

HERRAMIENTAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHOS HUMANOS¹

FERRAMENTAS PARA A RESOLUÇÃO DE CASOS DE DIREITOS HUMANOS

María Paula Garat²

Recebido em: 28/01/2025
Aceito em: 24/04/2025

maría.garat@ucu.edu.uy

Resumo: Este artigo examina a distinção entre direitos humanos como princípios (entendidos como mandados de otimização, na teoria de Alexy) e regras, e como sua aplicação varia no raciocínio jurídico. Enquanto as regras operam por subsunção (enquadrando fatos em condições jurídicas pré-definidas), os princípios, por terem pressupostos fáticos abstratos, exigem a ponderação de interesses em conflito "na maior medida possível" diante das circunstâncias (Alexy, 2012). Um exemplo prático é a lei que restringe a venda de cigarros (como proibição a menores, advertências sanitárias ou limitações à exposição). Nesse caso, liberdade de comércio colide com proteção à saúde pública, demandando uma solução. O mesmo ocorre em conflitos entre particulares, como liberdade de imprensa versus direito à intimidade ou honra. O artigo analisa as principais ferramentas para resolver tais tensões, diferenciando restrições estatais (que exigem base legal) de litígios privados, mas destacando que ambos envolvem mecanismos semelhantes de ponderação. As soluções passam pela análise de proporcionalidade, hierarquização de interesses e determinação do princípio com maior peso normativo no caso concreto.

Palavras-chave: Direitos humanos; Proporcionalidade; Regras e princípios.

Resumen: Este artículo examina la distinción entre derechos humanos como principios (entendidos como mandatos de optimización en la teoría de Alexy) y reglas, y cómo su aplicación varía en el razonamiento jurídico. Mientras que las reglas operan por subsunción (encuadrando hechos en condiciones jurídicas predefinidas), los principios, al tener presupuestos fáticos abstractos, exigen la ponderación de intereses en conflicto "en la mayor medida posible" según las circunstancias (Alexy, 2012). Un ejemplo práctico es la ley que restringe la venta de cigarrillos (como prohibición a menores, advertencias sanitarias o limitaciones a la exposición). En este caso, la libertad de comercio colisiona con la protección a la salud pública, demandando una solución. Lo mismo ocurre en conflictos entre particulares, como libertad de prensa versus derecho a la intimidad o al honor. El artículo analiza las principales herramientas para resolver estas tensiones, diferenciando restricciones estatales (que exigen base legal) de litigios privados, pero destacando que ambos involucran mecanismos similares de ponderación. Las soluciones pasan por el análisis de proporcionalidad, jerarquización de intereses y determinación del principio con mayor peso normativo en el caso concreto.

Palabras clave: Derechos humanos; Proporcionalidad; Reglas y principios.

¹ El presente artículo no es inédito y fue previamente publicado por la Editorial Fundación de Cultura Universitaria en 2022. Se integró como Capítulo VI en la obra del Prof. Martín Risso Ferrand "Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación". Su referencia es la siguiente: GARAT, María Paula. Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos. In: RISSO FERRAND, Martín. **Derechos Humanos**. Interpretación y Aplicación. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2022. La autora agradece al Prof. Risso Ferrand y a la Fundación de Cultura Universitaria por autorizar su reproducción en esta Revista.

² Universidad Católica del Uruguay

1. INTRODUCCIÓN

El entendimiento de los derechos humanos como normas de principio, sin supuesto de hecho o con un supuesto muy abstracto, o bien como mandatos de optimización en la terminología de Alexy (2012, p. 92), hace variar las herramientas tradicionales para la resolución de casos.

Con las reglas la operación natural es la subsunción: nos preguntamos si los hechos considerados o probados del caso ingresan en el supuesto de hecho de la disposición jurídica en cuestión y, si ello ocurre, aplicaremos la consecuencia prevista en la norma.

En las normas de principio, en cambio, lo anterior no puede ser utilizado. En este sentido, las normas de principio tienen un supuesto de hecho demasiado amplio, y son entendidas como mandatos de optimización, por lo que se las deberá aplicar “en la medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes” (Alexy, 2012, p. 91). Ante un caso concreto varias normas de principio tendrán vocación de ser empleadas, y debemos aplicarlas en la mayor medida posible (mandato de optimización).

¿Cómo haremos esto? Para explicarlo, recurramos a un caso de la realidad. Una ley que restringe en algunos aspectos la venta de tabaco. Por ejemplo, no se admite su venta a menores de edad, se requiere incluir determinadas imágenes en su empaque, en los comercios no se muestran al público, entre otras.

En este caso serán aplicables la libertad de comercio, pero, a su vez y para dicha limitación, se alegará estar protegiendo la salud de la población, desincentivando el consumo de un producto perjudicial para la salud. Son invocados, entonces y a priori, la libertad y la salud, como derechos contrapuestos. ¿Cuál de ellos prima? ¿Cómo solucionamos este conflicto?

Lo mismo ocurriría en otros casos, y ya no únicamente ante límites impuestos por la autoridad, sino ante conflictos entre particulares. Por ejemplo, la publicación del medio de prensa que restringe la intimidad o el honor de la persona. La libertad de prensa entra en conflicto con la intimidad, el honor o la propia imagen.

En este artículo analizaré las principales herramientas que se emplean para resolver estos supuestos. Haré la distinción entre estos dos tipos de

casos, esto es, cuando se trata de una limitación impuesta por una autoridad - que requerirá la fuente legal, según lo ya abordado-; y cuando el conflicto se da entre particulares. Aun así, en ambas hipótesis son de empleo las herramientas que abordaremos a continuación.

2. DISTINCIÓN ENTRE LOS DISTINTOS CASOS: LÍMITES IMPUESTOS POR LA AUTORIDAD Y CONFLICTOS DE DERECHOS ENTRE PARTICULARES

Distinguir a qué tipo de caso nos enfrentamos, esto es, si se trata de un límite a uno o varios derechos impuestos por la autoridad o bien a un conflicto de derechos entre particulares adquiere relevancia, al menos, por dos motivos.

El primero y ya mencionado: el principio de legalidad. Cuando el límite es impuesto por la autoridad (en el ejemplo anterior las restricciones a la venta de productos de tabaco), habrá una etapa necesaria y primera. Nos preguntaremos si esa limitación tiene fuente legal, si cumple con la reserva legal antes estudiada, y si esa autoridad tiene competencia para la limitación, de acuerdo con la ley aplicable.

