente a los derechos políticos del individuo que se desprenden del art. 3 del Protocolo núm. 1, pese a no estar expresamente mencionados en esta disposición;

Esta herencia común democrática se ve reflejada por ángulos diversos en la jurisprudencia del mencionado Tribunal, especialmente en virtud de la cláusula de la sociedad democrática. La visión europea de la democracia de la cual parte el citado Convenio es la de la clásicamente caracterizada como democracia liberal, enriquecida con la preocupación por los problemas económico-sociales y por los cometidos estatales en dicho ámbito. En esa concepción de la democracia se halla comprendida la idea de la “primacía del Derecho” o *rule of law* (o Estado de Derecho), lo cual explica que dicha cláusula haya favorecido el reconocimiento tanto del principio de proporcionalidad, empleado para determinar la justificación de la limitación de los derechos, como de exigencias de fundamentación de las diferencias de tratamiento jurídico en el campo del derecho a la igualdad. A continuación se considerarán proyecciones específicas del acervo democrático sobre el examen de licitud de las restricciones a derechos humanos, englobadas bajo los conceptos de pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura.

a) *El pluralismo*. Desde su jurisprudencia más temprana el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorporó la referencia al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura como rasgos fundamentales de una sociedad democrática. No siempre estos tres rasgos son mencionados conjuntamente, pues a veces se alude solamente al pluralismo, el cual expresa cabalmente la idea de fondo que les es común. Según dicho Tribunal “no puede haber democracia sin pluralismo”⁷⁴. El pluralismo ha sido calificado como “la dimensión ética de la sociedad democrática”, la cual se proyecta potencialmente sobre todas las disposiciones convencionales⁷⁵. En igual sentido se ha afirmado que la idea del derecho que se desprende de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la propia de una sociedad pluralista sometida a la preeminencia del derecho y comprometida con la garantía de los derechos esenciales del ser humano⁷⁶. Este principio posee en su jurisprudencia un amplio alcance, pues no se agota en el pluralismo político o ideológico, entendido como la protección de la existencia y funcionamiento de variados partidos políticos, con diversas plataformas programáticas, así como del derecho de cada persona a profesar y defender las ideas políticas de su preferencia. El pluralismo que dicha jurisprudencia asocia al concepto de la sociedad democrática se extiende

o el caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, *op. cit.*, párr. 50, en cuanto a la garantía del pluralismo educativo prevista en el art. 2 del citado Protocolo, que rige no solo en las escuelas privadas sino también en las públicas.

⁷⁴ Caso *Manole and others v. Moldova*, sent. de 17 septiembre 2009, párr. 95.

⁷⁵ YANNICK LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, pág. 358.

⁷⁶ D. ROUSSEAU, F. SUDRE (Ed.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: droits et libertés en Europa*, Paris, STH, 1990, pág. 19.

al ámbito filosófico, cultural y educativo, al libre desarrollo de la personalidad, a las creencias religiosas, a la cosmovisión y a la libertad sindical.

Los primeros pasos en el reconocimiento de esta faceta de la sociedad democrática fueron dados en casos relacionados con el derecho a la educación y la libertad de expresión. En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* se examinó si la introducción por ley de la educación sexual integral y obligatoria en las escuelas primarias públicas constituía una violación, entre otros, del derecho a la educación o enseñanza de los recurrentes, garantizado por el artículo 2 del primer Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los recurrentes alegaban, en su condición de padres de niños en edad escolar, que el deber de recibir la educación sexual impuesta por la ley vulneraba su derecho a asegurar a sus hijos una educación y enseñanza “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, amparado por la segunda parte del artículo 2 del citado protocolo. Lo relevante desde la perspectiva de este trabajo es que para el tribunal la finalidad de esta disposición es “salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo esencial a la preservación de la sociedad democrática, tal como está concebida por el Convenio”⁷⁷. Esta repercusión de la democracia sobre el sistema educativo se traduce, según la sentencia, en que es deber del Estado que las informaciones o conocimientos que figuren en el programa sean difundidos de manera “objetiva, crítica y pluralista”, lo cual excluye adoctrinamientos que puedan ser considerados irrespetuosos de las convicciones religiosas o filosóficas de los padres⁷⁸. Tras examinar la legislación en cuestión, se concluyó que esta no representaba un intento de adoctrinamiento dirigido a preconizar un determinado comportamiento sexual, razón por la cual fue desechada la denuncia de vulneración del derecho indicado.

En el caso *Handyside contra el Reino Unido*, relativo principalmente a una posible vulneración de la libertad de expresión, se dejó sentada la íntima conexión existente entre la sociedad democrática y los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. En la situación concreta examinada el reclamante, propietario de una editorial, había sido sometido por las autoridades británicas a un conjunto de medidas relacionadas con la publicación de un libro calificado por ellas como obsceno, por sus efectos negativos para la moralidad de niños o adolescentes. Al adoptar su decisión el Tribunal Europeo desestimó la denuncia de violación de la libertad de expresión, en virtud del margen de apreciación que a menudo reconoce a los Estados en temas referidos a la moral, entre otras razones. Pero quedaron establecidas bases para un control democrático de las limitaciones a los derechos humanos. No solo porque los valores antes enunciados fueron anudados a la noción de la

⁷⁷ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, *op. cit.*, párr. 50.

⁷⁸ Ídem, párr. 53.

sociedad democrática, sino porque además fue subrayada la significación de la libertad de expresión para la democracia, lo cual luego será abordado⁷⁹.

Ha sido justamente en el campo de la libertad de expresión, así como en el de la libertad de asociación con fines políticos, donde más frecuente ha sido la apelación al pluralismo, la tolerancia y la apertura; en menor medida han sido invocados en relación con la libertad religiosa y el derecho de reunión. Un buen ejemplo de ello es el caso *Partido Socialista y otros contra Turquía*, en el cual se sometió a consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la disolución de ese partido político, que había sido acordada por el Tribunal Constitucional de Turquía. La disolución se basaba, entre otros motivos, en que la plataforma política de dicho partido sostenía la idea de la existencia de dos naciones dentro de la República de Turquía y preconizaba una federación kurdo-turca, en detrimento de la unidad de la nación turca y de la integridad territorial del Estado turco. Además, se afirmaba que ese partido era ideológicamente contrario al nacionalismo de Atatürk, calificado como el principio más fundamental sobre el que descansaba esa República. Para respaldar estos señalamientos se tuvieron en cuenta, entre otros elementos, declaraciones emitidas por el Presidente de esa organización política.

En su sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que había sido vulnerado el derecho de asociación en conexión con la libertad de expresión, pues la disolución y demás medidas ligadas a esta no estaban justificadas. Al sustentar esta decisión el Tribunal puso de relieve la importancia del pluralismo en una democracia. Ratificando lo afirmado en otros pronunciamientos, señaló que no puede haber democracia sin pluralismo y que por ello la libertad de expresión asegurada por el Convenio es aplicable “no solamente a la información o a las ideas que son recibidas favorablemente o vistas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, alarman o perturban”⁸⁰. Igualmente, subrayó que “una de las principales características de una democracia es la posibilidad que esta ofrece de resolver los problemas de un país mediante el diálogo, sin recurrir a la violencia, incluso cuando ellos sean enojosos”⁸¹. En relación con los partidos políticos, destacó el papel esencial que están llamados a cumplir para el buen funcionamiento de la democracia.

En la valoración de las aseveraciones del presidente del partido el Tribunal estimó primordial que las mismas no implicaban un llamado al uso de la violencia ni “un rechazo a los principios democráticos”; por el contrario, en sus declaraciones el Presidente de la organización política había subrayado en más de una oportunidad que los objetivos trazados debían alcanzarse de-

⁷⁹ Caso *Handyside v. the United Kingdom*, sent. de 7 diciembre 1976, párrs. 48 y ss.

⁸⁰ Caso *Socialist Party and Others v. Turkey*, *op. cit.*, párr. 41.

⁸¹ Ídem, párr. 45.

mocráticamente, mediante elecciones o mediante un referendo. El carácter separatista del mensaje difundido por el Partido Socialista y sus apelaciones a la autodeterminación del pueblo turco, entendidos como premisas para la instauración democrática de una federación kurdo-turca, tampoco brindaba fundamento, a juicio del Tribunal, para la disolución, ya que “[E]l hecho de que tal programa político sea considerado incompatible con los actuales principios y estructuras del Estado turco no lo hace contrario a las reglas de la democracia. Es de la esencia de la democracia permitir que programas políticos diversos sean propuestos y debatidos, incluso aquellos que pongan en cuestión la manera como un Estado está actualmente organizado, siempre que no supongan un menoscabo a la democracia como tal”⁸².

Esta generosa concepción del pluralismo, que en varias ocasiones ha sido ratificada por la jurisprudencia⁸³, incidió en la determinación judicial de estimar que las medidas adoptadas no eran necesarias en una sociedad democrática. De esta forma, el pluralismo va más allá de los linderos de lo constitucionalmente imperante, dado que admite y ampara proyectos políticos que objeten la regulación o la organización constitucional establecida, siempre que se acepten los principios de la democracia. Ello no implica que la defensa del pluralismo carezca de límites, pero sí garantiza un amplio espacio para la confrontación política de programas ideológicos diversos y, por tanto, reduce las posibilidades de una intervención estatal restrictiva.

A una conclusión similar se ha llegado desde la perspectiva de la libertad de reunión pacífica, puesta en concordancia con la libertad de expresión. Se ha reconocido que ese derecho es un componente fundamental de una sociedad democrática. Al interpretarlo suele subrayarse su conexión con la libertad de expresión, especialmente cuando se trata de reuniones o manifestaciones en lugares públicos mediante las cuales se intente transmitir un mensaje a la colectividad. Esta vinculación de la libertad de reunión con la libertad de expresión implica un reforzamiento de la protección jurídica, en particular cuando las ideas que se pretende difundir son de índole política.

En la evolución de su jurisprudencia, dicho Tribunal ha enfatizado que la libertad de reunión es un “derecho fundamental en una sociedad democrática” y, al igual que la libertad de expresión, uno de los pilares de este tipo de sociedad⁸⁴. Ha sido considerada asimismo parte de los “valores fundamentales de una sociedad democrática”, en la cual los problemas se resuelven mediante un debate abierto⁸⁵. Su ámbito protegido no puede ser interpretado de forma

⁸² Ídem, párr. 47.

⁸³ Caso *Dicle pour le Parti de la Democratie (DEP) c. Turquie*, sent. de 10 diciembre 2002, párrs. 43 y ss.; caso *Delfi As v. Estonia*, sent. de 16 junio 2015, párr. 231.

⁸⁴ Caso *Djavit An v. Turkey*, sent. de 20 febrero 2003, párr. 56.

⁸⁵ Caso *Güneri et autres c. Turquie*, sent. de 12 julio 2005, párr. 76.

restrictiva y se han declarado ilícitos los intentos de limitar indirectamente su ejercicio. Se ha rechazado también la prohibición de manifestaciones, a menos que estas persigan la incitación a la violencia o el desconocimiento de la democracia. Dicha libertad es uno de los medios de protesta o de contribución a la formación de opinión pública que en una sociedad democrática deben estar a disposición incluso de quienes decidan cuestionar pacíficamente el orden establecido⁸⁶.

El caso *Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden contra Bulgaria* ilustra la amplitud de la garantía de la libertad de reunión en el contexto de la expresión de ideas políticas. Al examinar la justificación de sucesivas prohibiciones de las autoridades para realizar manifestaciones convocadas por dicha organización, que afectaron a los reclamantes, la sentencia dictada puso de relieve la imbricación entre la libertad de expresión y la de reunión, así como su importancia para la preservación del pluralismo⁸⁷. En la situación particular tales prohibiciones fueron consideradas violatorias del derecho de reunión, aunque el registro de la organización citada había sido negado por las instancias internas alegando, entre otras razones, que sus fines eran inconstitucionales al ser contrarios a la integridad de la nación, a causa de su afán por unir político-territorialmente a la población de origen macedonio, incluyendo a la que residía en otros Estados, y pese a que las autoridades habían puesto en entredicho el carácter pacífico de las manifestaciones convocadas y habían aducido el rechazo que generarían en buena parte de la población.

En la sentencia se objetó que la negación del registro de una asociación por motivos como el mencionado condujera automáticamente a considerar lícita la prohibición del ejercicio de la libertad de reunión pacífica. Además, se señaló que la formulación de demandas autonomistas o eventualmente secesionistas, así como la promoción de los respectivos cambios territoriales y constitucionales por sí solas no justificaban la prohibición de reuniones o manifestaciones. En relación con este punto se advirtió que una intervención estatal preventiva dirigida a prohibir reuniones que no inciten a la violencia ni al rechazo de los principios democráticos hace un flaco servicio a la democracia e incluso tiende a ponerla en peligro⁸⁸. En cuanto a los alegados elementos de violencia que el gobierno asociaba a las manifestaciones, se declaró que los mismos no habían sido acreditados. La posible afectación de la opinión de terceros fue igualmente desechada como motivo válido para la prohibición, pues si el solo riesgo de tensiones a raíz de una reunión o manifestación justificase su prohibición,

⁸⁶ Caso *Djavit An v. Turkey*, *op. cit.*, párrs. 56 y ss.; caso *Güneri et autres c. Turquie*, *op. cit.*, párrs. 76 y ss.

⁸⁷ Caso *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, sent. de 2 octubre 2001, párrs. 85 y 86.

⁸⁸ Ídem, párr. 97.

“la sociedad estaría expuesta a ser privada de la oportunidad de escuchar diferentes visiones sobre cualquier cuestión que ofenda la sensibilidad de la opinión de la mayoría”⁸⁹.

En materia de libertad religiosa el pluralismo también ha desempeñado un papel capital en la determinación de la compatibilidad con el Convenio de limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la propia religión o creencias. De acuerdo con una doctrina jurisprudencial consolidada “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de una ‘sociedad democrática’ en el sentido del Convenio”, ello justamente en virtud de su relación con el pluralismo. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “el pluralismo consustancial a una sociedad democrática, conquistado con gran esfuerzo a lo largo de los siglos” depende de esa libertad⁹⁰.

Obsérvese que ese pilar de la democracia va más allá de las libertades de actuación política inherentes a este sistema y recae sobre el ámbito de la conciencia individual, siendo una muestra de que la democracia, conforme a la jurisprudencia de Estrasburgo, presupone la protección de la autonomía privada, no solo de la autonomía política. Esta perspectiva está claramente presente en la jurisprudencia, según la cual la mencionada libertad es “en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”. También se ampara, en virtud del pluralismo inherente a una sociedad democrática, la autonomía organizativa de las comunidades religiosas, lo cual enlaza la libertad religiosa con la libertad de asociación.

Con fundamento en el principio del pluralismo se ha reconocido un deber estatal de neutralidad e imparcialidad en materia religiosa⁹¹, el cual no excluye la función que en este campo pueda cumplir el Estado para armonizar los intereses de las diversas comunidades religiosas existentes en una nación, pero sí se opone a la pretensión del Estado de erigirse en instancia facultada para determinar la legitimidad de una creencia religiosa o sus formas de expresión u organización. A este respecto bien vale la pena mencionar el caso *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldavia*, en el que esa organización religiosa, calificada como una Iglesia Ortodoxa autónoma con jurisdicción canónica en Moldavia, objetaba la falta de reconocimiento por parte de la República de Moldavia.

El Estado justificaba la negativa al reconocimiento aduciendo, entre otros argumentos, que dicha iglesia no representaba un nuevo culto, sino una expresión del culto cristiano ortodoxo ya institucionalizado en cabeza de la Iglesia

⁸⁹ Ídem, párr. 107.

⁹⁰ Caso *Kokkinakis v. Greece*, sent. de 25 mayo 1993, párr. 31.

⁹¹ Caso *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, sent. de 5 diciembre 2017, párrs. 36 y ss.

Metropolitana de Moldavia. La tendencia separatista de la Iglesia reclamante explicaría su propósito de obtener un reconocimiento propio, a lo cual se sumaban afirmaciones del Estado referidas al supuesto trasfondo político del caso, lo que le llevó a invocar en su favor razones de orden público y de seguridad pública. El Estado alegaba que no había “absolutamente ninguna diferencia desde el punto de vista religioso” entre la iglesia recurrente y la Iglesia Metropolitana de Moldavia, siendo la primera un grupo cismático dentro de la segunda. La iglesia recurrente debía resolver sus desavenencias con la Iglesia Metropolitana de Moldavia, en lugar de solicitar al Estado que interviniera en asuntos de esta última.