Por ejemplo, la disposición que obligue a los conductores a llevar casco deberá tener fuente legal. O bien, la que disponga que determinados alimentos deberán tener ciertas etiquetas de advertencia al consumidor, por ejemplo, por exceso de azúcares. A su vez, si el Ministerio de Salud Pública ordena la suspensión en la venta de determinado producto por no cumplir con ciertos requisitos, entonces esas exigencias deberán tener fuente legal y, a su vez, el Ministerio deberá tener también competencia para el dictado de esa medida.

El anterior examen no se realiza cuando el caso es entre particulares. En este último, advertiremos la confluencia de dos o más derechos contrapuestos, como la libertad de prensa y la intimidad, y habremos de aplicar las herramientas que en este capítulo abordaremos para resolver dicho conflicto. En este caso no habrá recurrencia al análisis de legalidad, pues no aplicará en este supuesto. Es lo que ocurre en el caso de exigencia de barbijo en el lugar de trabajo por el dueño del restaurante.

La segunda relevancia que posee esta distinción es la selección y forma de aplicación de la herramienta que se utilizará para su solución. En el primer

supuesto, del límite impuesto por la autoridad, se recurrirá al principio de razonabilidad o de proporcionalidad y, en este último, se determinará la idoneidad, necesidad y ponderación del medio empleado (en el ejemplo, a cada una de las restricciones aplicables a los productos de tabaco), aspectos que profundizaré en las secciones siguientes.

En el segundo caso, el análisis es un tanto más complejo. Es posible, también, recurrir al principio de proporcionalidad, aunque variando en alguna medida el punto de partida y debiendo determinar qué medio es el que se está analizado. En un conflicto entre la libertad de prensa y la intimidad, por ejemplo, lo que se someterá al examen del principio de proporcionalidad podría ser el castigo o sanción que se impusiera al medio de prensa por la publicación realizada: ¿es idóneo, es necesario y es proporcionado?

Podemos también realizar otro tipo de análisis, y recurrir a la armonización o bien a la ponderación, directamente. Lo analizaré en este trabajo, pese a ya identificar la importancia de distinguir el tipo de caso, para definir y emplear correctamente la herramienta aplicable.

3. ANÁLISIS PREVIO: DERECHOS INVOLUCRADOS Y MÁRGENES DE DEFINICIÓN DE FINES Y DE MEDIOS

Previo al ingreso a las herramientas para resolver casos de derechos humanos, debemos identificar que, efectivamente, estamos ante un caso de derechos humanos, determinando los derechos que son invocados y aplicables. Segundo, establecer y analizar el ordenamiento jurídico aplicable a esos derechos.

En lo anterior habremos de, seguramente, recurrir a la directriz de preferencia de normas e interpretaciones ya analizada. A su vez, nos encontraremos con márgenes de aplicación de fines y de medios.

Tanto el legislador, como el aplicador, intérprete o juzgador deben situarse dentro del marco constitucional y convencional vigente y, sin perjuicio de los derechos que se vean involucrados y los exámenes previamente analizados, es posible que se enfrenten a la conclusión de que, al caso, también le aplican ciertas disposiciones que, en la Constitución o en la CADH,

se enuncian como reglas, como normas prohibitivas o como mandatos imperativos.

Veamos un ejemplo. El artículo 29 de la Constitución uruguaya dispone que: “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”. La norma en examen prohíbe la censura previa. Por tanto, si nos enfrentamos a un caso en el que se haya censurado previamente una publicación ¿cómo lo resolvemos?

Aquí no será necesario recurrir a otras herramientas, habremos de identificar la disposición prohibitiva constitucional y su vulneración en el caso, aplicando la consecuencia lógica, esto es, concluyendo en su incumplimiento y, por tanto, su inconstitucionalidad.

Quizás el derecho a la intimidad o al honor eran más gravemente afectados y el juzgador concluye que, con la ponderación o proporcionalidad, no cabrían dudas que debiera amparar a estos últimos, y no a la libertad de prensa. Sin embargo, la Constitución no le brinda ese margen en este supuesto. Pues, de entrada, prohíbe toda censura previa, aun en el caso de que se pueda ver gravemente afectado otro derecho.

Se trata de los márgenes de definición de fines y de medios que limitan la interpretación y aplicación constitucional.

En este sentido, el intérprete o aplicador está circunscripto, para la selección de fines y medios, al marco constitucional y convencional vigente. “La Carta juega un rol importante en esta elección, ya que se encontrarán márgenes para la elección de fines y medios que deberán ser respetados, así como vallas que no podrán superarse (de nada vale cuestionar la prohibición de la censura previa, pues ella surge del artículo 29 de la Constitución y del artículo 13 de la CADH). De ahí que el método tópico solo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional” (Risso Ferrand, 2014, p. 239-283).

Cuando analizamos un caso, entonces, también es necesario identificar las disposiciones aplicables y, en ello, las reglas impuestas. En el ejemplo antes comentado, y si nos enfrentamos a un caso de censura previa, entonces

será inconstitucional, pues el artículo 29 no admite la censura previa. No habrá margen para ponderar o para recurrir a la proporcionalidad. Estaremos en la aplicación de una norma prohibitiva, con la consecuencia clara de la ilegitimidad en el obrar contrario a la Constitución.

Alexy también explicita que este margen en los medios deriva “de la estructura de los deberes positivos”, esto es, “cuando las normas de derecho fundamental no solo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección” (Alexy, 2012, p. 522).

En la Constitución uruguaya podría ser el caso, por ejemplo, del artículo 44, al mandar que ante determinados casos (indigente o carente de recursos suficientes) el Estado “proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia”. En lo anterior tampoco hay margen para una ponderación. Si se cumple con acreditar el supuesto de hecho, entonces cabrá aplicar la consecuencia (mandato) indicado.

De similar modo ocurre con los fines. Pues, no cualquier fin puede justificar la limitación de cualquier derecho y este es un tema previo al ingreso del examen del principio de proporcionalidad, o como parte de la primera etapa. Lo retomaré más adelante.

4. ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS QUE SE EMPLEAN PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHOS HUMANOS?

Analizaré a continuación las principales herramientas que se emplean para resolver casos sobre derechos humanos: A) Razonabilidad, Ponderación y Proporcionalidad, B) El test de igualdad, C) El contenido esencial de los derechos, y D) El debido proceso.