Entre otros muchos aspectos del caso, resulta pertinente destacar que, según la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Moldavia no había cumplido su deber de neutralidad e imparcialidad en materia religiosa, al haber afirmado que la iglesia reclamante no era un nuevo culto y al remitirla, para la solución del conflicto, a una comunidad religiosa previamente reconocida por el Estado. Adicionalmente, dicho deber exige a los Estados asegurar que los grupos en conflicto se toleren, incluso cuando se originen en una misma comunidad. Para el Tribunal “el papel de las autoridades en una situación de conflicto entre o dentro de grupos religiosos no es el de remover las causas de la tensión mediante la eliminación del pluralismo, sino el de asegurar que los grupos enfrentados se toleren”⁹². Se comprobó, pues, una vulneración de la libertad religiosa, ya que el Tribunal no consideró acreditados los otros argumentos esgrimidos para sustentar la postura estatal.

Es preciso señalar que en las distintas esferas mencionadas se exige del Estado un papel no solamente pasivo, consistente en el deber de abstenerse de realizar acciones contrarias al pluralismo, sino que a veces se requiere del mismo una postura activa, orientada a asegurar el respeto a la diversidad en la vida social; de ahí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya sostenido que el Estado es “el último garante” del principio del pluralismo⁹³. Las respectivas obligaciones positivas han sido subrayadas respecto del pluralismo en el ámbito de los medios audiovisuales⁹⁴.

b) *La tolerancia y el espíritu de apertura*. En relación con el criterio de la tolerancia y el espíritu de apertura, la jurisprudencia sobre la libertad de expresión, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y sobre la libertad religiosa, entre otros derechos, es especialmente ilustrativa. En el caso *Lingens contra Austria*⁹⁵, como precedente fundamental en la materia, se planteó

⁹² Caso *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, sent. de 13 diciembre 2001, párr. 116.

⁹³ Cfr., entre otros, el caso *Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, sent. de 28 junio 2001, párr. 73.

⁹⁴ Caso *Manole and others v. Moldova*, *op. cit.*, párrs. 95 y ss.

⁹⁵ Caso *Lingens v. Austria*, sent. de 8 julio 1986.

ante los órganos de Estrasburgo la situación de un periodista que había sido condenado por publicar artículos contra el Canciller austríaco y Presidente del Partido Socialista de Austria, a quien calificó de “inmoral e indigno” por su supuesta benevolencia hacia el pasado nazi de algunos políticos. Lo que ahora interesa destacar de la correspondiente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que reiteró que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son esenciales a una democracia. Además, aplicando al caso concreto estos postulados, sostuvo que los políticos están lícitamente expuestos en mayor medida que los particulares a la crítica y al escrutinio de los periodistas y del público en general, por lo que deben mostrar “un mayor grado de tolerancia”⁹⁶. Aquí la tolerancia no está concebida propiamente como una virtud personal de la cual el político deba hacer gala, sino básicamente como una consecuencia de la justificación de la observación pública de la conducta del político o funcionario, asociada a su vez a la importancia de la discusión abierta sobre asuntos de interés público en una democracia, lo cual condujo a la declaración de la existencia de una violación a la libertad de expresión.

Ha sido extensa la línea jurisprudencial que ha consolidado el criterio sostenido en el caso *Lingens*⁹⁷. Incluso en el ámbito de las fuerzas armadas se ha sostenido que la noción de sociedad democrática impone, aunque con adaptaciones, un talante tolerante respecto de la discusión pública de ideas sobre el mundo militar así como acerca de su difusión en dicho ámbito, pues también esas fuerzas deben ser expresión de una sociedad democrática⁹⁸.

La tolerancia y el espíritu de apertura han estado presentes en la jurisprudencia relativa al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Así, en sentencias relativas a la afectación de la vida privada derivada del carácter punible de actos consentidos y privados de homosexualidad entre adultos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó que, al evaluar la necesidad de una injerencia en el derecho consagrado en el artículo 8 del Convenio, era preciso tener en cuenta dos aspectos capitales de la “sociedad democrática”, como lo son “la tolerancia y el espíritu de apertura”⁹⁹. Lo mismo ha ocurrido en casos referidos a destituciones de integrantes de las fuerzas armadas acordadas en razón de su homosexualidad, en los que dichos conceptos han sido reiterados. Entonces se alegaba que simples prejuicios estaban siendo invocados para justificar una intervención en el derecho a la vida privada. En este particular la jurisprudencia ha sido rotunda al afirmar que los Estados no pueden basarse en simples prejuicios para fundamentar una injerencia en la vida privada¹⁰⁰.

⁹⁶ Ídem, párr. 42.

⁹⁷ Vid., entre otros, el caso *Otegi Mondragon v. Spain*, sent. del 15 marzo 2011, párrs. 48 y ss.

⁹⁸ *Caso Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, sent. de 19 diciembre 1994, párr. 38.

⁹⁹ Caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, sent. de 22 octubre 1981, párr. 53.

¹⁰⁰ Caso *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, op. cit., párr. 76.

La tolerancia y el espíritu de apertura no han sido en este contexto el criterio principal desde el cual se mide la licitud de la afectación del derecho a la vida privada, pero sí han constituido un criterio complementario para la verificación de la necesidad de la intervención en este derecho. Tales conceptos no pretenden sustituir al derecho en juego ni a la proporcionalidad en el examen de licitud de una restricción, sino tan solo coadyuvar al reconocimiento de restricciones injustificadas o excesivas. En este sentido, la tolerancia y el espíritu de apertura fomentan una mirada crítica frente a la adopción de limitaciones a los derechos humanos con fundamento en la concepción social prevaleciente sobre la aceptabilidad de las formas de vida de la persona, a partir de estereotipos con los que se imponen tratamientos discriminatorios.

Otra esfera en la que el enfoque de la tolerancia y la apertura ha encontrado proyección es el de los derechos de los condenados. Los casos *Hirst contra el Reino Unido* y *Dickson contra el Reino Unido* son particularmente ilustrativos. El primero versaba sobre la prohibición general de ejercicio del derecho al voto que pesaba sobre las personas objeto de penas privativas de la libertad en el Reino Unido. Al examinar este asunto desde la perspectiva del artículo 3 del Protocolo 1 al Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que una prohibición global y por lo tanto indiferenciada o indiscriminada de disfrute de un derecho consagrado en el Convenio (o sus Protocolos) rebasaba las fronteras del margen de apreciación reconocido a los Estados y declaró, por consiguiente, que la suspensión general del derecho al voto que afectaba a los condenados a penas privativas de la libertad resultaba incompatible con el artículo 3 del citado Protocolo. La sentencia descartó que el interés en no contrariar o irritar a la opinión pública pudiera sustentar esa privación del derecho al voto, pues ello no tendría cabida en el “sistema del convenio, en el cual la tolerancia y el espíritu de apertura son las notas distintivas reconocidas de una sociedad democrática”.

En el segundo de los casos citados se examinó la normativa y la praxis imperantes en el Reino Unido en relación con la posibilidad de que los reclusos del sexo masculino interesados en tener descendencia obtuvieran las facilidades necesarias con miras a la realización de una inseminación artificial a su pareja, al no estar permitida la visita conyugal. En la situación particular sometida al conocimiento del Tribunal, se había negado a un condenado la autorización correspondiente, frente a lo cual él invocaba la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar. Entre otras cosas, el Tribunal constató que, según la política establecida en esta materia por las autoridades competentes, solo de manera muy excepcional se aceptaba una solicitud para facilitar la inseminación artificial. Lo más importante para la declaración de la violación del artículo 8 del Convenio fue, no obstante, la comprobación de que dicha política no dejaba espacio para una apreciación de la proporcionalidad del rechazo a las respectivas solicitudes, es decir, para una ponderación de los intereses públicos y

privados en conflicto, a partir de las circunstancias del caso concreto. También en esta ocasión la sentencia descartó que un eventual propósito de restringir el derecho en juego para no contrariar o alterar a la opinión pública pudiera hallar justificación a la luz del Convenio. Ello en virtud de la necesidad de preservar la tolerancia y el espíritu de apertura distintivos de la sociedad democrática¹⁰¹.

En estas y otras sentencias análogas se observa que la tolerancia y el espíritu de apertura son aducidos para desechar un abordaje de temas controvertidos o discutibles que esté dominado por prejuicios o por la intención de no perturbar a quienes participen de opiniones prevalecientes o extendidas en la sociedad, cuando ello incide negativamente en el goce o ejercicio de derechos humanos. De este modo, la preservación de la autonomía individual, como principio subyacente a los derechos del artículo 8 del Convenio¹⁰², ha adquirido relevancia desde la perspectiva de la sociedad democrática y de las notas que la distinguen.

Finalmente, la tolerancia trasciende a las relaciones entre las religiones ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo, las diferencias que surjan entre distintas confesiones religiosas han de resolverse no mediante la eliminación del pluralismo, esto es, de la diversidad, sino procurando que los grupos enfrentados se toleren. La protección del pluralismo en materia religiosa se traduce por tanto en la necesidad de salvaguardar la tolerancia entre las confesiones religiosas, lo cual implica no solo que estas se respeten entre sí, sino también que el Estado evite la adopción de decisiones en materia religiosa animadas por la voluntad de favorecer o perjudicar a un determinado culto.

c) *La preservación de lo propio de una sociedad democrática.* Más allá de los rasgos propios de la sociedad democrática según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este suele acudir a la noción de sociedad democrática o de democracia para confrontarla con las restricciones o injerencias examinadas en el caso sometido a su conocimiento, con lo cual aquella se erige en un criterio complementario de control o, mejor dicho, en una perspectiva de análisis que ilumina el juicio de licitud llevado a cabo a partir del principio de proporcionalidad. En varias de sus sentencias este análisis ha estado referido a la importancia de verificar, frente a limitaciones que puedan poner seriamente en riesgo las libertades individuales inherentes a la sociedad democrática, la existencia de garantías suficientes que impidan la comisión de abusos de poder, las cuales están a su vez asociadas al concepto del Estado de Derecho. De acuerdo con su jurisprudencia, las injerencias o restricciones en los derechos humanos dejan de ser necesarias, en los términos del Convenio, si resultan irrespetados los “valores” de una sociedad democrática. Entre ellos se encuentra la preeminencia del derecho, lo cual implica, entre otras cosas, que la afectación de tales derechos por medidas del ejecutivo debe estar sometida

¹⁰¹ Caso *Dickson v. The United Kingdom*, sent. de 4 diciembre 2007, párr. 75.

¹⁰² Caso *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, sent. de 11 julio 2002, párr. 90.

a un control eficaz, “que debe ser asegurado normalmente, al menos en el último recurso, por el poder judicial, puesto que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento regular”¹⁰³.

Desde los casos *Klass y otros contra Alemania* y *Leander contra Suecia* la jurisprudencia de Estrasburgo ha vinculado la preservación de la democracia con la limitación de los poderes estatales de acceder a comunicaciones privadas o a datos de carácter personal. El primer caso versaba sobre la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y del secreto de la correspondencia que podría haber sido causada por una legislación que autorizaba la adopción de medidas secretas de vigilancia en ciertos supuestos referidos a la protección de la seguridad nacional, las cuales abarcaban la apertura y revisión de la correspondencia y la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas. Son muchos los aspectos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que merecerían ser comentados desde la óptica del derecho mencionado, cuya lesión no fue declarada en esta ocasión, en parte por el margen de apreciación conferido a las autoridades nacionales, pero lo significativo en el contexto temático en que nos hallamos es que para dicho Tribunal era fundamental examinar si de acuerdo con la ley respectiva tales medidas quedaban sujetas a mecanismos apropiados de control, que debían representar garantías adecuadas y suficientes contra los posibles abusos. Esta exigencia de control y de garantías estuvo claramente vinculada a los riesgos derivados de esas medidas, pues aquel Tribunal afirmó al sustentarla que, si bien era legítima la protección de la sociedad democrática como trasfondo de la limitación adoptada, estaba “consciente de los peligros inherentes a tal ley de socavar o destruir la democracia con la excusa de defenderla”¹⁰⁴.

La preocupación por los efectos de esa legislación se comprende mejor si se tiene en cuenta que el Tribunal sopesó el alcance de las medidas previstas en ella, las cuales podían acordarse sin notificar al afectado, sobre la base de indicios de la comisión actual o inminente de graves delitos contra la paz y la seguridad. Por otro lado, el control de la aplicación de las medidas de interceptación no estaba encomendado a un juez, sino a una comisión independiente designada por una instancia parlamentaria. Por eso la sentencia advirtió que “la simple existencia de la normativa comporta, para todos aquellos a quienes la normativa puede ser aplicada, una amenaza de control que necesariamente impacta en la libertad de comunicación entre los usuarios de los servicios de correos y telecomunicaciones”¹⁰⁵. De allí también el énfasis judicial en la verificación del establecimiento de garantías jurídicas adecuadas y suficientes.

El caso *Leander contra Suecia* estaba relacionado con el almacenamiento y el uso de los datos de una persona, por motivos de seguridad nacional, sin

¹⁰³ Caso *Klass and Others v. Germany*, sent. de 6 septiembre 1978, párr. 55.

¹⁰⁴ Ídem, párr. 49.

¹⁰⁵ Ídem, párr. 41.

que el afectado hubiera sido puesto en conocimiento de la recolección y revisión de esa información personal por un órgano estatal ni de su contenido. La clasificación del señor Leander como un riesgo para la seguridad de la nación implicó que no pudiera continuar desempeñando el destino público que ejercía, considerado sensible, lo cual dio lugar a que adujera ante los órganos del Convenio la violación, entre otros, de su derecho a la vida privada. El Tribunal Europeo reiteró su advertencia sobre los peligros que un sistema de vigilancia como el indicado lleva consigo “de socavar o destruir la democracia con la excusa de defenderla”¹⁰⁶ y exigió garantías y controles apropiados, que en este caso consideró cumplidos. Al resolver que la medida objetada no era desproporcionada, el Tribunal acudió a la doctrina del margen de apreciación que suele reconocer a los Estados, con mayor amplitud aun en materia de seguridad nacional. No obstante, dejando de lado nuevamente la discusión acerca de la justificación de esta contención en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, es relevante que se haya destacado la significación de los mecanismos que deben preverse para evitar excesos en ese ámbito¹⁰⁷. En sentencias posteriores el Tribunal ha precisado las salvaguardas mínimas que debe prever toda ley que contemple medidas secretas de vigilancia o interceptación de las comunicaciones y ha insistido en las indispensables garantías contra posibles abusos que han de establecerse, a fin de evitar que la seguridad nacional sea invocada para menoscabar la democracia. Los “valores de una sociedad democrática” han sido igualmente aducidos para enfatizar el alcance que han de tener los mecanismos de supervisión o revisión sobre el ejercicio de las correspondientes facultades¹⁰⁸.

En varias decisiones la noción de sociedad democrática es invocada para excluir cualquier intento de justificar restricciones a derechos humanos basadas únicamente en el propósito de evitar la irritación de la opinión pública o la generación de inquietud o desasosiego en parte de la población. Así sucedió, por ejemplo, en los casos precitados referidos a los derechos de los condenados privados de libertad, al igual que en el caso *Vajnai contra Hungría*, relativo a la libertad de expresión. Lo aquí debatido era la licitud de la sanción penal infligida a una persona por haber usado públicamente la estrella roja, símbolo del régimen comunista que había imperado en Hungría, ante lo cual el Tribunal declaró, entre otros pronunciamientos, que una injerencia en esta libertad no podía fundarse solamente en el objetivo de impedir que las víctimas de los abusos cometidos en esa época o sus familiares se sintieran irrespetados o alarmados por la libre exhibición de tal símbolo, el cual poseía otros significados no asociados a la dictadura comunista¹⁰⁹. Considerando

¹⁰⁶ Caso *Leander v. Sweden*, sent. de 26 marzo 1987, párr. 60.

¹⁰⁷ Ídem, párr. 67.

¹⁰⁸ Caso *Roman Zakharov v. Russia*, sent. de 4 diciembre 2015, párrs. 231 y ss.