4.1. RAZONABILIDAD, PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Como primer aspecto a ahondar me detendré en el principio de razonabilidad, de proporcionalidad y en la ponderación. Estas tres herramientas apuntan a un mismo objetivo: proteger los derechos en la mayor medida

posible y evitar abusos, especialmente por parte de la autoridad. Sin embargo, su formulación difiere, producto de su origen.

El principio de razonabilidad es de creación jurisprudencial y surge del derecho anglosajón. Se trató de un freno a la actividad regulatoria, por el que se exige demostrar los motivos, objetivos y fines en el accionar público (Martínez, 2011, p. 206-208; Risso Ferrand, 2016, p. 147; Garat, 2020, p. 66).

La jurisprudencia, al evaluar un determinado límite impuesto por la autoridad, se pregunta sobre su justificación, su porqué, si es razonable o no lo es. En puridad, no se trata de una prueba o de una forma de razonamiento estructurado, como luego veremos ocurre con otras herramientas, sino de aplicar el concepto de “razonabilidad”.

El caso británico *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury*, de 1948, es mencionado como uno de los orígenes de este concepto, sin perjuicio de la salvedad de que, posiblemente, un examen de “lo razonable” existe desde el inicio de la actividad jurisdiccional (Cohn, 2010, p. 604). En el caso se analiza la prohibición para que menores de 15 años pudieran acudir a teatros los domingos. El Tribunal aplica un examen de razonabilidad como límite a una posible discrecionalidad, no encontrando, en los hechos, una justificación para tal limitación (Cohn, 2010, p. 604).

A su vez, dentro de este estudio de “razonabilidad” se engloban muchos conceptos, que en las demás herramientas o en otras ramas del Derecho - como el Derecho Administrativo- observaremos categorizados y mayormente determinados. Tal sostiene Sánchez Morón: “El concepto de irrazonabilidad (*unreasonableness*) de la decisión comprende una pluralidad de supuestos que en el derecho continental se concretan en figuras específicas, pero que no siempre la doctrina británica sustantiviza: *wrong motive* (motivos erróneos), *improper purposes* (equivalente a nuestra desviación de poder), mala fe o intención dolosa (muy raramente admitida), abuso y exceso de poder; incluso el principio de proporcionalidad puede entenderse comprendido en aquel otro concepto” (Sánchez Morón, 1994, p. 69-70).

Podemos observar, entonces, dos aspectos importantes de este análisis: se centra en los fines y su contenido no es preciso, aunque requiere de una argumentación tendiendo a justificar o no la suficiencia de los motivos que fundan el accionar público.

La exigencia de esta fundamentación es mayor para algunos casos. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es posible encontrar mayores requerimientos para determinados derechos. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la libertad religiosa en el caso *Sherbert v. Verner* (374 U.S. 398, 1963). En este supuesto la religión de la reclamante no le permitía trabajar los sábados, por lo que no pudo aceptar un empleo que así lo requería y solicitó una compensación por desempleo, que le fue negada con el argumento de que, habiendo tenido la posibilidad de un empleo adecuado, no aceptó el cargo. La Corte Suprema argumentó que no encontró un interés estatal apremiante (*“compelling state interest”*) que justifique dejar de lado la libertad religiosa en estos casos.

Observemos entonces que el examen de razonabilidad consta de un cuestionamiento hacia los motivos y fines que llevan a tomar cierta decisión, los que se exigen sean adecuados y suficientes para su justificación. En algunos casos, incluso, se requieren necesidades más allá de lo razonable (apremiantes, imperiosas), que dan cuenta de una exigencia de argumentación incluso más rigurosa sobre el caso y la medida tomada.

Por su parte, la proporcionalidad también apunta al control de la actividad de la autoridad. Su origen alemán, no obstante, lo hace ser un principio mucho más estructurado que el de razonabilidad. Como veremos, consta de un examen de tres subprincipios (idoneidad, necesidad y ponderación) que tienden al análisis del medio empleado y la justificación, o no, de la limitación del derecho en cuestión.

En este punto corresponde distinguir entre la noción de “ponderación” que hace alusión al tercer subprincipio de la proporcionalidad y que estudiaremos luego, de la técnica de la “ponderación”, ya no enmarcada en este principio, sino más amplia y que también se emplea en casos de conflictos de derechos.

Esta última noción, también alemana -aunque vinculada con el “*balancing*” anglosajón- es más amplia que la primera y se destina a definir el contenido de los derechos, cuando entran en conflicto con otros, y el alcance de sus límites³. Se trata de analizar los ámbitos de aplicación de cada derecho, y sus límites, en la confluencia con otros derechos. En su contenido se

³ Para Häberle (2003, p. 67) corresponde acudir al principio de proporcionalidad recién luego de haber realizado la ponderación de bienes.

identifican y determinan los argumentos de un lado y del otro, para, en definitiva, inclinarse por una u otra posición.

La ponderación es definida por Atienza como “la operación consistente en “balancear” las diversas razones concurrentes en un caso para determinar cuál(es) es(son) la(s) que deben(n) prevalecer” (Atienza, 1995, p. 23).

En su aplicación a la teoría de derechos fundamentales Häberle lo toma como parámetro que permite el equilibrio entre los distintos bienes y valores involucrados en el caso, dando coherencia al sistema. «En la ponderación de bienes se realiza el equilibrio en el que los bienes jurídico-constitucionales encajan los unos con los otros. Así entendida, La ponderación de bienes es “equilibrio y ordenación conjunta” (Häberle, 2003, p. 40). El autor proponía el siguiente ejemplo:

La Ley Fundamental ha reconocido numerosos ámbitos vitales los unos junto a los otros. Quiere la propiedad y la expropiación. Por medio de la ponderación de bienes se proporciona un equilibrio entre los bienes jurídicos que colidan, a través del cual estos son incluidos en el conjunto de la Constitución, para la que son necesarios en igual medida (Häberle, 2003, p. 40).

Tanto razonabilidad, como proporcionalidad y ponderación son empleados por la jurisprudencia actual, sea que se identifiquen como tales, o cuya recurrencia se termine deduciendo de la argumentación utilizada.

En general, los casos de límites impuestos por la autoridad son resueltos mediante un examen de razonabilidad y/o de proporcionalidad; mientras que en los conflictos entre particulares -y si bien es posible recurrir a la proporcionalidad- se emplea también la ponderación (Rodríguez Ruiz, 2016, p. 36-38).

En esto último, en Uruguay y además de los anteriores, se ha propuesto realizar una armonización, lo que, en esencia, es sinónimo de lo que se aborda como ponderación. Se propone: (a) delimitar el caso concreto y los hechos del caso; (b) evitar visiones parciales del problema; (c) respetar el contenido esencial de cada derecho; (d) actuar en defensa del sistema de derechos humanos, y (e) encontrar un equilibrio entre los derechos (Risso Ferrand, 2011).

Si bien, como veremos luego, la jurisprudencia europea recurre generalmente al principio de proporcionalidad para resolver estos casos, aspectos relacionados con la razonabilidad también son considerados, aún sin identificar que se está empleando esta herramienta.

A modo de ejemplo, en materia de límites a la libertad de expresión el TEDH ya desde el caso *The Sunday Times vs. The United Kingdom* (1979) ha exigido que las autoridades justificaran que las razones alegadas para la restricción fueran relevantes y suficientes. También en lo que respecta a la igualdad, la recurrencia del TEDH es a una exigencia de que la diferenciación sea objetiva y razonable (Garat, 2015, p. 66).

Por su parte, la Corte IDH, al momento de examinar cómo se resolvió el caso por el tribunal interno del Estado, requiere que se haya realizado una ponderación razonable y suficiente entre los derechos en conflicto (Caso *Mémoli Vs. Argentina*, p. 140).

Por lo tanto, y ante un caso concreto, estas herramientas confluyen. Si bien la jurisprudencia europea y regional actual recurre generalmente al principio de proporcionalidad -sobre el que profundizaré a continuación- también lo combina con un análisis que tienen que ver con la razonabilidad, o aún con una más flexible ponderación.

4.1.1. CONTINUACIÓN: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La doctrina del principio de proporcionalidad ha sido desarrollada originariamente en Alemania y es actualmente empleada por la gran mayoría de cortes constitucionales y tribunales nacionales con función de contralor de regularidad constitucional de las leyes. También es ampliamente utilizado por la Corte IDH y por el TEDH en la resolución de sus casos.

Para la aplicación del principio de proporcionalidad, y previo a analizar sus tres subprincipios, debemos partir de dos supuestos. Por una parte, de una medida que limita uno o más derechos fundamentales. Es necesario determinar cuáles son, cuál es su ámbito de aplicación y su relación al caso. Por otra parte, y del otro lado, nos preguntaremos cuál es el fin o derecho contrapuesto. Esto es, con esa medida, ¿qué se pretende salvaguardar?

Relacionando esto último con lo antes mencionado respecto del análisis de la legitimidad del fin, este examen es relevante y debiera preceder o bien ser la primera etapa de este estudio de la proporcionalidad. En ello, es importante reiterar que no todos los fines pueden limitar todos los derechos, a la vez que no alcanza con meramente identificar el fin o que este no sea prohibido. Corresponde adentrar en el análisis de cuáles son los fines que permiten restringir los derechos que previamente hemos determinado como aplicables al caso, y profundizar en cuanto a si se presentan, o no, al supuesto concreto considerado.

El estudio que sigue, entonces, partirá del supuesto de que uno o varios derechos son aplicables, y que hay al menos un fin legítimo que se pretende salvaguardar con la medida adoptada. Si no se identificara un fin, o bien si no es legítimo -por ser prohibido o bien por no ser uno de los fines que posibilita la restricción de ese derecho-, entonces la medida será inconstitucional o inconvencional.

Este es el aspecto al que originariamente, en Alemania, no se profundizó, aunque en otros ordenamientos, como el de España, Uruguay, o aún en los parámetros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, posee trascendencia. No alcanza con que el fin no sea prohibido para superarse este examen, sino que es necesario un análisis mayor, en atención a cuáles son los fines que podrían justificar una limitación de ese derecho, de su contenido y de si se presentan en el caso (Garat, 2020).

Una vez abordado lo anterior, corresponde el ingreso al contenido propio del principio de proporcionalidad, en sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación⁴. En los tres casos habremos de identificar una medida, el medio, por el que se restringe el derecho, y realizarnos diversas preguntas sobre este. Por ejemplo, volviendo al caso de ciertas restricciones en la venta de productos de tabaco, nos preguntaremos si esos medios son idóneos, si son necesarios y si cumplen con la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

⁴ Para un mayor análisis del principio puede consultarse, entre otros: Alexy (2012), Bernal Pulido (2007) y Garat (2015).

Es importante mencionar en este punto que en algunos casos habremos de considerar varias medidas. En el ejemplo ya propuesto, un medio es la prohibición de venta a menores de edad, otro es la obligación de incluir determinadas imágenes en el envoltorio del producto, otro es la imposibilidad de exhibición al público en los comercios de venta, entre otras. El examen deberá realizarse por cada una de estas medidas o medios por separado, identificando a cada uno, puesto que uno de esos medios puede ser idóneo y necesario (y por tanto constitucional), aunque otro puede no serlo.

4.1.2. IDONEIDAD

La idoneidad estudia la interrogante de si el medio es adecuado para alcanzar el fin, si permite lograrlo. En el ejemplo propuesto, si esas medidas restrictivas a la venta de tabaco logran una protección a la salud de la población desincentivando su consumo.

En los hechos será difícil encontrar un medio que no sea apto para lograr el fin. No obstante ello, hay ejemplos de jurisprudencia comparada en los que se concluyó la falta de idoneidad. A este respecto se menciona el caso del Tribunal Constitucional alemán *BVerfGE* 19,330 en el cual se entendió que exigirles a los vendedores de tabaco una *expertise* profesional determinada no era idóneo para salvaguardar la salud de los consumidores (Alexy, 2012, p. 525; Garat, 2015, p. 33). En España, el Tribunal Constitucional Español consideró que la jubilación forzosa no era una medida idónea para asegurar el pleno empleo⁵.