¹⁰⁹ Caso *Vajnai v. Hungary*, sent. de 8 julio 2008, párrs. 56-57.

además los progresos alcanzados en Hungría en la protección de las víctimas del comunismo, se estimó que tales reacciones no podían ser calificadas de racionales, lo cual llevó a afirmar categóricamente que “Un sistema jurídico que aplique restricciones a derechos humanos para satisfacer los dictados de los sentimientos colectivos —reales o imaginarios— no puede ser visto como acorde con las necesidades sociales imperiosas en una sociedad democrática, ya que esta sociedad debe ser racional en sus juicios”¹¹⁰.

De nuevo la sociedad democrática se presenta como un concepto opuesto al sacrificio de derechos humanos motivado por la sola intención de preservar el sosiego de grupos sociales, mayoritarios o no, que puedan sentirse afectados por los mensajes u opiniones expresados por otras personas, o en general por el ejercicio de derechos humanos. Esa clase de sociedad ampara firmemente las ideas inquietantes, heterodoxas o minoritarias, por lo que coloca un dique ante cualquier pretensión de oficializar de manera excluyente una determinada visión del mundo o de subordinar los derechos humanos a las sensibilidades o dogmatismos de la colectividad. De esta forma sigue estando en el trasfondo de la noción de sociedad democrática la protección de la libertad y de la autonomía individual. En consecuencia, también sería contraria a la idea de la sociedad democrática una visión de las relaciones entre lo colectivo y lo individual de acuerdo con la cual los intereses de la mayoría o los que sean calificados como generales deban prevalecer siempre sobre lo individual.

En general, la noción de sociedad democrática ha impactado significativamente en la interpretación de la libertad de expresión y otros derechos, cuando se confrontan con situaciones que comprometen elementos importantes de ese modelo político-social reflejado en el Convenio. Ello explica el desarrollo de la jurisprudencia referido a la libertad de expresión y a su imbricación con la democracia al que se alude en este capítulo. Conviene recordar que para el Tribunal Europeo la libertad de expresión es uno de los “fundamentos esenciales” de una sociedad democrática, y una condición básica para su progreso y para la realización del individuo¹¹¹. Ello ha repercutido en diversas líneas jurisprudenciales relativas al examen de licitud de las limitaciones al ejercicio de ese derecho, entre las cuales sobresalen las referidas a los criterios para resolver colisiones entre esta libertad y el derecho a la vida privada u otros derechos¹¹². Como complemento a lo ya comentado en relación con la actividad periodística, objeto de amplia atención por este Tribunal¹¹³, puede

¹¹⁰ Ídem, párr. 57.

¹¹¹ Caso *Couderc And Hachette Filipacchi Associés v. France*, sent. de 10 noviembre 2015, párr. 88.

¹¹² *Vid.*, entre otros, los casos *Von Hannover v. Germany* (núm. 2), sent. de 7 febrero 2012, párrs. 95 y ss. *Couderc And Hachette Filipacchi Associés v. France*, párrs. 83 y ss.

¹¹³ *Vid.*, entre otros, el caso *Selmani and others v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, sent. de 9 febrero 2017, párrs. 71 y ss.

mencionarse la especial protección que a su juicio ha de otorgarse al trabajo de las organizaciones no gubernamentales, especialmente cuando asumen, junto a la prensa pero desde un perfil propio, el papel de perros guardianes de la democracia. Al ocuparse de materias de interés público y al desempeñar funciones sociales de control sobre el gobierno y en otros asuntos de interés general, cumplen una misión de similar importancia a la de la prensa, por lo que interesa a la sociedad democrática que tales organizaciones estén en condiciones de llevar a cabo sus labores y las limitaciones impuestas en ese contexto al ejercicio de la libertad de expresión quedan sujetas a una revisión escrupulosa y, por tanto, se estrecha el margen de apreciación nacional¹¹⁴. Ello sin perjuicio de ciertos deberes que de igual modo se acentúan, en virtud de la función social prestada¹¹⁵.

d) *La consideración del efecto disuasorio de la intervención.* Un criterio que ha cobrado relevancia en la jurisprudencia de Estrasburgo consiste en la necesidad de ponderar las posibles implicaciones inhibitorias particulares o generales de la restricción examinada. No basta con apreciar la repercusión individual de la limitación o intervención en algún derecho, ya que es preciso atender igualmente a las probables consecuencias futuras que la adopción o confirmación de aquella puede tener para el ejercicio ulterior del derecho por la persona directamente afectada y en la sociedad.

Esta consideración del efecto disuasorio individual y sobre todo social de la limitación de algún derecho (*chilling effect*)¹¹⁶ se encuentra fundamentalmente en pronunciamientos relativos a la libertad de expresión. Es comprensible que esta haya sido un área propicia para el desarrollo de esta doctrina, pues en el análisis de la significación de la libertad de expresión siempre ha estado presente, así sea implícitamente, su faceta tanto individual como institucional, por lo que es natural que la evaluación de la licitud de alguna restricción a esta libertad no pierda de vista la posible incidencia general de la aceptación de tal restricción.

La jurisprudencia ha sostenido que la apreciación del efecto disuasorio de una limitación o intervención forma parte del examen de proporcionalidad al cual aquellas deben someterse¹¹⁷, lo cual resulta acertado, dado que ese peso

¹¹⁴ Caso *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, *op. cit.*, párrs. 102-104; Caso *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina*, sent. de 27 junio 2017, párrs. 86 y ss.

¹¹⁵ Caso *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina*, *op. cit.*, párrs. 159 y ss.

¹¹⁶ *Vid.* PIETER VAN DIJK y OTROS, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, pág. 342.

¹¹⁷ *Vid.*, entre otros, el caso *Cumpana and Mazare v. Romania*, sent. de 17 diciembre 2004, párr. 114.

asociado individual o social de la restricción debe ser incluido en la ponderación llamada a definir la justificación de la medida estatal. Este reconocimiento del efecto disuasorio como un factor que ha de ser tenido en cuenta en el *test* de proporcionalidad es un notable aporte jurisprudencial. Las sentencias correspondientes se apoyan en la función de la libertad de expresión en una democracia y, en particular, en el papel de “perro guardián” que debe cumplir la prensa en una sociedad democrática.

Así, en el caso *Cumpana et Mazare contra Rumania* fue censurada, por contrariar la libertad de expresión, la condena penal impuesta a dos periodistas por haber incurrido en difamación en contra de una figura pública. La difamación se habría producido en virtud de la publicación de un artículo de prensa en el que se denunciaban conductas ilegales de naturaleza contractual cometidas por un funcionario local y una consejera jurídica local, identificados y caricaturizados en el artículo. La falta de exactitud de la información difundida, entre otras razones, había motivado la condena penal y otras sanciones, frente a lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que, si bien había fundamento para la decisión de las autoridades de fijar en las circunstancias del caso restricciones a la libertad de expresión de los periodistas recurrentes, hubo desproporción o exceso al infligir las respectivas sanciones. En particular, se consideró injustificada la adopción de una pena privativa de la libertad, así como la consecuente prohibición de disfrute de ciertos derechos civiles y la suspensión del ejercicio del periodismo durante un año¹¹⁸.

Al declarar la vulneración de la libertad de expresión en este caso fue determinante que se refiriera al debate sobre una materia de interés público, por lo que no había justificación para imponer una pena de prisión, la cual, además, “por su propia naturaleza produce inevitablemente un efecto disuasorio”¹¹⁹. La circunstancia de que los recurrentes hubieran sido favorecidos por un perdón o indulto presidencial y no hubieran sufrido la ejecución de la pena no fue óbice para la consideración del mencionado efecto disuasorio. Especial atención brindó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al efecto inhibitorio (general) de las sanciones infligidas, pues los periodistas podrían verse inclinados a abstenerse de realizar reportajes sobre temas socialmente trascendentales si, en ese contexto, se exponen a sufrir una condena a prisión o la suspensión del ejercicio de su profesión como una sanción por afectar la reputación de los demás¹²⁰. La licitud de una pena privativa de libertad respecto de periodistas que, invocando su libertad de expresión, lesionen otros bienes jurídicos quedó circunscrita a situaciones excepcionales, en las que otros derechos fundamentales o intereses generales hayan sido gravemente

¹¹⁸ Ídem, párrs. 111 y ss.

¹¹⁹ Ídem, párr. 116.

¹²⁰ Ídem, párr. 113.

menoscabados, tales como la difusión de un discurso de odio (*hate speech*) o la incitación a la violencia¹²¹.

En muchos otros casos referidos a la libertad de expresión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado su doctrina sobre la necesidad de tener en cuenta el efecto disuasorio al determinar la licitud de la injerencia estatal en la libertad de expresión, en una sociedad democrática¹²². Esta doctrina de la jurisprudencia está llamada a proyectarse sobre otros derechos protegidos por el Convenio, en la medida en que la admisión de la correspondiente restricción o intervención pueda generar intimidación e inhibición en el ejercicio del derecho respectivo.

e) *Intensificación del control judicial en situaciones que comprometan el desenvolvimiento democrático.* El examen de la proporcionalidad de la limitación de algún derecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado frecuentemente en tensión con el margen de apreciación que este Tribunal tiende a reconocer a las autoridades nacionales cuando definen los medios que estiman necesarios para amparar algún derecho y, correlativamente, para restringir el ejercicio de otro que entre en conflicto con aquel. Dicho margen o deferencia se extiende igualmente a la evaluación del balance que ha de realizarse entre los derechos en colisión¹²³. El Tribunal Europeo suele adoptar, por consiguiente, una postura meramente revisora respecto de la actuación de estas instancias y evita sustituirlas en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto. Verifica, no obstante, si han sido atendidos los criterios que jurisprudencialmente ha ido fijando para determinar la compatibilidad con el Convenio de esas restricciones, como los que previamente han sido esbozados. De manera general se exige que las autoridades nacionales hayan reconocido la existencia de derechos contrapuestos y que al sopesarlos hayan preservado el justo equilibrio entre derechos que ostentan igual relevancia de acuerdo con el Convenio, después de haber examinado suficientemente los hechos correspondientes. La ponderación es entonces, en principio, un asunto de los tribunales nacionales sujeto a un control que puede denominarse de aceptabilidad, aunque el Tribunal se considera facultado a intervenir, haciendo una medición propia del peso de los bienes enfrentados, si se acreditan razones poderosas en contra de la justificación de la limitación. Por otra parte, el margen de apreciación se reduce cuando se constata que la importancia o el alcance o ámbito de algún derecho ha sido desconocido¹²⁴.

¹²¹ Ídem, párr. 115.

¹²² *Vid.*, entre otros, el caso *Lewandowska-Malec v. Poland*, sent. de 18 septiembre 2012, párr. 70.

¹²³ Caso *Aksu v. Turkey*, sent. de 15 marzo 2012, párrs. 62 y ss.; Caso *Perinçek v. Switzerland*, sent. de 15 octubre 2015, párrs. 198 y 199.

¹²⁴ Según el Tribunal Europeo, este no debe limitarse a verificar si las autoridades han ejercido su discrecionalidad “razonablemente, cuidadosamente y de buena fe”, ya que debe

Uno de los factores que influye en la disminución de ese margen de apreciación es la trascendencia democrática de la limitación¹²⁵, que conduce a un escrutinio judicial-internacional severo. Ha sido en el ámbito de la libertad de expresión donde esta corriente ha alcanzado su máximo despliegue. No se trata de que la libertad de expresión u otros derechos estrechamente ligados al funcionamiento de la democracia sean jerárquicamente superiores o que prevalezcan de antemano sobre los demás proclamados en el Convenio. Al conocer de controversias en las que la libertad de expresión se topa con el derecho al honor o a la vida privada, el Tribunal Europeo insiste en que merecen igual protección y en que el margen de apreciación normalmente conferido a las autoridades se proyecta en general de la misma manera respecto de cada uno de estos derechos¹²⁶. El control europeo se intensifica cuando la injerencia o restricción ingresa en una zona sensible desde la perspectiva democrática, por la significación que ostenta en sí misma o por sus posibles implicaciones futuras para el desenvolvimiento democrático. Frecuentemente la libertad de expresión, así como el derecho de asociación o reunión y los derechos políticos, se encuentran en esa esfera, pero serán las circunstancias de cada caso las que dirán si es así y hasta qué punto, o si están en juego otros derechos.

Tempranamente aseveró la jurisprudencia que “la función supervisora del Tribunal le obliga a prestar la mayor atención a los principios característicos de una sociedad democrática”¹²⁷ y, bajo esta premisa, reiteradamente ha establecido que la libertad de expresión representa “uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización de cada persona”¹²⁸. También se ha insistido en que las limitaciones a tal derecho autorizadas por el Convenio tienen carácter excepcional y “deben ser interpretadas restrictivamente”¹²⁹, y “la necesidad de toda restricción ha de ser establecida de manera convincente”¹³⁰.

verificar si lo resuelto por ellas se ajusta al Convenio; *vid.* el caso *Bédat v. Switzerland* [GC] 2016, párr. 48. Al observar el proceder de ese Tribunal en materia de proporcionalidad, se concluye que se desemboca en un control de aceptabilidad, siempre que se satisfagan los criterios generales antes indicados.

¹²⁵ *Vid.*, entre otros, el caso *Wingrove v. the United Kingdom*, sent. de 25 noviembre 1996, párr. 58.

¹²⁶ Caso de *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, sent. de 27 junio 2017, párr. 163.

¹²⁷ Caso *Handyside v. the United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 49.

¹²⁸ Caso *Handyside v. the United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 49, *vid.*, también los casos *The Sunday Times v. the United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 65, *Castells v. Spain*, sent. de 23 abril 1992, párr. 42.

¹²⁹ *The Sunday Times v. the United Kingdom*, *op. cit.*, párr. 65.

¹³⁰ *The Observer and The Guardian v. the United Kingdom*, sent. de 26 noviembre 1991, párr. 59.

A partir de allí se han desplegado criterios jurisprudenciales que tienen en consideración la naturaleza de los mensajes difundidos y su trascendencia para el funcionamiento de la democracia. De ahí que en relación con los mensajes comerciales o profesionales suela ser amplio el margen de apreciación reconocido a los Estados¹³¹, el cual se reduce sustancialmente cuando se trata del discurso político. En lo que atañe al discurso de contenido político, se ha declarado que el debate político, y lo que contribuya a su desarrollo, se sitúa “en el corazón mismo del concepto de sociedad democrática”; además, se ha subrayado que de acuerdo con el artículo 10.2 del Convenio hay un “campo reducido para la restricción del discurso político o del debate sobre cuestiones de interés público”¹³².

Para ilustrar esta orientación de la jurisprudencia puede citarse el caso *Vajnai contra Hungría*. El Tribunal estimó legítimos los fines perseguidos por las autoridades al castigar la exhibición de la estrella roja de cinco puntas, símbolo comunista del régimen autoritario precedente, en una manifestación, pero consideró que la injerencia en la libertad de expresión no era necesaria en una sociedad democrática. Ello porque la mencionada estrella roja no tenía únicamente la significación señalada por el Estado, sino también otras compatibles con los principios del Convenio, como su empleo para simbolizar al movimiento laboral internacional y a los valores conexos con el mismo. Al rechazar la justificación de la restricción, la sentencia prestó especial atención al carácter político del mensaje expresado, para cuya restricción se exigía “una necesidad social clara, imperiosa y específica”; además, debía tenerse “sumo cuidado” al someterlo a cualquier limitación¹³³. La necesidad social estaba adicionalmente relativizada por los avances observados en la consolidación de la democracia en Hungría y, por consiguiente, en la superación del periodo dictatorial. Fueron apreciadas igualmente las circunstancias en que se produjo el uso de la estrella roja: una concentración legal organizada por un partido político carente de propósitos conocidos de desafiar el Estado de Derecho¹³⁴. En pocas palabras, la naturaleza política del mensaje abonó un escrutinio judicial estricto y una interpretación favorable al ejercicio irrestricto de la libertad de expresión, lo cual ha estado ampliamente reflejado en la jurisprudencia¹³⁵.

El estricto escrutinio está presente también en la evaluación de medidas limitativas del trabajo de los periodistas, que obstaculicen el cumplimiento de

¹³¹ Al respecto *vid.* ALEXANDRE CÁTALA I BAS, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TED y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2001, págs. 176 y ss.

¹³² Caso *Vajnai v. Hungary*, *op. cit.*, párr. 47.

¹³³ Ídem, párr. 51.

¹³⁴ Ídem, párrs. 53 y ss.

¹³⁵ Caso *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) v. Switzerland (núm. 2)*, sent. de 30 junio 2009, párrs. 92 y ss.

su función de perro guardián de la democracia en asuntos de interés público. Bajo este prisma fue analizada, por ejemplo, la medida de retiro de unos periodistas del palco de prensa desde el cual realizaban la cobertura informativa de una sesión parlamentaria, que desembocó en desórdenes y protestas en el Parlamento. Su traslado fuera del palco fue justificado aduciendo razones de seguridad, que fueron ponderadas con el derecho de la sociedad a recibir informaciones sobre lo ocurrido en el Parlamento. Considerando las circunstancias del caso, y ratificando su jurisprudencia sobre la importancia de la difusión periodística tanto de los hechos vinculados al desarrollo de manifestaciones como de la conducta asumida por las autoridades respecto de las protestas, resolvió que el retiro de los comunicadores fue violatorio de la libertad de expresión, más aún teniendo en cuenta que la cobertura noticiosa se refería a la actividad de representantes electos. Fue rechazado el alegato del Estado, que había sido acogido en el orden interno por la Corte Constitucional, según el cual los periodistas podían reseñar lo sucedido en la sesión desde otros espacios, como la sala de prensa adyacente a la Cámara, y apoyarse en la grabación en vivo que siempre se efectuaba por la televisora nacional de las sesiones parlamentarias, por cuanto la orden de abandonar el palco de prensa les impedía obtener de primera mano y directamente, de acuerdo con su experiencia, toda la información relevante¹³⁶. El Tribunal reafirmó en su decisión que “Todo intento de retirar periodistas de la escena de protestas debe por tanto quedar sujeto a un estricto escrutinio” y subrayó el valor de esta presencia como garantía de que podrá ser exigida la responsabilidad de las autoridades por la actuación que hayan desplegado¹³⁷.

Este examen riguroso de justificación ha sido aplicado también en relación con la protección de las fuentes periodísticas, dada su significación para el ejercicio de la libertad de prensa en una sociedad democrática y los probables efectos inhibitorios de órdenes de revelación de la fuente. Estas solo se estiman admisibles cuando exista una exigencia imperativa preponderante de interés público¹³⁸.

Igual tendencia ha seguido la jurisprudencia en el campo de la libertad de asociación, especialmente cuando su ejercicio ha desembocado en la creación de partidos políticos¹³⁹. Como ya se comentó en el contexto del principio del pluralismo, los partidos políticos cumplen un papel esencial en el funcionamiento de la democracia. De allí que las excepciones al pleno disfrute de la libertad de asociación permitidas por el artículo 11.2 deban ser interpretadas

¹³⁶ Caso *Selmani and others v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, *op. cit.*, párrs. 73 y ss.

¹³⁷ Ídem, párr. 75.

¹³⁸ Caso *Becker v. Norway*, sent. de 5 octubre 2017, párrs. 65 y ss.

¹³⁹ Al respecto *vid.* YANNICK LÉCUYER, *op. cit.*, págs. 256 y ss.

muy estrictamente cuando resulte afectado un partido político. Además, solo razones “convincientes e imperiosas” pueden justificar restricciones a la libertad de asociación en relación con la existencia o actuación de partidos políticos. Lo dicho se ve reflejado en una intensificación del control ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha declarado que, al determinar si se está en presencia de una limitación necesaria de tal libertad en los términos del Convenio, los Estados “tienen solo un limitado margen de apreciación, lo cual va de la mano de una rigurosa supervisión europea”¹⁴⁰.

D) *La cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

Ya se señaló que la cláusula de la sociedad democrática encuentra su primera expresión formal en el artículo xxviii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aunque la redacción de este artículo no trasluce completamente el sentido garantista de la alusión a la democracia, este fue un primer paso hacia su consagración en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como antes se explicó.

El artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptaría luego el giro del artículo 29.2 de la Declaración Universal e incorporaría nítidamente la referencia a la sociedad democrática como barrera a las posibilidades de restricción de los derechos reconocidos¹⁴¹. Una cláusula general similar figura en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5), a lo cual hay que agregar normas especiales de la Convención Americana (arts. 15, 16.2 y 22.3) y de ese Protocolo (art. 8.2) alusivas a la posibilidad de limitación de algunos de los derechos consagrados.

La relación entre estas normas particulares y las respectivas cláusulas generales es la existente entre la disposición especial y la general, por lo que rigen las primeras. La cláusula general del artículo 32.2 de la Convención Americana no puede ser invocada a fin de añadir motivos para una restricción

¹⁴⁰ Caso *Socialist Party and Others v. Turkey*, *op. cit.*, párr. 50; caso *Herri Batasuna and Batasuna V. Spain*, sent. de 30 junio 2009, párrs. 74 y ss.

¹⁴¹ En el proceso de elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la redacción inicialmente aprobada del actual art. 32.2, que tuvo como referencia al art. 29.2 de la Declaración Universal, no dejaba claro el alcance de la alusión a la sociedad democrática, al invertirse el lugar de esta expresión dentro de la norma correspondiente y afirmarse que “En una sociedad democrática, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común”, pero en la formulación final aquella fue insertada al final del precepto, con lo cual adquirió el mismo sentido que posee en dicha Declaración; *vid. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 noviembre 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D. C. 1973, repr. 1978, esp. pág. 278.

legítima, distintos a los enunciados en la disposición convencional específica de cada derecho. La cuestión adquiere relevancia además cuando se considera la relación entre la cláusula general y otras normas especiales de restricción que no incorporan la alusión a la sociedad democrática. Así, al consagrar la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión y la libertad de pensamiento y expresión, la Convención Americana incluye normas relativas a las posibilidades de restricción de estos derechos (arts. 7.2, 12.3, 13.2) sin hacer mención a la sociedad democrática. En estos casos la cláusula de la sociedad democrática del artículo 32.2 de la Convención Americana opera como fuente de criterios interpretativos que pueden reforzar la protección de los derechos humanos. Esto implica que las restricciones en principio admisibles según los artículos de la Convención antes citados (7.2, 12.3, 13.2) dejan de serlo si resultan incompatibles con una sociedad democrática. Ello se corresponde con lo sostenido por la jurisprudencia interamericana, como se explicó en el capítulo anterior y luego será reiterado.

a) *Funciones generales de la cláusula.* La noción de sociedad democrática recogida en la Convención Americana ha tenido especial significación en la temática de las restricciones a los derechos humanos. Su utilización como un criterio complementario para la determinación de la licitud de tales restricciones ha sido palpable básicamente en materia de libertad de expresión, dada su íntima conexión con la democracia. La jurisprudencia interamericana ha reconocido además la trascendencia general de la alusión convencional a la sociedad democrática, pues ha afirmado que la compatibilidad de la limitación de algún derecho con la sociedad democrática es un requisito de licitud para la restricción de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención Americana. Dicha noción también le ha permitido fundamentar la vinculación entre el principio de legalidad y la legitimidad política que debe brindarle soporte¹⁴².

Es importante, sin embargo, advertir que a veces la referencia jurisprudencial a la sociedad democrática, como concepto que respalda una determinada interpretación en el contexto del examen de licitud de la restricción de derechos que no incluyen tal cláusula, no se apoya en la expresa invocación del artículo 32.2 de la Convención Americana. Ello puede obedecer al temor de la Corte Interamericana a una aplicación general de los motivos de limitación de derechos humanos mencionados en dicho precepto, respecto de derechos que, como la libertad de expresión, poseen una norma especial sobre restricciones, más precisa y estricta. Además, la idea de la sociedad democrática entronca con el concepto de democracia representativa, el cual es transversal a la Convención, por lo que puede ser empleada como criterio interpretativo

¹⁴² Sobre esta vinculación entre la legalidad y la legitimidad cfr. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, op. cit.*, párr. 32.

sin necesidad de aducir expresamente el artículo 32.2 de la Convención. Conviene recordar que “[I]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”¹⁴³. Ello quedó plasmado en el Preámbulo de la Convención y en algunas de sus normas, así como en la Carta de la Organización de Estados Americanos, y encuentra hoy reafirmación en la Carta Democrática Interamericana.

No resulta apreciable en la jurisprudencia una diferenciación conceptual entre la noción de sociedad democrática y la de democracia representativa. Solo cabría apuntar que en ocasiones se apela a la sociedad democrática, expresión utilizada en la Convención Americana en el artículo 32.2 y en las correlativas disposiciones especiales, en lugar de a la democracia representativa cuando se quiere poner el énfasis en asuntos vinculados al desenvolvimiento de la sociedad y a la relación de esta y de los individuos con el Estado¹⁴⁴, mientras que la democracia representativa es mencionada cuando interesa subrayar la faceta político-institucional de un asunto, sobre todo en materia de derechos políticos¹⁴⁵. En todo caso, de la jurisprudencia interamericana cabe colegir que la cláusula de la sociedad democrática del artículo 32.2 y otros de la Convención informa o inspira, así sea tácitamente, los criterios de control sobre posibles restricciones de derechos. Esto explica que en más de una oportunidad la Corte haya aludido a la “sociedad democrática en el sentido de la Convención”¹⁴⁶, sin citar los preceptos indicados.

En relación con el control democrático de las restricciones a los derechos, es importante constatar que la cláusula o el concepto de la sociedad democrática ha sido un cauce para el ingreso del principio de proporcionalidad como criterio para la medición de la licitud de las injerencias estatales en los derechos reconocidos en la Convención Americana¹⁴⁷. Igualmente, la noción de sociedad democrática ha servido para introducir limitaciones a los poderes extraordinarios que eventualmente ostentan los Estados durante un estado de excepción, como condicionamientos adicionales a los estipulados en la Convención¹⁴⁸. También se han desarrollado valiosas construcciones jurisprudenciales gracias a la vinculación establecida por la Corte Interamericana entre la noción de democracia representativa o de sociedad democrática y el concepto de Estado de Derecho¹⁴⁹. En estos y otros supuestos la idea de la sociedad

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 34.

¹⁴⁴ Cfr., por ejemplo, *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 69; y el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 149.

¹⁴⁵ Caso *Castañeda Gutmán vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párrs. 142 y 149.

¹⁴⁶ Cfr., entre otros, el caso *Castillo Petruzzi y otros*, *op. cit.*, párr. 184.

¹⁴⁷ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 46; y el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrs. 120-123.

¹⁴⁸ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, *op. cit.*, párr. 26 y 42.

¹⁴⁹ Caso *Castillo Páez vs. Perú*, sent. de 3 de noviembre de 1997. Serie C núm. 34, párr. 82, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf.

democrática no ha sido solo fuente de límites a las facultades estatales de restricción de los derechos proclamados, sino que ha sido un criterio orientador de la interpretación de la significación de estos derechos o de reconocimiento de sus nuevas dimensiones¹⁵⁰.

b) *Alcance general del control democrático basado en dicha cláusula.* El control de validez de las restricciones sobre derechos humanos desde el prisma de la democracia o de la sociedad democrática se ha consolidado en el sistema interamericano. Se trata, como ya se apuntó, de un examen de licitud que no está basado únicamente en un artículo específico de la Convención, sino que tiene respaldo directo en varias de sus disposiciones (Preámbulo y arts. 15, 16.2, 22.3, 29 c y d, y 32.2), que son a su vez cristalización de un principio transversal a ella. De allí que cuando se alude a una cláusula de la sociedad democrática no se pretende circunscribir el análisis a una determinada formulación, sino que a partir de ella se exploran las implicaciones de la idea democrática en la temática de las restricciones de derechos protegidos por la Convención.

Desde la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a *La colegiación obligatoria de periodistas* se establecieron los fundamentos del test democrático sobre las limitaciones de derechos humanos, el cual encuentra apoyo especialmente en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte aclaró entonces que, si bien este precepto no reemplaza a las normas particulares de restricción previstas en la Convención para determinados derechos, ni añade causales para una limitación no contempladas en ellas, el artículo 32.2 cumple, junto a otras afines de la Convención, una función interpretativa general relevante, que repercute en la materia de la limitación de derechos convencionalmente reconocidos. Así lo indicó la Corte, al referirse a la libertad de expresión garantizada por el artículo 13, después de mencionar al Preámbulo y a los artículos 29 literales c) y d) y 32.2 de la Convención como fuentes de “criterios de interpretación”¹⁵¹:

“Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las «instituciones democráticas», «democracia representativa» y «sociedades democráticas» que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es «necesaria para asegurar»

¹⁵⁰ *Vid.*, entre otros, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sent. de 7 junio 2003. Serie C núm. 99, párr. 121, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf; caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, *op. cit.*, párr. 77; caso *Escher y otros vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 195; caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 92; caso *Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil*, *op. cit.*, párr. 199.

¹⁵¹ *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 41.

uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”¹⁵².

En virtud de la remisión del artículo 29 literal d) a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cobra significación convencional, a juicio de la Corte, el ya citado artículo xxviii de tal Declaración, que hace mención a las exigencias “del desenvolvimiento democrático”, lo cual le permitió concluir que:

“Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.

La Corte llegó a hacer una comparación entre el artículo 13 de la Convención y el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce la libertad de expresión, y destacó que aquel precepto omite la referencia a las medidas “necesarias en una sociedad democrática”. Sin embargo, consideró que “esta diferencia en la terminología pierde significado”¹⁵³, en razón de los criterios interpretativos señalados. Esta postura ha sido ratificada de manera rotunda por la jurisprudencia:

“La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser *necesaria para una sociedad democrática*. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos”¹⁵⁴.

Esta cláusula o exigencia de la sociedad democrática debe tenerse en cuenta en el control de licitud de la finalidad de las restricciones a los derechos protegidos por la Convención, como se desprende de la citada opinión consultiva, en la que se fijan ciertas condiciones para la invocación del orden público o del bien común con miras a restringir algún derecho. También rige al examinar la licitud de los medios empleados para limitar algún derecho reconocido en la Convención. El artículo 32.2 de la Convención, al igual que el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el xxviii de la Declaración Americana, se circunscribe en su literalidad a las finalidades que legítimamente pueden ser perseguidas al limitar un derecho, pero carecería de fundamento un entendimiento del alcance del control respectivo que excluyera a los medios empleados y a la relación medio-fin ya que, como antes se indicó, el examen

¹⁵² Ídem, párr. 42.

¹⁵³ Ídem, párr. 44.

¹⁵⁴ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, op. cit., párrs. 206 y ss.

de la compatibilidad con la democracia de la restricción a un derecho, desde el costado de la finalidad, naturalmente ha de conducir a la evaluación de los medios. Por ejemplo, una medida que pretenda cobijarse bajo el fin del orden público, cuando la Convención lo contempla, pero que en la situación concreta vaya más allá de lo necesario para salvaguardarlo en una sociedad democrática, obviamente vulneraría lo dispuesto en el artículo 32.2 y en las disposiciones especiales correlativas de la Convención.

Conviene reiterar que este control de los medios y fines de las injerencias estatales en los derechos amparados por la Convención, apoyado en la noción de la sociedad democrática, ha favorecido la incorporación de principios o categorías dogmáticas que en el Derecho interno no necesariamente están comprendidas en el concepto de democracia o que en todo caso no siempre se han identificado con lo específicamente democrático. No se pone objeción alguna a esta tendencia, pues la interpretación de las categorías de la Convención no está atada al sentido que se les atribuya en el orden interno. En el caso del sistema interamericano esta apertura de la noción de sociedad democrática o de democracia tiene carácter estructural, pues la Corte Interamericana ha sostenido insistentemente que en “una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”¹⁵⁵. En la actualidad esta tríada encuentra reflejo en la Carta Democrática Interamericana, que ha sido incorporada a la jurisprudencia de la Corte¹⁵⁶ y cuyo artículo 3, referido a los elementos esenciales de la democracia representativa, incluye contenidos del Estado de Derecho junto a la garantía de los derechos humanos y de mecanismos y principios democráticos. Como reafirmación de esta imbricación se ha declarado que “la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”¹⁵⁷.

El Estado de derecho y sus manifestaciones se suman a los valores de la sociedad democrática e inciden en el examen de licitud de las restricciones a los derechos humanos. Así, el principio de proporcionalidad, generalmente

¹⁵⁵ El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, *op. cit.*, párr. 26.

¹⁵⁶ *Vid.*, entre otros, caso *Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 193, 207 y 215; caso *Castañeda Gutmán vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 142; caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sent. de 28 agosto 2013. Serie C núm. 268, párr. 221, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. En relación con la significación de la Carta Democrática Interamericana *vid.* Aguiar, *El derecho a la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, págs. 137 y ss.