También podríamos imaginar otros casos. En algunos la falta de idoneidad podría ser manifiesta, si el medio no se relaciona con el fin buscado. En otros, la discusión podría requerir un mayor abordaje y argumentación. En esto último, y a modo de ejemplo, el establecimiento de un impuesto a cierto producto no siempre desincentiva su consumo (fin extrafiscal que pueda ser buscado). Pues dependerá de otras variables económicas, como la existencia o no de bienes sustitutos. A su vez, y siguiendo con el ejemplo impositivo, el aumento tributario no siempre está asociado con una mayor recaudación, tal

⁵ STC 22/1981.

como lo indica la denominada “curva de Laffer”. Por tanto, el aumento de la alícuota del impuesto no siempre sería una medida idónea para desincentivar el consumo de un producto o para aumentar el financiamiento público.

4.1.3. NECESIDAD

El segundo examen, de necesidad, sí ha sido mayormente empleado. Se trata de determinar si ese medio es el único que posibilita ese fin, o si hay otro u otros medios que pudieran alcanzarlo sin afectar, o afectando en menor medida, a los derechos involucrados.

Alexy lo fundamenta recurriendo al óptimo de Pareto, y alegando que se trata de «la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales» (Alexy, 2012, p. 526-527). Resulta lógico que, si hay otro medio que permitiera alcanzar el fin sin afectar al derecho o afectándolo en menor medida, entonces la restricción no está justificada, por ser innecesaria: hay otra que posibilita el fin sin esta afectación.

Pero la formulación que parece clara en la teoría se complejiza en la práctica. ¿Cuándo y cómo identificar a otro medio que permita alcanzar ese mismo fin? Cuando el examen lo realiza un juez, se le cuestionará -también- que es el legislador quien está en mejor posición de elegir entre los medios idóneos⁶. Una postura piedeletrista de lo anterior vedaría todo control jurisdiccional sobre este punto.

Lo cierto es que la necesidad es un examen que se emplea en la práctica y en gran medida. El caso multicitado en este aspecto es el del Tribunal Constitucional alemán sobre dulces de chocolate y arroz inflado (BVerfGE 53, 135). La medida prohibía la comercialización de estos productos con el fin de proteger la salud de los consumidores. El Tribunal entendió que el fin era legítimo y que el medio era idóneo, pero no superaba el examen de necesidad. Había otro medio para lograr el fin, como el etiquetado de los alimentos (Alexy, 2012, p.526; Garat, 2020, p. 79).

También corresponde apuntar que una medida o medio puede ser necesario en determinado contexto, pero no en otro. Así, por ejemplo y

⁶ Por ejemplo: Gómez Corona (2008, p. 266). En el ámbito del TEDH en igual sentido se emplea la doctrina del margen de apreciación nacional (Garat, 2020, p. 78).

trayendo a colación la reciente pandemia por Covid-19, en determinado momento ciertas medidas de restricción de la movilidad o de las actividades en grupos en lugares cerrados podrían ser necesarias (basándose ello en el alto número de casos o contagios diarios, en el elevado grado de hospitalización, en el incremento del índice de fallecimientos, en fin, en la gravedad de la situación). Sin embargo, esas medidas o medios no eran necesarios de variarse ese contexto, por ejemplo, luego de la tercera o cuarta dosis de vacunación, cuando el resultado de los contagios era mayormente leve y en general no se requería hospitalización⁷.

4.1.4. PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Por último, la ponderación o también denominada proporcionalidad en sentido estricto.

Es importante distinguir esta etapa -tercer subprincipio dentro del examen de proporcionalidad- de la ponderación por sí sola, como técnica empleada también en otros supuestos y que fue antes mencionada. Si bien su contenido es similar, difiere en algunos puntos, en tanto aquí también la doctrina alemana ha previsto cierto contenido preciso para el análisis, no presente en el *balancing* anglosajón o en la ponderación (diferenciada de la proporcionalidad) alemana.

En esta etapa mediremos, por una parte, el grado de afectación del derecho o de los derechos aplicables al caso y, del otro, la importancia de alcanzar el fin contrapuesto. Pero lo haremos en relación con el caso concreto. No se trata, entonces, de medir si es más importante la libertad de expresión o la intimidad. Ello no lo podríamos determinar en abstracto, dado que los derechos tienen teóricamente el mismo grado e importancia. Sin embargo, consiste en un análisis en concreto.

Para lo anterior Alexy propone el uso de una escala tríada (leve, medio o grave) y calificar entonces en leve, medio o grave, por una parte, el grado de afectación del derecho involucrado y, por la otra, la importancia del fin contrapuesto. Siguiendo con el ejemplo antes propuesto de las restricciones en

⁷ Este punto se relaciona con el elemento de la seguridad de las premisas consideradas que será abordado más adelante.

la venta de productos del tabaco, debiéramos calificar en leve, medio o grave la afectación a la libertad de comercio; y también en leve, medio o grave la importancia de salvaguardar el fin contrapuesto, en el caso concreto.

Una vez hecho lo anterior recurriremos a la máxima de la ponderación que se formula del siguiente modo: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2012, p. 138).

Si, entonces, la afectación al derecho fue calificada como leve o media, entonces la importancia del fin contrapuesto -para superar el examen- debiera ser media o grave, respectivamente. Cuanto mayor sea la gravedad de la afectación del derecho, para justificar esta restricción, mayor aún tiene que ser la importancia del fin contrapuesto. Ello, se reitera, en atención a los elementos del caso y no en un examen en abstracto.

Veamos algunos ejemplos para observar cómo se aplica la ponderación en la práctica.

El caso citado por Alexy y varios autores es el de la Revista Titanic (Alexy, 2008, p. 22; Alexy, 2012, p. 532; Bernal Pulido, 2006), la que publicó una nota calificando de “asesino nato” y de “tullido” a un oficial tetrapléjico. Observemos en ello que la ponderación realizada lo es para cada calificativo. El Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE* 86, 1) consideró que la afectación en el derecho al honor del oficial fue media para su identificación como “asesino nato”, pero grave para “tullido”.

¿Cómo definir el grado de afectación y quién decide si es “medio” o es “grave”? ¿Cómo se determina lo anterior?

Veamos otro ejemplo.

En el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), sobre fecundación in vitro, la Corte IDH ha recurrido a esta ponderación para definir si la prohibición de realizarse la técnica de la fecundación in vitro en Costa Rica era, o no, ajustada a la CADH. Para ello consideró, por una parte, como muy leve la importancia del fin perseguido (protección al embrión) y, por otra parte, como grave la afectación a los derechos involucrados de las parejas a las que se les impedía esta técnica (integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, entre otros).

¿Por qué la anterior conclusión?