¹⁵⁷ Caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 239.

asociado al concepto de Estado de Derecho, pertenece al acervo dogmático de la jurisprudencia interamericana, que incorporó dicho principio con fundamento en la cláusula o exigencia de la sociedad democrática. Ya fue analizada la proporcionalidad como condición material para la limitación de derechos convencionales, por lo que seguidamente se abordarán otros criterios de control desarrollados por la jurisprudencia a partir de la idea de la sociedad democrática, sin perjuicio de la significación que estos suelen tener en la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

c) *Criterios para un control democrático de las restricciones a derechos humanos.* Ya se destacó la importancia de la democracia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Organización de Estados Americanos, a la cual aquel está enlazado, persigue como una de sus principales finalidades la promoción y consolidación de la democracia representativa, y la democracia ocupa un lugar capital en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa conexión sistemática de los derechos humanos con la democracia necesariamente trasciende al tema que nos ocupa. Si la democracia o la sociedad democrática es el ambiente en el que los derechos humanos pueden alcanzar plena vigencia, es natural que las restricciones impuestas a tales derechos deban estar en consonancia con ella. Aludiré a algunas brechas abiertas en esa dirección por la jurisprudencia interamericana.

a') *La interpretación democrática de la finalidad legítima de la restricción.* Un aporte notable del sistema interamericano consiste en haber puesto de relieve algunas consecuencias de la lectura democrática de las finalidades admitidas por la Convención para la limitación de derechos humanos. Este desarrollo de la jurisprudencia hace honor a la preocupación expresada por RENÉ CASSIN cuando le correspondió defender la cláusula de la sociedad democrática de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁸. Los conceptos indeterminados empleados por los instrumentos internacionales al prever tales finalidades, como el de orden público o el de seguridad nacional, pueden dar cabida a limitaciones muy severas y excesivas de derechos humanos, si no son interpretados desde el prisma de la sociedad democrática.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos apreció prontamente la significación de esta aproximación hermenéutica y la aplicó a los conceptos de orden público y de bien común previstos en los artículos 13.2 y 32.2 de la Convención Americana, respectivamente. Consciente de que ambas categorías pueden oponerse al pleno disfrute de los derechos humanos, la Corte advirtió que nunca es lícito aducirlas para “suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”¹⁵⁹ y añadió que “Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones

¹⁵⁸ Vid. GARIBALDI, *op. cit.*, págs. 29 a 32.

¹⁵⁹ *La colegiación obligatoria de periodistas, op. cit.*, párr. 67.

a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”¹⁶⁰.

De este modo el bien común, expresión que considerada en abstracto pudiera dar lugar a visiones comunitaristas que enfatizaran la subordinación de la persona y de sus derechos a las exigencias colectivas, al estilo de la cláusula de comunidad en su día defendida por algunos en el Derecho alemán¹⁶¹, fue pasado por un tamiz democrático del cual resultó un orden social basado en la dignidad de la persona y sus derechos, en estos términos:

“Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”¹⁶².

Algo similar ocurrió con el concepto de orden público, noción que en su generalidad cabría identificar con el mantenimiento de la tranquilidad o seguridad pública o con principios o deberes jurídicos inderogables. La Corte, al determinar su alcance en el contexto de las limitaciones a la libertad de expresión, nuevamente desde el prisma de la democracia, declaró:

“[...] el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹⁶³.

Así se logró integrar en el propio concepto de orden público la garantía de la libre circulación de ideas, de manera que aquel ya no pudiera ser empleado como un concepto contrapuesto al ejercicio de la libertad de expresión. De allí que la Corte seguidamente se haya referido a un “orden público democrático”¹⁶⁴ en el que este derecho sea respetado escrupulosamente. Nótese que la lectura democrática del orden público lindó en este caso con un vaciamiento de este concepto como posible fundamento de alguna limitación legal a la libertad de expresión, a tenor del artículo 13.2 de la Convención, lo cual no sería aceptable con arreglo a este mismo tratado. Si la Convención prevé que el aseguramiento del orden público es una finalidad lícita de leyes eventualmente restrictivas de

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ En relación con esta teoría y su superación *vid.* K. STERN, *op. cit.*, t. III/2, pág. 849.

¹⁶² *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 66.

¹⁶³ *Ídem*, párr. 69.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

un derecho, el intérprete no está facultado para disolver esa estipulación de la Convención mediante la absorción por este derecho de esa finalidad, es decir, la equiparación entre la primera y el segundo, con lo cual el bien colectivo que convencionalmente se pretendía salvaguardar quedaría de entrada desplazado o desconocido. Lo que sí es posible y necesario es delimitar ese concepto en virtud de las exigencias democráticas, lo cual es en el fondo el sentido del pronunciamiento de la Corte. En otras palabras, el orden público puede ser considerado al momento de establecer regulaciones que impacten en la libertad de expresión u otros derechos, según lo que disponga la Convención, pero dicha categoría resulta de antemano matizada o reconfigurada en virtud de su inserción en el sistema y sociedad democráticos al que ese instrumento se refiere.

b') *Significación especial de la libertad de expresión y de otros derechos íntimamente asociados al juego democrático.* La Corte Interamericana ha enfatizado la relevancia de los derechos íntimamente asociados al juego democrático. Esta línea jurisprudencial ha sido abierta en el terreno de la libertad de expresión, calificada como “piedra angular de la democracia”¹⁶⁵, pero ha trascendido a otros ámbitos, como el de los derechos políticos. Al respecto, la Corte ha destacado que “Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos”¹⁶⁶, lo cual “es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema”¹⁶⁷, y sobre ello ha sostenido:

“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos”¹⁶⁸.

De esta forma parece reconocerse una cierta posición preferente a los derechos directamente vinculados al proceso político democrático, lo cual podría repercutir en la ponderación que se efectúa en el examen de la proporcionalidad de la restricción de algún derecho. En cualquier caso, tal eventual

¹⁶⁵ Ídem, párr. 70.

¹⁶⁶ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 191.

¹⁶⁷ *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *op. cit.*, párr. 34.

¹⁶⁸ Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 140. *Vid.*, igualmente, el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 171 y 172.

posición preferente no posee, a la luz de una apreciación de conjunto de las sentencias pertinentes de la Corte, un carácter definitivo ni general, sino que se manifiesta cuando mediante la correspondiente restricción quede comprometido el proceso democrático. Desde las bases conceptuales anteriormente tratadas esa preferencia puede explicarse con apoyo en las categorías del peso abstracto y del peso concreto. El peso abstracto de un bien jurídico o derecho incide en la ponderación, pero no es el criterio único ni decisivo para llevarla a cabo. Además, aquí el peso abstracto está directamente asociado a las circunstancias de la restricción, pues no favorece a la libertad de expresión, por ejemplo, de manera general o uniforme, sino en función de la naturaleza de los mensajes difundidos. La previsión en el artículo 27.2 de prohibir la suspensión de ciertos derechos durante la vigencia de un estado de excepción, mencionada en la sentencia, es ciertamente un indicador de su significación en el sistema de la Convención, pero conviene reiterar que tampoco es un punto de vista concluyente, que conduzca a delimitar exhaustivamente el grupo de los derechos “de importancia fundamental”. Recuérdese que ni la libertad de expresión ni la libertad de asociación figuran en el listado de los derechos no susceptibles de suspensión.

Importa hacer referencia a las consecuencias que tiene en el plano interpretativo el anclaje democrático de esos derechos. En relación con los derechos políticos el caso *Yatama vs. Nicaragua* es bastante representativo de tales implicaciones¹⁶⁹. La controversia planteada se refería principalmente a la posible vulneración de derechos políticos y de la igualdad ante la ley originada por la exclusión de un partido político regional indígena, denominado de manera abreviada *Yatama*, de unas elecciones municipales celebradas en las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua.

Lo que interesa destacar de la correspondiente sentencia es que las disposiciones legales que ocasionaron la exclusión comentada no fueron consideradas en sí mismas contrarias a los derechos políticos, sino respecto de la situación de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, cuya identidad cultural no fue tenida en cuenta, lo cual no se avenía, a juicio de la Corte, con la significación reconocida al derecho al voto y, en general, con la participación política en una democracia. La legislación electoral establecía que la postulación de candidatos para el respectivo proceso electoral estaba reservada a los partidos políticos, lo que obligó a algunos integrantes de comunidades indígenas o étnicas de la región a organizarse como partido político y a cumplir los requisitos normativamente fijados para la obtención de personalidad jurídica. Esto supuso, a juicio de la Corte, desconocer los usos, costumbres y tradiciones organizativas de esas comunidades, que se vieron

¹⁶⁹ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párrs. 191 y ss.

forzadas a adoptar las formas de un partido político para poder realizar postulaciones, en detrimento de los derechos políticos y de la igualdad ante la ley.

Obsérvese que no se cuestionó el requisito de que las postulaciones debieran provenir de partidos políticos analizado en abstracto o de manera aislada, sino los efectos de esta exigencia respecto de comunidades para las cuales resultaba extraña a sus costumbres o tradiciones, lo que podía obstaculizar su participación en los correspondientes procesos electorales. La sentencia fue clara al afirmar:

“[...] la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”¹⁷⁰.

Otro requerimiento que fue objetado consistía en condicionar la participación en las elecciones locales a que se hubieran presentado candidatos al menos en el 80 por ciento de los municipios de la correspondiente circunscripción electoral y respecto del 80 por ciento del total de las candidaturas. Según la sentencia ello “limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por Yatama”¹⁷¹, pues se exigía a esta organización tener presencia relevante en municipios en los que la población indígena o étnica era minoritaria.

Estos aspectos restrictivos de la normativa electoral y su repercusión negativa sobre el derecho de participación fueron calificados como graves porque:

“En el presente caso, la referida exclusión significó que los candidatos propuestos por Yatama no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia”¹⁷².

Por tanto, el examen desde un prisma democrático de las barreras impuestas al derecho de participación política favoreció el reconocimiento de la vulneración de este derecho, así como la determinación de la gravedad de la injerencia, frente a una normativa que vista de manera general o abstracta no era *per se* contraria a este derecho. Una preocupación de fondo que inspiró la decisión judicial fue precisamente la de propugnar que las comunidades mencionadas pudieran “integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos”¹⁷³.

¹⁷⁰ Ídem, párr. 217.

¹⁷¹ Ídem, párr. 223.

¹⁷² Ídem, párr. 226.

¹⁷³ *Ibíd.*, párr. 225.

En el sistema interamericano la incidencia de la noción de sociedad democrática en el examen de licitud de medidas restrictivas de derechos humanos se inició y ha alcanzado su mayor desarrollo en materia de libertad de expresión. El juicio de validez no ya sobre los fines sino sobre los propios medios de la restricción ha tenido en esta esfera una vinculación relevante con la funcionalidad de la democracia. El contexto de esta vinculación ha sido la imbricación establecida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana entre la libertad de expresión y la democracia. Tempranamente, en su opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte dejó sentado el criterio según el cual:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”¹⁷⁴.

Esta imbricación repercute de manera general en la interpretación de la libertad de expresión, y comprende lo relativo a la determinación de las restricciones legislativas estimadas admisibles. Pese a la ausencia de una base textual específica en el artículo 13 de la Convención Americana para un control de licitud de las restricciones a este derecho fundado en el concepto de la sociedad democrática o de la democracia, la apreciación tanto del contexto normativo de esa norma como del sistema en que la propia Convención se inserta han impulsado la aplicación del *test* democrático referido. El mismo ha propiciado, de manera no siempre explícita, muchos avances jurisprudenciales en materia de libertad de expresión, cuyo análisis particularizado escapa a los propósitos del presente estudio. Se mencionarán solo algunos hitos de esta evolución.

Un buen ejemplo de ese *test* se encuentra en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*¹⁷⁵, en el cual confluyó la rica jurisprudencia que al respecto se venía construyendo¹⁷⁶ y que se ha afianzado¹⁷⁷. El señor Canese había difundido, en medio de una campaña electoral a la Presidencia de la República, información sobre presuntos hechos de corrupción en los que estaría implicada una compañía que tenía entre sus accionistas a uno de los candidatos presidenciales, lo cual motivó la interposición de una querrela criminal por difamación e injuria que desembocó en el enjuiciamiento y condena penal de Canese. La condena fue

¹⁷⁴ *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párr. 70.

¹⁷⁵ Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*

¹⁷⁶ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrs. 112 y ss.

¹⁷⁷ Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 54 y ss.

finalmente anulada, pero para entonces ya se habían dictado medidas prolongadas asociadas a la persecución penal que habían afectado sus derechos, entre ellos la libertad de expresión. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la vulneración de este derecho se produjo porque la sanción penal impuesta había sido innecesaria en una sociedad democrática, por ser desproporcionada, pues desconocía el contexto en el cual se habían realizado las afirmaciones que podían repercutir en la reputación de algunas personas:

“El Tribunal estima que en el proceso seguido contra el señor Canese los órganos judiciales debieron tomar en consideración que aquel rindió sus declaraciones en el contexto de una campaña electoral a la Presidencia de la República y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático. En el presente caso, el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”¹⁷⁸.

En armonía con sus precedentes, la Corte Interamericana puso de relieve la distinción entre las expresiones o mensajes relacionados con asuntos de interés público, que se inscriben especialmente en el control social sobre la actuación de las autoridades o funcionarios o en el debate político propio de la democracia, y aquellos que no lo están. En el primer supuesto debe existir un estricto escrutinio sobre cualquier restricción de la libertad de expresión, lo que adquiere singular énfasis en el campo de la responsabilidad penal, por el intenso efecto inhibitorio que de ella cabe esperar. Sin llegar a decir que la protección penal del honor de los funcionarios públicos esté completamente excluida, la Corte Interamericana amparó la libre circulación de las ideas o informaciones revestidas de interés público, que contribuyen a la formación de la opinión pública y a la deliberación, de acuerdo con lo exigido por el “pluralismo democrático”.

Así pues, la limitación a la libertad de expresión derivada de la tipificación del delito de difamación e injuria, que en sí misma no fue declarada contraria a la Convención, dio lugar a una restricción a la libertad de expresión del señor Canese que fue considerada desproporcionada, dado que la ponderación entre el derecho al honor o a la reputación y la libertad de expresión debía tener en cuenta la trascendencia democrática de la posibilidad de manifestar sin cortapisas las ideas o informaciones que coadyuvaran a la formación de la opinión pública sobre un tema de eminente interés público¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 105.

¹⁷⁹ Como dijo claramente la Corte: “En el presente caso, al emitir las declaraciones por las que fue querrellado y condenado, el señor Canese estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la

Nótese que no se trata de que la libertad de expresión tenga ontológicamente y de manera general y abstracta una prevalencia frente al derecho al honor, sino de una potenciación de esta libertad dependiente del contenido y contexto de los mensajes difundidos. En el caso *Kimel vs. Argentina* la Corte reafirmó su doctrina consolidada sobre la libertad de expresión e hizo hincapié en el peso de las circunstancias al ponderar los derechos en conflicto¹⁸⁰, como ya se explicó.

La jurisprudencia de la Corte ha continuado con esta orientación¹⁸¹ y ha insistido en la significación pública de los mensajes referidos a la idoneidad de una persona para desempeñar un cargo estatal o a los actos que haya realizado en cumplimiento de sus funciones. En tal sentido se ha reafirmado que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público”¹⁸². Ello le ha llevado a extender al derecho a la vida privada los criterios fijados respecto del derecho a la honra o reputación y sus tensiones con la libertad de expresión, conforme a los cuales ha de tenerse presente: “a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan”¹⁸³.

Es preciso subrayar la importancia que se atribuye al discurso político y en general al de interés público en el sistema interamericano¹⁸⁴. La jurisprudencia

capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República. Durante la campaña electoral, el señor Canese fue entrevistado sobre la candidatura del señor Wasmosy por periodistas de dos diarios nacionales, en su carácter de candidato presidencial. Al publicar las declaraciones del señor Canese, los diarios “ABC Color” y “Noticias” tuvieron un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de pensamiento y de expresión, pues recogieron y transmitieron a los electores la opinión de uno de los candidatos presidenciales respecto de otro de ellos, lo cual contribuye a que el electorado cuente con mayor información y diferentes criterios previo a la toma de decisiones”; *ibíd.*, párr. 94.

¹⁸⁰ Caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 51. Así lo declaró la Corte: “En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.

¹⁸¹ Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 83.

¹⁸² Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 115.

¹⁸³ Caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 59.

¹⁸⁴ *Vid.*, entre otros muchos, los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 154 y ss.; caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, párrs. 83 y ss.

interamericana es conteste al sostener que el discurso de contenido político o el relativo a temas de interés público merecen la más alta protección, pues versan sobre la médula de los asuntos que deben ser debatidos libremente en una democracia¹⁸⁵. En una democracia es esencial la libre circulación de opiniones o informaciones referidas al funcionamiento del Estado y de los servicios públicos; a la actuación de los funcionarios; a la discusión sobre temas ideológicos o sobre planteamientos relativos a la crítica de la situación imperante en el ámbito económico o político-social y a la formulación de propuestas para su superación o mejoramiento; al cumplimiento de la Constitución y las leyes, así como a la garantía de los derechos humanos, entre otras materias. Este discurso permite la formación de la opinión pública sobre temas primordiales para el desenvolvimiento democrático y favorece el control social sobre la gestión pública. Ello implica que solo en situaciones muy extremas tal discurso puede ser limitado por el poder público y que el examen de licitud de las restricciones que excepcionalmente se hayan impuesto ha de ser muy riguroso.

Resumiendo la evolución de la jurisprudencia interamericana sobre la libertad de expresión y sus limitaciones admisibles, con énfasis en las que puedan derivarse de la protección del honor o la intimidad, se ha afirmado certeramente que:

“En términos prácticos y muy generales podría decirse [...] que en la medida en que la libertad de expresión y el derecho a la información transiten sobre temas, actores y situaciones que interesen a la fragua democrática y por ser ella indispensable para el aseguramiento del resto de los derechos humanos protegidos, no cabrá alegar el honor y la intimidad como excepciones o límites al respecto”¹⁸⁶.

c’) *El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura*. Inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha aludido al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura como distintivos de la sociedad democrática. Después de la consolidación de los criterios sobre la libertad de expresión sentados en la opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte ha incorporado explícitamente esa tríada en algunas sentencias, aunque incluso antes era posible hallar en su jurisprudencia manifestaciones de la asociación entre esas ideas y la democracia, a veces bajo la fórmula del “pluralismo democrático”¹⁸⁷.

En los casos *Ríos y otros vs. Venezuela* y *Perozo y otros vs. Venezuela* se estableció que la libertad de expresión:

¹⁸⁵ *Vid.*, entre otros, el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 90.

¹⁸⁶ AGUIAR, *La libertad ...*, *op. cit.*, págs. 149-150.

¹⁸⁷ Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *sent. op. cit.*, párrs. 100 y 105; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 128.

“No solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”¹⁸⁸.

Esta afirmación, claramente tributaria de la jurisprudencia europea, no tuvo en esos casos desarrollos especialmente referidos a la temática de la restricción de derechos humanos. Pero en sentencias anteriores ya el pluralismo y la tolerancia o el espíritu de apertura habían iluminado el examen de licitud de restricciones a la libertad de expresión.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* la Corte Interamericana subrayó, desde la perspectiva de la libertad de expresión, la importancia del pluralismo y de la tolerancia en una democracia y apreció las circunstancias particulares del caso, teniendo en consideración las exigencias del pluralismo. De manera general la correspondiente sentencia aseveró:

“Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega [*sic*] la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”¹⁸⁹.

Los sistemas *autoritarios* son, por tanto, la antítesis de la sociedad *democrática* que propugna la Convención, y el pluralismo y la tolerancia se presentan como elementos esenciales de esta última. Estos postulados fueron aplicados a los hechos examinados, referidos a la condena penal y civil, por ofensas calificadas como difamación, que había sido impuesta al señor Herrera Ulloa, periodista de profesión, a causa de la difusión parcial en un periódico costarricense de reportajes publicados en la prensa europea en los que un diplomático de Costa Rica era señalado como autor de graves ilícitos.

En su sentencia la Corte Interamericana destacó el interés público de las informaciones difundidas por el periodista condenado, relativas a la actuación de un funcionario público en el extranjero, y estimó excesivas las exigencias

¹⁸⁸ Casos *Ríos y otros vs. Venezuela y Perozo y otros vs. Venezuela*, sent. de 28 enero 2009. Serie C núm. 194 y 195, párrs. 105 y 116, respectivamente, disponibles en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf y en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf.

¹⁸⁹ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 116; Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 140.

que los tribunales nacionales hicieron recaer sobre el periodista Herrera Ulloa para que pudiera resultar absuelto. En particular, para su absolución hubiera sido preciso que probara la veracidad de los hechos relacionados en las publicaciones europeas, lo cual impedía, a juicio de la Corte, el debate público sobre temas de interés general. Al arribar a esta conclusión la sentencia se apoyó nuevamente en el pluralismo y también en la tolerancia o apertura:

“En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”¹⁹⁰.

Aquí se observa la importancia que tiene la tolerancia o apertura de la que deben hacer gala quienes ejerzan funciones públicas, así como del pluralismo democrático, que conduce a matizar o modular la protección jurídica del honor de los funcionarios públicos, en función de la relevancia pública de la información posiblemente ofensiva que haya sido publicada. Ello adquiere singular interés en relación con la eventual responsabilidad penal por agravios contra el honor de los funcionarios públicos, para la cual la jurisprudencia interamericana deja un estrecho margen, al menos respecto del debate político o sobre asuntos de interés público.

La Corte Interamericana ha reiterado el valor del control democrático de la opinión pública sobre los órganos del Estado, lo cual se traduce en “mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática”¹⁹¹. De ahí que las medidas penales solo sean admisibles cuando exista “absoluta necesidad” y “en forma verdaderamente excepcional”¹⁹². Esta implicación del pluralismo había tenido ya un valioso desarrollo en la posición fijada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra los delitos de desacato o vilipendio¹⁹³, los cuales suponen una protección penal reforzada o privilegiada, y por lo tanto

¹⁹⁰ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 128.

¹⁹¹ Caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 87.

¹⁹² *Ibíd.*, párr. 78.

¹⁹³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 17 febrero 1995, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1994, Capítulo V.

injustificada, del honor o reputación de los funcionarios públicos o de algunos de ellos. La libre circulación de informaciones, sin restricciones indirectas u otras indebidas, y sin regulaciones o prácticas intimidantes que generen autocensura, propicia el “pluralismo informativo”¹⁹⁴, que tiene por otra parte repercusiones en las “condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas”¹⁹⁵.

La defensa del pluralismo en la jurisprudencia interamericana se ha reflejado además en el reconocimiento de la trascendencia democrática de la participación de personas, grupos u organizaciones políticas de oposición en los asuntos públicos, lo cual comporta no solo la obligación de abstenerse de obstaculizar el trabajo que lleven a cabo, sino el deber de garantizar su ejercicio, mediante “normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios”, así como atendiendo particularmente la situación de vulnerabilidad en que se encuentren determinados actores¹⁹⁶. En igual sentido se ha declarado que en “una sociedad democrática, la oposición política es consustancial y funcional a su existencia misma”¹⁹⁷. Esto puede llevar a reforzar o agudizar el control de la Corte Interamericana cuando sea puesta en riesgo la presencia y actuación de esas voces en la esfera pública.

d’) *La consideración del efecto disuasorio de la intervención*. Al igual que en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el sistema interamericano ha sido sensible al efecto inhibitorio o disuasorio ocasionado por la restricción o injerencia en los derechos humanos, así como a su repercusión sobre la sociedad democrática, y también ha sido la libertad de expresión el cauce más propicio para el despliegue de esta corriente jurisprudencial.

Puede sostenerse que en la jurisprudencia interamericana dicho efecto ha merecido una atención más directa o frontal que la apreciable en el sistema europeo, lo cual ha sido favorecido por la postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos proclive a plantear ante la Corte, al sustentar los casos que somete a su conocimiento, todo aquello que, en relación con la libertad de expresión, posiblemente tenga una fuerza inhibitoria para su ejercicio¹⁹⁸,

¹⁹⁴ Caso *Fontevuechia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 94.

¹⁹⁵ *Ídem*, párr. 45.

¹⁹⁶ Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 173.

¹⁹⁷ Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 118.

¹⁹⁸ *Vid. la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, disponible en <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm> y el *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* correspondiente al 2008, Capítulo III: Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión, párrs. 33 y ss., disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>.

dirección que está igualmente abonada por la formulación del artículo 13 de la Convención Americana, cuyos párrafos 2 y 3 excluyen expresamente la censura y la restricción de esa libertad por medios indirectos.

La sentencia dictada en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* es una buena muestra de lo afirmado. La Comisión Interamericana señaló ante la Corte, como uno de sus principales alegatos jurídicos, que la condena impuesta al señor Herrera Ulloa posea un “efecto amedrentador” respecto del ejercicio de la libertad de expresión y las disposiciones penales correspondientes habían sido “utilizadas para inhibir la crítica dirigida a un funcionario público”¹⁹⁹; agregó que “la penalización de la reproducción de información que ha sido publicada sobre la gestión de un funcionario público, provoca la autocensura por parte de los periodistas”²⁰⁰. Tales aseveraciones estaban en consonancia con las pruebas aportadas, tal como lo estableció la Corte: “los hechos del presente caso alteraron la vida profesional, personal y familiar del señor Mauricio Herrera Ulloa y le produjeron un efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión a través de su profesión”²⁰¹. La declaración prestada por la presunta víctima era también bastante concluyente²⁰². Todo ello llevó a la Corte a considerar, desde la perspectiva de la sociedad democrática, el efecto disuasorio de la restricción aplicada, no solo en cuanto a la situación personal del periodista condenado, sino con una perspectiva más general, lo cual fue capital para la declaratoria de la vulneración de la libertad de expresión:

¹⁹⁹ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 101.2).

²⁰⁰ Ídem, párr. 101.4.

²⁰¹ Ídem, párr. 95.

²⁰² Según el resumen de la declaración elaborado por la Corte: “Los procesos penales y la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes ocasionaron al testigo un grave daño en el ejercicio profesional y un sentimiento de constante incertidumbre, de temor acerca de las consecuencias y de los resultados de todo ese proceso sobre su persona, su carrera y su familia. Todo esto tuvo un efecto ‘tremendo, terrible, devastador’ en su ejercicio profesional, no solamente por la sentencia condenatoria sino por el proceso en sí mismo, en el cual fue criminalizado y tratado como un delincuente. Para un periodista ‘el proceso mismo es una sanción, es una desacreditación pública por cumplir’ con sus deberes profesionales. A partir de esa sentencia se ha sentido profundamente estigmatizado al punto de que cada vez que hace una entrevista a un personaje que está de alguna manera cuestionando, nunca falta la muletilla de ‘ah, usted es el periodista condenado’, y son frecuentes las advertencias de ‘cuidado, usted podría volver a ser demandado’, todo lo cual es para el señor Mauricio Herrera Ulloa ‘como andar con una etiqueta en la frente de periodista condenado o difamador’. En lo profesional el señor Herrera Ulloa se ha visto obligado a rechazar ofertas de trabajo fuera de Costa Rica, ha tenido que interrumpir sus estudios como consecuencia de los procesos penales y ha tenido que dejar de trabajar temporalmente en el periódico ‘La Nación’.

”La autocensura ha sido uno de los efectos más perniciosos y directos de la sentencia condenatoria, por lo cual la presunta víctima ha dejado de publicar notas cuya veracidad tenía confirmada por el miedo a tener que enfrentar una nueva denuncia penal”; ídem, párr. 66.

“El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”²⁰³.

Una postura similar se ha observado en casos posteriores²⁰⁴, también en contextos relacionados con la manifestación de la disidencia política²⁰⁵. Cabe destacar además que la Corte se ha referido al efecto disuasorio de sanciones o responsabilidades civiles excesivas, “con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”²⁰⁶.

e’) *Reconocimiento de nuevas dimensiones o revalorización de los derechos e intensificación del control de validez de las posibles restricciones*. La conexión entre los derechos humanos y la democracia ha favorecido que se adscriban nuevos contenidos a derechos consagrados en la Convención o, en otras palabras, ha conducido a una interpretación expansiva de sus implicaciones jurídicas, en la medida de lo exigido en una sociedad democrática, lo cual ha repercutido en la evaluación de licitud de las correspondientes restricciones legislativas. Asimismo, en relación con estos contenidos o con otros tradicionalmente comprendidos por derechos convencionales, aquella conexión se ha traducido en una intensificación del control jurisdiccional aplicado por la Corte Interamericana.

Muestras de ello se encuentran primeramente en materia de libertad de expresión o de derechos estrechamente ligados a ella en el sistema democrático. Un paso inicial fue el temprano reconocimiento por la Corte de la dimensión tanto individual como social de la libertad de expresión. Ambas se desprenden ciertamente del texto del artículo 13.1 de la Convención, pero la Corte ha enfatizado la significación colectiva de la libertad de expresión desde la perspectiva de la democracia, así como la imbricación inescindible entre esas dos facetas de tal libertad²⁰⁷. Más recientemente ha cristalizado en su jurisprudencia el derecho de acceso a la información pública, que también se colige del artículo 13.1 pero que adquirió sus perfiles específicos con fundamento en esa misma perspectiva. En particular, la Corte ha deducido de los requerimientos de una sociedad democrática el principio de máxima

²⁰³ Ídem, párr. 133.

²⁰⁴ Casos *Ríos y otros vs. Venezuela y Perozo y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, párrs. 341 y 369, respectivamente; caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 164 y 176.

²⁰⁵ Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 159.

²⁰⁶ Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 129; caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 74.

²⁰⁷ *La colegiación obligatoria de periodistas*, *op. cit.*, párrs. 30 y ss.

divulgación, según el cual toda información que esté bajo el control del Estado se presume accesible, sin perjuicio de las contadas excepciones admisibles²⁰⁸. Esto trasciende evidentemente al ámbito de la fijación de restricciones, pues en virtud de la irrupción de este contenido amparado por la libertad de expresión e información se reducen las facultades estatales para su fijación.

En el mismo sentido puede mencionarse la identificación de diversas vertientes de los derechos políticos, especialmente de las referidas a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos más allá de las vías clásicas del sufragio o el desempeño de funciones públicas²⁰⁹. En este contexto es digna de mención la protección del “derecho de defender la democracia”²¹⁰ por la jurisprudencia interamericana, incluido dentro de los derechos políticos, que puede hacerse valer sobre todo “en situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado” o para “protestar contra la actuación de los poderes estatales contraria al orden constitucional y para reclamar el retorno de la democracia”²¹¹. Este reconocimiento supone que las limitaciones ordinariamente aceptables respecto del ejercicio de ciertos derechos pudieran ser ilegítimas si aquel se contrae a acciones de protesta u otras similares cuyo propósito sea la preservación o recuperación de la democracia cuando esté gravemente en peligro. La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la conducta de jueces que mediante opiniones o declaraciones públicas, la participación en manifestaciones u otras actuaciones semejantes se pronunciaron para salvaguardar la democracia en un momento de quiebre político-institucional, lo que dio lugar a la apertura de procedimientos disciplinarios en su contra, frente a lo cual la Corte Interamericana concluyó que no les eran aplicables “las normas que ordinariamente restringen su derecho a la participación en política”²¹². En igual sentido estableció que la iniciativa de uno de ellos de interponer amparos o denuncias en resguardo de los derechos del presidente depuesto, corrientemente vedada a los jueces al ser parte de la práctica de la abogacía, estaba justificada en este caso, en el que tal interposición podía considerarse un ejercicio legítimo de la libertad de expresión asociado al derecho a la defensa de la democracia²¹³. La Carta Democrática Interamericana tuvo especial relevancia en la construcción de este precedente jurisprudencial.

²⁰⁸ Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 92; caso *Gomes Lund y otros* (“*Gueirilha do Araguaia*”) *vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 199.

²⁰⁹ Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párrs. 162 y 163.

²¹⁰ Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, *op. cit.*, párrs. 163 y 164.

²¹¹ *Ídem*, párr. 160.

²¹² *Ídem*, párr. 174.

²¹³ *Ídem*, párr. 181, *vid.* ALEXEI J. ESTRADA, “El derecho-deber a defender la democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia del caso *López Lone vs. Honduras*”, en FLORALBA PADRÓN PARDO y MAGDALENA CORREA HENAO (eds.), *¿El Estado constitucional en jaque?*, t. II, *El Estado constitucional y el derecho internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, págs. 283 y ss.