En esta pregunta está la clave de la ponderación. No se trata de calificar, sin más, de uno y otro lado lo que nos parece más o menos grave. Si imaginamos una Ley que prohibiera el consumo de los refrescos que contengan cafeína, para salvaguardar la salud de los consumidores, seguramente la entenderíamos como idónea, tendríamos problemas en su necesidad, y ¿cómo haríamos la ponderación? ¿Dependería de si el reclamante es un gran consumidor de estos productos -entonces la afectación sería “grave”- o si se trata de una persona que no los compra habitualmente -entonces, como no le cambiaría sus hábitos sería “leve”? ¿Cómo hacemos esta graduación? ¿Depende ello de cada intérprete o se trata de valorarlo objetivamente?

De nuevo, el punto central está en la argumentación. Si alego que la afectación de la medida a la libertad involucrada en el caso es “leve”, “media” o “grave” entonces es necesario fundamentarlo objetivamente. ¿Por qué considero que la importancia del fin es “leve” y la afectación es “media”? Debo fundarlo recurriendo a una argumentación objetiva.

Así lo ha hecho la Corte IDH en el comentado caso de la fecundación in vitro. Ha fundado que la importancia del fin es leve (protección al embrión) basándose en la interpretación realizada al artículo 4 y recurriendo a la protección gradual de la vida, entendiendo que ello comienza con la implantación del embrión en el útero. Del otro lado, ¿por qué ha calificado como “grave” la afectación de los derechos contrapuestos? La Corte IDH realizó un extenso desarrollo sobre cómo se ven afectados, en el caso, los derechos implicados. A su vez también recurrió a una posible desigualdad por razones económicas -generada por la prohibición-, y a una posible discriminación.

De lo anterior, entonces, deriva la importancia de la argumentación para sustentar la graduación empleada y el resultado de la ponderación aplicada al caso.

Imaginemos otro supuesto, referido a las limitaciones a los derechos para evitar la propagación de la pandemia por Covid-19. Si nos situamos en el peor momento del escenario, cuando los contagios se elevaban a gran escala día tras día, el sistema de salud parecía comprometerse, no había vacunas y los casos culminaban con cuadros graves, aumentando también los

fallecimientos, ¿cómo ponderaríamos una medida de limitación del derecho de reunión?

La importancia del fin buscado es alta, la afectación al derecho puede ser calificada como “media”. ¿En qué nos basamos? De un lado, en lo antes calificado de la gravedad de la situación -la medida intenta hacer frente a la protección de la vida y salud en un momento por demás comprometedor-. Del otro lado, imaginemos, en cuanto la medida es temporal, no implica limitar reuniones de convivientes, si son al aire libre o con protección se permite por cierto tiempo, entre otras. Observemos, entonces, cómo esta graduación y ponderación depende de la argumentación y, especialmente, de las consideraciones del caso.

Pues, sería distinto si cambiamos una o dos variables del supuesto: los hechos o el medio. Si la medida de restricción es impuesta cuando la situación no es de gravedad (borremos todo lo anterior en cuanto al rápido incremento de casos, a su gravedad y fallecimientos, etc.), entonces ya la importancia del fin aplicada al caso no es “alta”, sino que sería “leve” o “media” dependiendo de las circunstancias en las que nos situemos. Por otra parte, segunda variable que modificamos del caso: la medida. Si no nos referimos ya a la medida temporal y circunscripta a lugares cerrados, etc., sino a una cuarentena total, el análisis sería distinto. Seguramente cuestionemos la necesidad y aún si superamos dicho análisis, no caben dudas que la afectación será muy grave.

Ahora bien, y como último ejemplo de este apartado, volvamos a la primera situación descrita en el ejemplo de la pandemia de Covid-19, contexto por demás grave y fin que hemos calificado también como de importancia “alta”. ¿Qué ocurre si el grado de afectación de la medida que se tome también lo calificamos como “grave”? ¿Cómo resolvemos el caso si estamos ante un “empate”?

Si bien Alexy complejiza su postulado recurriendo a la fórmula del peso (Alexy, 2012, p. 535; Garat, 2015, p. 36-39), sobre la que no me detendré en tanto los agregados no son usualmente empleados por la jurisprudencia actual y complican el razonamiento que se viene exponiendo, los anteriores ejemplos nos muestran la trascendencia de dos aspectos adicionales que se desarrollarán seguidamente: la consideración de la seguridad de las premisas consideradas y los casos de “empate”.

4.1.5. LA SEGURIDAD DE LAS PREMISAS CONSIDERADAS

En la fórmula del peso Alexy introduce otras variables, como la seguridad o certeza de las premisas consideradas. En los hechos, ello invita a graduar los argumentos analizados y la seguridad con la que cuentan. Si bien este punto es poco resaltado en doctrina y escasamente abordado en jurisprudencia, adquirió un aspecto de relevancia con los hechos y medidas tomados en el marco de la pandemia por Covid-19, en tanto los aspectos sobre los que se sustentaban las medidas, el contexto y su certeza o seguridad resultaban relevantes.

Muchas veces podemos tomar como cierto a determinado argumento. Por ejemplo, que se están incrementando las consecuencias negativas en la salud por el consumo de tabaco. Sin embargo, en esta etapa del examen de la proporcionalidad Alexy propone valorar estos argumentos. Del mismo modo y volviendo al ejemplo empleado en el marco de las restricciones impuestas por la pandemia del Covid-19, tomamos como ciertas determinadas premisas: que los casos o contagios se están elevando, que el grado de hospitalización se incrementa, que la posible saturación del sistema en lo que hace a internación en etapas graves está siendo comprometida, entre tantos otros. Algunas de estas premisas son fáciles de demostrar con estadísticas confiables, con datos de la realidad. Otras, en cambio, podrán tener una certeza más o menos calificada, dependiendo del sustento o de la prueba aportada.

Alexy propone otra máxima aplicable a este análisis y que se agrega a la ya analizada: “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy, 2008, p. 38). Las premisas o fundamentos en los que nos basamos para tomar la decisión también pueden ser calificados, según el citado autor, en una escala tríada: ciertas o seguras, plausibles, o evidentemente falsas (Alexy, 2008, p. 38). El examen, en definitiva, es similar al ya realizado, aunque aquí considerando el grado de certeza en la argumentación empleada.

4.1.6. CASOS DE “EMPATE”

Por otro lado, tanto en la ponderación en su formulación básica (máxima de la ponderación), como también en este último análisis, es posible que se generen casos que se denominan como de “empate”. Son supuestos en los que la afectación al derecho se califica como grave o alta, y también el alcanzar el fin contrapuesto es de importancia alta. O ambas son leves, o ambas son medias.

En doctrina Alexy tomó una primera posición, de preferencia por la libertad y, por tanto, la conclusión para estos casos era que no se superaba el examen de proporcionalidad. Luego, la postura fue variada a la opuesta, dándole una deferencia al legislador (Alexy, 2008, p. 29; Alexy, 2012, p. 91; Bernal Pulido, 2006, p. 64).

No obstante, dejando de lado la posición de Alexy y centrándonos en la doctrina que se viene exponiendo, y en su coherencia, corresponde advertir que en los supuestos en los que ambos lados de la balanza se califican como graves, o ambos como medios, la máxima de la ponderación no se supera. Si exigimos que cuanto más grave sea la afectación al derecho tanto más importante tiene que ser la importancia del fin contrapuesto, y entonces si la afectación del derecho es grave y la importancia del fin contrapuesto también es grave, entonces la máxima no es cumplida y la ponderación no es superada⁸.

4.2. EL TEST DE IGUALDAD

A la hora de aplicar el principio de igualdad las anteriores herramientas pueden ser empleadas y, de hecho, lo son en la jurisprudencia actual. Es posible citar varios fallos en los que la resolución de un caso en el que se vio involucrado el principio de igualdad estuvo centrada en la aplicación del principio de proporcionalidad⁹.

⁸ La posición es sostenida en Garat (2020, p. 83) y también había sido sustentada por Lopera Mesa (2005, p. 403-405). Para Atienza (2011, p. 100) en estos casos corresponde recurrir a las “cargas de la argumentación”.

⁹ A modo de ejemplo me remito a los fallos del TEDH sintetizados en: Garat (2015, p. 66-69).

No obstante, también es posible recurrir al test de igualdad, que contiene una formulación similar al principio de proporcionalidad, aunque más enfocada para estos casos. Se trata de analizar la razonabilidad de la causa de la distinción, determinar si la finalidad es legítima y, por último, examinar la proporcionalidad del medio con el fin (racionalidad).

1. En primer lugar, para aceptar las diferenciaciones legales corresponde exigir que la causa de la distinción sea razonable y objetiva, sin implicar un tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situaciones.
 2. En segundo lugar debe atenderse especialmente al fin perseguido con la diferenciación, verificando que sea legítimo.
 3. Y, por último, deberá atenderse a la racionalidad de la distinción, que se manifiesta en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.
- El no cumplimiento de cualesquiera de estos requisitos (razonabilidad, fin legítimo y racionalidad) aparejará la violación del principio constitucional de igualdad (Risso Ferrand, 2010, p. 186; Risso Ferrand, 2006, p. 475).

Veamos aquí algunos ejemplos de cómo estos parámetros podrían ser empleados.

Volvamos al contexto de la pandemia por Covid-19 e imaginemos que se sanciona una Ley que establece ciertos subsidios especiales y medidas tendientes a solventar determinadas actividades comerciales especialmente dañadas por la situación. Se prevé una exoneración impositiva para ciertas actividades que se mantuvieron detenidas durante más de un año (por ejemplo, las vinculadas a viajes internacionales, entre otras).

La medida cumple con la reserva legal, pero ya hemos visto que se requieren otras garantías materiales para resultar legítima. Podemos aplicar el test de igualdad, y cuestionarnos si la causa de la distinción es razonable y objetiva; si el fin perseguido es legítimo; y si se cumple con la racionalidad.

La respuesta en este caso es afirmativa. En cuanto a la causa de la distinción y si bien algunas están previstas expresa o implícitamente en la Constitución, este no sería el caso, por lo que habremos de preguntarnos si esta diferenciación está prohibida por la Constitución; si es arbitraria, caprichosa; o si, por el contrario, es razonable. En este punto también habremos de ver si hay otras situaciones que son iguales, similares, pero no están contempladas: la diferenciación no puede implicar un tratamiento

desigual a quienes están en igual situación. En el supuesto concreto que estamos considerando imaginemos que ello no ocurre, aunque podría darse si se amparara, por ejemplo, una sola actividad y pudiéramos demostrar que otras tuvieron el mismo daño por la situación de emergencia sanitaria y sus consecuencias económicas, pero no están contempladas.

Segundo, la finalidad legítima. Debemos preguntarnos cuál es el fin, el motivo, para realizar esta distinción. Por ejemplo, y en la situación prevista, si fuera para gravarlos con más impuestos el fin no sería legítimo. En este caso, es posible identificar la legitimidad del fin fácilmente, aunque en otros podría no ocurrir, o incluso hallar que no hay una finalidad clara -en cuyo caso no se superaría el examen-, o bien que es contraria a la Constitución.

Por último, la racionalidad. Se trata de analizar la relación entre el medio y el fin. Que el medio empleado sea apto y adecuado para alcanzar el fin.

A este mismo supuesto podemos aplicar el principio de proporcionalidad, sea adicional o sustitutivamente. Nos preguntaremos, primero, si hay un fin legítimo para la distinción. Luego, si el medio empleado es idóneo para alcanzar el fin, si es necesario -o podría lograrse sin afectar la igualdad-, y si supera la ponderación.

Imaginemos otro caso. Retomando el ejemplo anterior sobre las bebidas con cafeína, imaginemos que se prohíbe vender determinados refrescos con cafeína en restaurantes, pero se permite continuar vendiendo café y se permitiera continuar comercializándolos en supermercados y otros lugares de venta al público.

¿Hay una causa de distinción entre los refrescos con cafeína, respecto de otros? Puede haberla, en la medida que se demuestre que son perjudiciales para la salud. ¿La finalidad es legítima? Si la identificamos como la preservación de la salud de la población lo es. Sin embargo, tenemos algunos problemas. Por una parte, la racionalidad no se supera: la relación medio-fin no parece alcanzarse con ese medio. A su vez, hay otros casos en igual situación que no son contemplados de la misma forma.