En relación con el derecho de acceso a la información pública rige, como se indicó, un principio de máxima divulgación que coloca sobre el Estado la carga de demostrar que se justifica imponer alguna de las restricciones que excepcionalmente pueden considerarse lícitas. Esto lleva consigo un estricto escrutinio, que también opera en lo que respecta al derecho a la defensa de la democracia y a los derechos políticos en general. Ello obedece a la reforzada conexión democrática de estos derechos, que se aprecia igualmente en la esfera de otros derechos convencionales, entre los que sobresale la libertad de expresión en sus diversas vertientes. En el capítulo anterior abordamos la temática de la intensidad del control aplicado por la Corte Interamericana sobre las limitaciones establecidas al disfrute de derechos humanos, y se evidenció que se agudiza, entre otras causas desencadenantes, cuando están en juego elementos medulares de la sociedad democrática, lo cual queda aquí solamente apuntado y se remite al lector a lo ya expuesto.

Conviene dejar apenas señalado que, por exceder del objeto de esta investigación, la idea de la sociedad democrática ha coadyuvado a la protección de ciertas facetas de los derechos convencionalmente consagrados o al reconocimiento de derechos autónomos adscribibles a varios de ellos, aun cuando esto no haya impactado directamente en la temática del examen de licitud de restricciones legislativas o de las correspondientes injerencias. Así, aquella ha sido aducida también para apalancar la cristalización jurisprudencial del derecho a la identidad con carácter autónomo, ya que este constituye “un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”²¹⁴.

También ha servido para orientar la interpretación y subrayar la significación de garantías judiciales comprendidas por el Estado de Derecho, como el derecho al recurso efectivo, el derecho y deber de motivación suficiente de las decisiones judiciales y los de investigación de las violaciones a derechos humanos²¹⁵. La propia independencia judicial ha sido visualizada desde el ángulo de la democracia, lo cual ha facilitado la consideración y explicación de su dimensión objetiva o institucional, por lo cual la Corte ha sostenido que “El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en

²¹⁴ *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 noviembre 2017. Serie A núm. 94, *identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, *op. cit.*, párr. 99.

²¹⁵ *Vid.*, entre otros, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 121; caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 77; caso *Escher y Otros vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 195.

una democracia”²¹⁶. Cuando esta independencia es puesta en entredicho por destituciones masivas de jueces, sobre todo en las altas cortes, se configura un atentado no solo contra la independencia judicial, sino contra el “orden democrático”, lo cual ha merecido un severo reproche por parte de la Corte²¹⁷. En la apreciación del menoscabo de dicho orden en tales circunstancias tuvo un papel destacable la invocación de la Carta Democrática Interamericana²¹⁸. Se ha enfatizado asimismo la relevancia que ostenta en una sociedad democrática la “legitimidad y confianza” que el Poder Judicial debe inspirar a los justiciables y a los ciudadanos en su conjunto, con respaldo en una “aparición de independencia de la magistratura”²¹⁹. Todo esto implica que el prisma de la democracia ha conducido a revalorizar los aspectos de la independencia judicial y de las garantías judiciales en general relativos a la credibilidad o confiabilidad de los jueces ante los ciudadanos, de manera que ha de prestarse atención a los factores organizativos, funcionales y otros de carácter objetivo o institucional que coadyuvan a preservarla.

4. PERSPECTIVAS DEL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS

El control democrático de restricciones a derechos humanos es un terreno fecundo para la generación de criterios que permitan verificar la justificación de la limitación de tales derechos. El sistema europeo de protección de los derechos humanos ofrece significativos aportes en la materia, aunque el prisma democrático desde el cual es examinada la restricción de algún derecho no siempre resulta explícito o está imbricado y de alguna manera solapado con el juicio de proporcionalidad. Ello puede explicar que parte de la doctrina no haya prestado suficiente atención a esta faceta del examen de la licitud de las limitaciones a los derechos humanos, pues se circunscribe al análisis de la proporcionalidad de la injerencia, sin subrayar la relevancia que allí a menudo ostenta la lectura democrática de la restricción. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enriquecido su jurisprudencia sobre la materia y ha hecho énfasis en las exigencias de la sociedad democrática a raíz de la

²¹⁶ Caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos Y Otros) vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 198; *vid.*, también, el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 55.

²¹⁷ Caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos Y Otros) vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 207 y ss.

²¹⁸ *Ídem*, párr. 221.

²¹⁹ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 171; caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sent. de 30 de junio de 2009. Serie C núm. 197, párr. 67. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf.

ampliación del Consejo de Europa a países que experimentaban transiciones a la democracia²²⁰.

El sistema interamericano ha dado pasos importantes en la determinación de las implicaciones de la democracia en la apreciación de la validez de las restricciones en los derechos garantizados por la Convención, sobre todo en materia de libertad de expresión aunque ya ha aplicado los correspondientes criterios de control respecto de otros derechos, como los derechos políticos. Se trata de un test que no necesariamente es separado o autónomo, sino que puede insertarse en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida correspondiente. La ponderación que en este *momento* de la proporcionalidad se lleva a cabo ha de estar iluminada, entre otros factores, por las exigencias de la sociedad democrática. Ello sin perjuicio de la significación que ese concepto posee en relación con las condiciones formales que rigen la previsión de esas restricciones.

La invocación de la Carta Democrática Interamericana en la jurisprudencia de la Corte, en ámbitos como el de la independencia judicial, que ella ha considerado crucial en una sociedad democrática, apunta en la dirección del afianzamiento del control que se ha examinado, así como el reconocimiento de un derecho de defender la democracia como concreción de los derechos políticos. Igualmente, la protección del pluralismo de las ideas que ha distinguido la jurisprudencia interamericana, junto a la reivindicación de la tolerancia, puede tener proyección en esferas diversas, referidas a derechos distintos a los que habitualmente han sido interpretados desde el prisma democrático.

A ello se añade la contraposición que ha efectuado la Corte entre los sistemas autoritarios y la sociedad democrática protegida por la Convención, lo cual debiera desembocar en una observación cada vez más atenta del contexto en que la alegada violación de derechos humanos se ha producido y en el empeño de identificar oportunamente y detener intentos de vaciamiento democrático, que normalmente solo pueden ser contenidos o revertidos jurisdiccionalmente en sus etapas iniciales.

²²⁰ JOSEPH ZAND, *The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights*, University of Baltimore Journal of International Law, vol. 5, núm. 2, págs. 195 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.: "Taking rules seriously", en WERNER MAIHOFFER y GERHARD SPRENGER, *Law and the state in modern times*, Stuttgart, Steiner, 1990.
- "Reglas y principios en el razonamiento jurídico" en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000.
- ABRAMOVICH V. y COURTIS C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- AGUIAR, A.: *El derecho a la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- *La libertad de expresión*, Caracas, SIP/UCAB, 2002.
- *La protección internacional de los derechos del hombre*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1987.
- ALEXY, R.: "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático", en CARBONELL, MIGUEL (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002.
- "La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, 8, 2000.
- "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en MAC CORMICK y otros, *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*, Stuttgart, Steiner, 1985.
- "Sistema jurídico, principios y razón práctica", en *DOXA* núm. 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61, Berlín, Walter de Gruyter, 2002.
- "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en SCHILCHER, B.; KOLLER, P. y FUNK, B. C.: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien, Österreich, 2000.
- ALFREDSSON, G. y EIDE, A.: *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- ARANGO, R. (Ed.): *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007.
- ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo*. Parte general, Caracas, Paredes, 2007.
- V. ARNAULD, A.: "Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", en *JZ*, 2000.

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, en *DOXA* núm. 10, 1991.
- AYALA CORAO, C.: “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional)*, t. 1, San Cristóbal, UCAT/UNET, 2002, .
- “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en *Estudios de Derecho Público (Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, vol. 1, 2001.
- BAER, S. y WRASE, M.: “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, en *JuS*, 2003.
- BARAK, A.: *Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BAYÓN, J. C.: “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BERKA, W., “Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 37, 1968.
- BERKEMANN, J., “Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen”, *Rechtstheorie*, 20, 1989.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2005.
- BETEGÓN, J.; LAPORTA, F.; DE PÁRAMO, J. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BLECKMANN, A., *Staatsrecht II (Die Grundrechte)*, Carl Heymanns, Colonia, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., “Demokratische Willensbildung und Repräsentation” en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, Heidelberg, Müller, 1998,.
- *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, en *Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main, Suhrkamp*, 1991.
- “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 42, 2003.
- *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- “Zerbrecht nicht das Recht! Sebastian Lenz fragt, wie weit sich unsere Verfassung dehnen lässt”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26.02.2007.
- BOGDANDY, A. V.: “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, vol. 6, núms. 3-4, *International Journal of Constitutional Law*, 2008.
- BOGDANDY, A. V.; FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Coord.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, ts. I y II., México, IJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010.

- BOROWSKI, M.: *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- BRAGE CAMAZANO, J.: “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *REDC* 74, 2005.
- *Los Límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- BREMS, E. (Ed.): *Conflicts between fundamental rights*, Oxford y Portland, Intersentia, 2008.
- BREWER-CARIÁS, A.: *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. 2, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.
- *La Constitución de 1999*, t. I, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.
- *Las Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*, Caracas, EJV, 1976.
- *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- BREWER-CARIÁS, A. Y AYALA CORAO, C.: *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Caracas, EJV, 1995.
- BUERGENTHAL, T., NORRIS, R. y SHELTON, D.: *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas/IIDH, 1990.
- BUMKE, C.: *Der Grundrechtsvorbehalt*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- BUSTOS GISBERT, R.: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- CABRA APALATEGUI, J. M.: “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”, en GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (Coord.), *Conflicto de Derechos*, Valencia, tirant lo blanch, 2019.
- “Conflictivismo vs. Coherentismo”, 2017, en <https://aepca.es/es-es/conflictivismo-vs-coherentismo-derechos-en-el-contexto-post-positiv/congress-papers/1937/>.
- CALCAÑO DE TEMELTAS, J.: “Notas sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela”, en Arismendi y Caballero (Coord.), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, vol. 3, Madrid, Civitas, 2003.
- CIANCIARDO, J.: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
- CARBONELL, M.: *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, 2006.
- *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- CASAL, J. M.: “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, III, 2002.
- *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.

- *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional No. 82* (enero/abril 2008).
- “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, *Rechtsgeschichte*, 16 (2010).
- *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2009.
- CÁTALA I BAS, A.: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TETD y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2001.
- CLÉRICO, L.: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, P.: “El legislador de los derechos fundamentales”, en *La Garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.
- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989.
- CHAVERO, R.: *El reino de la intolerancia*, Caracas, Aequitas, 2006.
- DÄBLER, A.: *Der Margin of Appreciation und die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft*, Hamburg, VDK, 2017.
- DAHL, R.: *La democracia*, Madrid, Grupo Santillana, 1999.
- DE OTTO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO y OTTO DE, IGNACIO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- DECHSLING, R.: *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, Múnich, Franz Vahlen, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005.
- DUEÑAS, O.: *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000.
- DUQUE CORREDOR, R.: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Caracas/Bogotá, Legis, 2008.
- DREIER, H.: *Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2004.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- EHLERS, D.: *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlín, De Gruyter, 2003.
- ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterliche Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr, 1956.
- ESTRADA, ALEXEI J.: “El derecho-deber a defender la democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia del caso López Lone vs. Honduras”, en PADRÓN PARDO, FLORALBA y CORREA HENAO, MAGDALENA (Ed.), *¿El Estado constitucional en jaque? t. II. El Estado constitucional y el Derecho Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

- FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Caracas, UCV, 1993.
- FERNÁNDEZ, E.: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRERES, V.: *Jurisdicción constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FOHMANN, L.: “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, en *EuGRZ* 1985.
- GALLWAS, H.-U.: *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970.
- *Grundrechte*, Luchterhand, Neuwied, 1995.
- GARCÍA, D.: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.
- GARCÍA AMADO, J. A.: “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Sanín Restrepo, Ricardo (Coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Universidad Javeriana/Legis, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; LINDE, E.; SÁNCHEZ MORÓN, M. y ORTEGA, L. I.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: “Principios y derechos fundamentales”, en BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO y PRIETO SANCHÍS (Coord.). *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- GARIBALDI, O.: “On the ideological content of human rights instruments: the clause ‘in a democratic society’”, en Buergenthal, T., *Contemporary issues in international law*, Kehl, Engel, 1984.
- GAVARA, J. C.: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GLENDON, M. A.: “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, vol. 16, en *Harvard Human Rights Journal*, 2003.
- GOMES CANOTILHO, J.: *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1995.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO y PRIETO SANCHÍS (Coord.). *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson/Aranzadi.
- GRABENWARTER, C.: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Múnich, Beck, 2008.
- GRABITZ, E.: “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 98, 1973.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR: *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988.
- GROTE R. y MARAUHN, T.: *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tubinga, Mohr, 2006.

- GUASTINI, R.: *Distinguendo (Studi di teoría e matateoria del diritto)*, Torino, Giappichelli, 1996.
- *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2007.
- GUSY, C.: “Entscheidung und (Recht-) Kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung“, en *DÖV*, 43, 1990.
- HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Müller, 1983
- *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- “Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen”, t. I, en Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Müller, Heidelberg, 2004.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998.
- HAIN, K.-E.: *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß - und Untermaßverbot?* DVBl 1993.
- HEINTZEN, M.: “Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, *DVBL* 2004.
- HEISSL, GREGOR: *Grundrechtskollisionen*, Viena, Verlag Österreich, 2017.
- HERBERT, G.: “Der Wesensgehalt der Grundrechte”, *EuGRZ* 1985.
- HERDEGEN, M.: en MAUNZ, T. y DÜRIG, G., *Grundgesetz*, T. I (art. 1.3), Beck, Munich, 2006.
- HERNÁNDEZ, J. I.: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, Caracas, EJV/IESA,
- HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1993.
- HIPPEL VON, E.: *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965.
- HIRSCHBERG, L.: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Schwartz, 1981.
- HOFFMANN-RIEM, W.: “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neuen Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, 2004.
- HUFEN, F.: *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Múnich, Beck, 2007.
- HUSTER, S.: *Rechte und Ziele*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- IPSEN, J.: *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Luchterhand, Neuwied, 2000.
- ISENSEE, J.: “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht”, en ISENSEE, J. y KICHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. v (2ª ed.), Müller, Heidelberg, 2000.
- “Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte”, en *Bürger- Richter-Recht, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, Beck, Munich, 1991.
- JACOBS, F. y WHITE, R.: *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon, 1996.

- JAKAB, A.: “Principien”, en *Rechtstheorie*, 37, 2006.
- JAKOBS, M.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Múnich, Heymanns, 1985.
- JARASS, H.: “Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht”, en *DöV*, 2002.
- JARASS, H. y PIEROTH, L.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, Beck, 2011.
- JELLINEK, W.: *Gesetz, Gesetzeanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tubinga, Mohr, 1913.
- JESTAEDT, M.: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- KAHL, W.: “Von Weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43, 2004.
- KLOEPFER, M.: “Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips”, en SCHMIDT-ASSMANN y otros, *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns 2003.
- KOKOTT, J.: “Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken”, t. I, en MERTEN y PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, Müller, Heidelberg, 2004.
- KRIELE, M.: “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter, 1971.
- LA TORRE, M.: “Nueve críticas de los derechos fundamentales de Alexy”, en MENÉNDEZ, AGUSTÍN y ERIKSEN, ERIK, *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010.
- LARENZ, K., y CANARIS, C. W.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, Springer, 1995.
- LÉCUYER, Y.: *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, París, Dalloz, 2009.
- LENZ, S.: *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2006.
- LERCHE, P.: Grundrechtsschranken“, en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1992.
- *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia/Berlín/Múnich/Bonn, Carl Heymanns 1961.
- LINARES BENZO, G.: “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación constitucionalmente garantizada”, en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LINDNER, J.: “,Grundrechtseingriff’ oder ,grundrechtswidriger Effekt’?”, *DöV*, 2004.
- *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tubinga, Mohr, 2005.
- LOGEMANN, A.: *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften*, Baden-Baden, Nomos, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, D.: *El Derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2006.
- LÜBBE-WOLFF, G.: *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
- MALDONADO MUÑOZ, M.: “Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales”, vol. 16 (2), *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 2016.

- MANGOLDT, H.; KLEIN, F. y STARCK, C.: *Das Bonner Grundgesetz*, t. 1, Munich, Franz Vahlen, 2005.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MAYER, O.: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996.
- MICHAEL, L. y MORLOK, M.: *Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- MÖLLERS, C.: *Die drei Gewalten*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft Verlag, 2008.
- MORALES ANTONIAZZI, M.: *Protección Supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2015.
- MORESO, J. J.: “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL (Ed.), *Neo-constitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- MÜLLER, F.: *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969.
- MURSWIEK, D.: “Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechteingriff - Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26.6 2002”, *NVwZ* 2003.
- NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.
- OSSENBÜHL, F.: “Abwägung im Verfassungsrecht”, *DVBl* 110, 1995.
- PALUMBO, A.: *Models of deliberative democracy*, Londres/Nueva York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- PAREJO, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *REDC*, núm. 3.
- PAÚL DÍAZ, Á.: “La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios”, vol. 47, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2017.
- PECES-BARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.
- *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- PETTITI, L.-E. ; DECAUX, E. e IMBERT, P.-H. : *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, París, Económica, 1995.
- PIEROTH, B. y SCHLINK, B.: *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Müller, Heidelberg, 2005.
- PINO, G.: *Derechos e interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, MIGUEL (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- RAZ, J.: *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford, 1986.
- RISSO FERRAND, M.: *Derecho Constitucional*, t. I, Montevideo Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- ROUSSEAU, D., SUDRE, F. (Ed.): *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: droits et libertés en Europa*, París, STH, 1990.
- RUBIO LORENTE, F.: “Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos”, *Politeia* 26, 2001.
- SACHS, M.: “Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte”, en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, Múnich, Beck, 1994.
- “Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte”, en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, Múnich, Beck, 1994.
- “Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte” en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, Múnich, Beck, 1988.
- “Die relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen”, *JuS* 1995.
- “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, en Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, Múnich, Beck, 1994.
- *Grundgesetz*, Beck, Múnich, 2003.
- *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Springer, Berlín, 2003.
- SALAZAR UGARTE, P.: *La democracia constitucional*, México, FCE/UNAM, 2006.
- SARTOR, G.: “Defeasibility und reasoning”, *Rechtstheorie* 24, 1993.
- SARTORI, G.: *¿Qué es la Democracia?*, México, Tribunal Federal Electoral, 1997.
- SCHLAICH, K. y KORIOOTH, S.: *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, Beck, 2007.
- SCHMIDT, M.: *Demokratiethorien*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981.
- SCHWABE, J.: *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Shadel, 1977.
- SCHYFF, G.: “The concept of democracy as an element of the European Convention”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2005.
- SERGIO ORTIZ, L. y MORALES GUZMÁN, J.: “República y democracia deliberativa: claves para su convergencia teórica”, vol. 71, en *Acta sociológica*, 2016.
- SIECKMANN, J.R.: *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006
- “Menschenrechte als transnationale Verfassungsrecht“, en BOROWSKI, MARTIN y otros, *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*“, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.
- *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- SOMMERMANN, K.-P.: “Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung”, t. I, en MERTEN, D. y PAPIER, H.-J., *Handbuch der Grundrechte*, Müller, Heidelberg, 2004.

- *Folgen von Folgenforschung*, Speyer, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2002.
- STARCK, C.: “Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee”, en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1998, Band III.
- STEIN, T.: “La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008.
- STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, Múnich, Beck, 1988.
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, Beck, Múnich, 1994.
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. IV/1, Beck, Múnich, 2006.
- “Idee der Menschenrechte und positivitat der Grundrechte”, t. V. en, ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1992.
- TOLLER, F.: “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA (h), JULIO CÉSAR y otros, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- TOURAINÉ, A.: *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TUGENDHAT, E.: *Justicia y derechos humanos*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1992.
- VAN DIJK y VAN HOOF, F.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006.
- VEGLERIS, P.: “Valeur et signification de la clause ‘dans une société démocratique’ dans la Convention Européenne des Droits de l’ Homme”, *Revue des Droits de l’ Homme*, 1968.
- WAHL, R.: “Das Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht”, en *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- *Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem*, Freiburger Universitätsblätter, 95, 1987.
- WEBBER, G.: *The negotiable Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- WEBER, A.: *Fundamental Rights in Europe and North America*, La Haya-Londres-Nueva York, Kluwer Law International, 2001.
- WENDT, R.: “Der garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, *AöR* 104, 1979.
- WIEACKER, F.: “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismaßigen Rechtsanwendung”, en LUTTER, M. y otros, *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1979.
- ZUCCA, L.: “Conflicts of fundamental rights as constitutional dilemmas”, en BREMS, E. (Ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Oxford y Portland, Intersentia, 2008.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Aarnio, Aulis: 55, 59, 63.
Abramovich, V.: 29, 273.
Aguiar, Asdrúbal: 17, 383, 432.
Alexy, Robert: 17, 22, 23, 27, 32, 36, 38, 42, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 70, 71, 74, 82, 83, 93, 94, 95, 97, 100, 104, 106, 107, 119, 120, 121, 122, 136, 137, 140, 156, 165, 169, 171, 174, 196, 197, 209, 240, 243, 245, 252, 284, 290, 378.
Alfredsson, Gudmundur: 379, 385, 386.
Arango, Rodolfo: 32, 374.
v. Arnauld, Andreas : 199.
Aßmann: 193.
Atienza, M.: 62, 63, 64, 67.
Ayala, Carlos: 14.

— B —

Baer, Susanne: 77.
Barak, Aharon: 171, 188.
Bastida Freijedo: 137, 141.
Bayón, Juan Carlos: 62.
Berg: 191.
Berka, W.: 381, 383, 389.
Berkemann, J.: 152.
Bernal Pulido, Carlos: 50, 106, 112, 119, 168, 171, 201, 208, 212, 213, 214, 225, 227, 238, 251, 257, 283.
Betegón, J.: 11, 36, 58.
Bleckmann, A.: 87, 96, 119, 150.
Böckenförde, E. W.: 49, 54, 73, 74, 92, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 156, 162, 194, 371, 372, 374.
v. Bogdandy, Armin: 4, 15, 32.
Borowski, M.: 15, 33, 42, 43, 51, 56, 59, 98, 99, 100, 101, 119, 156, 238.
Brage Camazano, J.: 37, 60, 87, 119, 128, 159.
Brems, E.: 20, 183.
Brewer-Carías, A.: 18, 372.
Buergenthal, T.: 383.
Bumke, C.: 155.
Bustos Gisbert, R.: 4.

— C —

Cabra Apalategui, José Manuel: 179, 184.
Canaris, Claus-Wilhelm: 60.
Carbonell, Miguel: 13, 20, 21, 23, 55, 58, 62.
Casal, Jesús M.: 15, 93, 99, 175, 207, 316, 377, 382, 383.

Cassin, René: 386.
Cátala i Bas, Alexandre: 416.
Cepeda, Manuel: 21, 28.
Cianciardo, Juan: 177.
Clérico, Laura: 171, 208, 212, 215, 255.
Correa Henao, Magdalena: 438.
Courtis, C.: 273.
Courtis, V.: 29.
Cruz Villalón, Pedro: 21, 25, 276.

— D —

Däbler, Alexander: 359, 394.
Dahl, Robert: 370.
De Otto, Ignacio: 68, 99, 105, 156, 287.
De Páramo: 11, 36, 58.
Decaux, E.: 382.
Dechsling, R.: 223.
Díez-Picazo, Luis María: 12, 44, 67.
Dreier, H.: 127.
Dueñas, Óscar: 28.
Duque Corredor, Román: 12.
Dürig: 112, 118, 281.
Dürig, G.: 87.
Dworkin, Ronald: 50, 53, 55, 59, 60, 63.

— E —

Ehlers, Dirk: 20.
Eide, Asbjorn: 379, 385, 386.
Eingriff: 91.
Eriksen, Erik: 52.
Esser, Josef: 50.
Estrada, Alexei J.: 438.

— F —

Fallon, Richard: 358.
Faúndez Ledesma, Héctor: 18, 22.
Fernández, Eusebio: 17.
Ferrajoli, Luigi: 11, 20, 23, 24, 63, 64, 66.
Ferrerés, Víctor: 10.
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: 15.
Fohmann, L.: 155.
Funk, Bernd Christian: 53.

— G —

Gallwas, Hans-Ullrich: 41, 44, 97, 133.

García Amado, Juan Antonio: 3, 58, 184.
 García, Daniel: 395.
 García de Enterría, Eduardo: 142, 372, 373.
 García Figueroa, Alfonso: 58, 64.
 García-Pelayo, Manuel: 7.
 Garibaldi, Oscar: 383, 385, 386, 387, 424.
 Gavara, Juan Carlos: 88, 208, 275, 278, 284, 294.
 Glendon, Mary Ann: 385.
 Gomes Canotilho, J.: 370, 374.
 González Amuchástegui, Jesús: 36, 37.
 González Beilfuss, Markus: 151, 211, 212, 213, 225, 228, 247.
 Grabenwarter: 394, 397.
 Grabitz, E.: 196, 199, 261.
 Greer, Steven: 359.
 Grimm, Dieter: 49.
 Gros Espiell, Héctor: 385, 387, 390.
 Grote, R.: 271.
 Guastini: 59, 63, 169.
 Guastini, Riccardo: 21, 55, 153, 243.
 Günther: 112.
 Gusy, Christoph: 74.

— H —

Häberle, Peter: 12, 39, 81, 90, 91, 106, 269, 270, 281, 282, 285, 286, 290.
 Habermas, Jürgen: 53, 112.
 Hain, K.-E.: 48.
 Heintzen, Markus: 152.
 Heißl, Gregor: 170.
 Hensel: 267.
 Herbert, G.: 275, 278, 283, 292.
 Herdegen, M.: 87, 112, 118.
 Herzog: 287.
 Hesse, Konrad: 74, 122, 162, 169, 170, 171, 183, 184, 279, 284, 374.
 v. Hippel, Eike: 283.
 Hirschberg: 190, 192, 193, 196, 198, 212, 224, 227.
 Hoffmann-Riem, W.: 3, 92, 96, 112, 113, 115, 116, 117, 194.
 Hufen, F.: 208, 269.
 Huster, S.: 101.

— I —

Imbert, P.-H.: 382.
 Ipsen, J.: 87, 96, 289, 293.
 Isensee, J.: 19, 87, 97, 106, 108, 110, 111, 170, 370, 371.

— J —

Jacobs, Francis: 175, 395.
 Jakab, Andrés: 55, 63.
 Jakobs, M.: 172, 194, 195, 196, 197, 212, 213, 222, 228, 239, 260.
 Jarass, Hans: 130, 293, 294.
 Jellinek, Walter: 192.

Jestaedt, Matthias: 73.
 Jiménez Campo, Javier: 21, 70, 26, 99.

— K —

Kahl, W.: 115, 117, 119, 123, 124, 127.
 Kelso, Randall: 358.
 Kichhof, P.: 87, 97, 170, 370, 371.
 Klein, F.: 97, 107.
 Kloepfer, Michael: 193.
 Kokott, Juliane: 270.
 Koller, Peter: 53.
 Koriath, S.: 166.
 Kriele, Martin: 371, 374.

— L —

La Torre, Massimo: 52.
 Laporta: 11, 36, 58.
 Larenz, Kart: 60.
 Lécuyer, Yannick: 399, 417.
 Lenz, S.: 117, 168.
 Lerche, Peter: 170, 196, 199.
 Lindner, Josef: 11, 14, 47, 54, 73, 108, 111, 132.
 Logemann, Anika: 40, 392, 393, 396.
 López Medina, Diego: 166.
 Lübbe-Wolff, Gertrude: 42, 46, 88, 89, 100, 125.
 Lutter, M.: 190.

— M —

MacCormick: 51.
 Maihofer, Werner: 55.
 Maldonado Muñoz, Mauricio: 177, 178, 180, 182.
 v. Mangoldt, H.: 97, 107, 268.
 Marauhn, T.: 271.
 Martínez-Pujalte, Antonio Luis: 279, 280, 281.
 Martínez Zorrilla, David: 66, 165.
 Martín-Retortillo, Lorenzo: 68.
 Maunz, T.: 87, 112, 118.
 Mayer, Otto: 192.
 Medina Guerrero, M.: 68, 73, 106, 156, 194, 251, 280, 281, 293.
 Menéndez, Agustín: 52.
 Merten, H.-J. D.: 13, 270.
 Michael, Lothar: 30, 48, 49, 171, 182.
 Möllers, Christoph: 371.
 Morales Antoniazzi, Mariela: 15, 374.
 Morales Guzmán, Jesús Carlos: 374.
 Moreso, José Juan: 58, 66.
 Morlok, Martin: 30, 48, 49, 171, 182.
 Müller, Friedrich: 68, 101, 102, 104, 105, 156.
 Müller, J. P.: 270.
 Murswiek, D.: 124, 126, 127.

— N —

Nawiasky: 268.

— O —

Ortiz Leroux, Sergio: 374.
Ossenbühl, F.: 194.
Osuna Patiño, Néstor: 21, 32.

— P —

Padrón Pardo, Floralba: 438.
Palumbo, Antonino: 374.
Papier: 13, 270.
Parejo, Luciano: 282, 285.
Paúl Díaz, Álvaro: 385.
Peces-Barba, Gregorio: 16, 37.
Pérez Luño, Antonio: 17, 19, 20, 21, 282.
Pettiti, L.-E.: 382, 384.
Pieroth, Bodo: 43, 48, 87, 95, 97, 111, 118, 121, 125, 129, 138, 143, 148, 151, 187, 194, 255, 280, 293, 294.
Pino, Giorgio: 160.
Prieto Sanchís, Luis: 11, 13, 25, 27, 36, 37, 55, 58, 62, 63, 64, 66, 99, 153, 164, 165, 285.

— R —

Raz, Joseph: 37.
Risso Ferrand, Martín: 19.
Rivera, Julio César: 177.
Rousseau, D.: 399.
Rubio Llorente, Francisco: 21.
Ruiz Manero: 62, 63.

— S —

Sachs, Michael: 30, 43, 44, 52, 70, 71, 87, 96, 101, 111, 125, 128, 130, 131, 134, 137, 142, 147, 148, 149, 150, 155, 156, 157, 162, 208, 209, 223, 255, 261, 279, 293, 374.
Salazar Ugarte, Pedro: 372, 374.
Sanín Restrepo, Ricardo: 58.
Sartor, Giovanni: 55, 58.
Sartori, Giovanni: 370.
Schilcher, Bernd: 53.
Schlaich, K.: 166.

Schlink, Bernhard: 43, 48, 87, 95, 97, 111, 118, 121, 125, 129, 138, 143, 148, 151, 187, 194, 255, 280, 293.
Schmidt, Manfred: 370.
Schmitt, Carl: 11, 45, 46, 266.
Schwabe, Jürgen: 44.
Sieckmann, Jan-Reinard: 15, 55, 56, 63.
Sommermann, Karl-Peter: 13, 14, 87, 258.
Sprenger, Gerhard: 55.
Starck, Christian: 97, 106, 107, 108, 111, 370, 371, 374.
Stein, Torsten: 20.
Stern, Klaus: 19, 21, 22, 43, 44, 52, 69, 71, 94, 98, 111, 114, 118, 119, 121, 123, 131, 136, 137, 150, 152, 154, 155, 168, 187, 189, 191, 193, 194, 196, 198, 199, 228, 238, 257, 266, 267, 269, 270, 278, 279, 281, 283, 284, 287, 288, 289, 290, 292, 294, 295, 425.
Sudre, F.: 399.

— T —

Toller, Fernando: 177, 180.
Touraine, Alain: 370.
Tugendhat, E.: 17.

— V —

Van Dijk, Pieter: 412.
Vegleris, P.: 379, 385.

— W —

Wahl, R.: 112.
Webber, Grégoire: 3, 179, 181.
Weber, Albrecht: 20.
Wendt, R.: 240.
Wernicke: 280.
White, Robin: 175, 395.
Wieacker: 190.
Wrase, Michael: 77.

— Z —

Zand, Joseph: 441.
Zucca, Lorenzo: 183.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DIECISÉIS DE JULIO DE DOS MIL VEINTE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE EMILIO GÓMEZ ORBANEJA (n. 16, VII, 1904 y m. 11, VIII, 1996).

LABORE ET CONSTANTIA