Quizás lo veamos más claro si aplicamos el principio de proporcionalidad. Por una parte, el fin puede ser legítimo, según lo ya apuntado. La medida tiene problemas en su idoneidad. Si bien debiéramos basarnos en análisis técnicos, la prohibición de consumo de determinada

bebida en restaurantes, pero su permisión en supermercados y otros lugares - donde seguramente el consumo sea incluso mayor- no logrará una baja en su uso que repercuta en la salud de la población. La necesidad también podría ser cuestionada. Hay otros medios para desincentivar el consumo sin afectar la igualdad, e incluso estos otros medios debieran apuntar a todas las bebidas con cafeína, y no solo a los refrescos. Si siguiéramos con la ponderación, también podríamos argumentar que no se supera.

La jurisprudencia internacional, en general, recurre a varios exámenes para analizar casos de igualdad. Por una parte, se requiere que la distinción sea objetiva y razonable, que haya una finalidad legítima, pero también se apunta a la necesidad. Lo anterior se relaciona con la razonabilidad y con el test de igualdad que hemos analizado. También, en otros casos, se aplica un examen de proporcionalidad.

A modo de ejemplo, en el caso *Karner Vs. Austria* (TEDH, 2003) la autoridad negó a una persona homosexual el derecho de suceder en el arrendamiento de su pareja fallecida, puesto que ese derecho estaba únicamente previsto para parejas heterosexuales. El TEDH analizó especialmente la relación medio-fin, no solamente apuntando a su adecuación (idoneidad), sino también a la necesidad, punto que no fue acreditado por el Estado y por el que se falló en la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación (Garat, 2015, p. 69).

En un reciente examen de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay es posible advertir que estas herramientas también son empleadas. Por una parte, hay una mayor recurrencia al test de igualdad -por sobre otros parámetros anteriores que se dejaron de invocar-, aunque también se ha aplicado el principio de proporcionalidad para resolver estos casos (Risso Ferrand *et al.*, 2022, p. 203-2023). Pueden, incluso, aplicarse ambos si se quisiera argumentar en demasía por una u otra posición, como lo hemos ejemplificado.

4.3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

El contenido esencial es una noción también de origen alemán, prevista expresamente en la Ley Fundamental de Bonn (1949)¹⁰. También lo está en otras constituciones como la Constitución española (1978)¹¹, y es mencionada y empleada por otras cortes, incluso por la Corte IDH pese a que la CADH no menciona este parámetro.

La pregunta de qué es el contenido esencial de un derecho no es de un fácil análisis, y también posee diversas respuestas, según la teoría a la que se afilie la o el autor. Un estudio profundo y riguroso es el antes realizado por Häberle (2003). Ingresando únicamente en los aspectos más básicos a los efectos de este artículo, identificaré tres posiciones sobre qué es y cómo se determina este contenido¹².

Para la tesis absoluta los derechos poseen un núcleo «duro», central, un contenido que no admite restricciones. A este arribamos a través de la interpretación y se trata de lo que al derecho lo define como tal, en su mínima expresión¹³.

En un plano opuesto, para la tesis relativa, el contenido esencial es lo que se halla luego de la confluencia del derecho con los demás derechos, en una ponderación (Häberle, 2003, p. 61-64), o luego de aplicado el principio de proporcionalidad (Alexy, 2012, p. 259; Bernal Pulido, 2006, p. 568-569).

Por último, en tercer lugar, una tesis mixta o que confluye las dos anteriores fue la expuesta por Medina Guerrero. El autor hace referencia a dos zonas del derecho: una central y absolutamente intangible (el contenido esencial) y otra, externa, que sí admite limitaciones, bajo los parámetros del principio de proporcionalidad. Por tanto y aún aplicado este último, llegaríamos a una zona (núcleo duro) que no admite restricción (Medina Guerrero, 1996, p. 170).

En esencia, la definición del contenido esencial es similar en las tres teorías y lo que lo diferencia es el modo de su determinación. “Mientras que en la absoluta o mixta se parte de una delimitación propia del derecho,

¹⁰ Artículo 19.2: «En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental».

¹¹ Artículo 53.2: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

¹² Abordé este aspecto previamente en Garat (2020, p. 94) y en Garat (2023, p. 1031-1046).

¹³ En esta tesis: De Otto (1988, p. 129-32) y Risso Ferrand (2011, p. 76).

convocando una tarea de interpretación constitucional (lo que antes se abordó como delimitación), la relativa lo identifica con la ponderación, esto es, el contenido se definirá una vez realizada la ponderación y no podría ser determinado a priori” (Garat, 2020, p. 99).

En Uruguay se podría marcar un paralelismo entre la noción de derecho preexistente y este contenido esencial, en tanto se trata de una zona que no admite restricciones (Risso Ferrand, 2011, p. 69). Así lo ha concebido la Suprema Corte de Justicia en sentencia 576/2017 en la que expuso que “Este requisito presupone que los derechos fundamentales pueden ser limitados o restringidos por Ley cuando exista justificación suficiente, aunque no por ello puede admitirse su desnaturalización, vaciamiento o supresión (cf. Casal Hernández, pág. 127, Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, párrafo 67)”.

Se trata, entonces, de la última garantía que protege al derecho de una limitación. Aun cuando se cumpla con el principio de legalidad, aun cuando exista un fin legítimo, y aun cuando se supere el principio de proporcionalidad o de razonabilidad, aun luego, la limitación no puede afectar este contenido esencial.

No obstante lo anterior, y su importancia, en la práctica el abordaje de esta garantía en jurisprudencia es escaso, puesto que generalmente la ilegitimidad de la restricción ya es advertida previamente, por ejemplo, en el análisis de la legitimidad del fin o de la proporcionalidad. Igualmente cabe notar que en el citado caso (Sentencia 576/2017) la Suprema Corte de Justicia concluyó en la vulneración del contenido esencial de la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, el orden del análisis podría ser variado, contribuyendo a un empleo práctico más relevante de esta garantía. Así, entonces, de cuestionarse como primer aspecto -previo al principio de proporcionalidad- si la restricción vulnera el contenido esencial de un derecho -y si fuera así descartarse- entonces sí esta garantía adquiriría mayor trascendencia¹⁴.

El contenido esencial posee igualmente una significancia práctica al momento de la ponderación, de la medición del grado de afectación de cada

¹⁴ La propuesta es profundizada en Garat (2023).

derecho -puesto que de afectarse el contenido esencial la graduación será gravísima y no superará la proporcionalidad-, y de la armonización o ponderación a realizarse en los casos de colisión de derechos de particulares.

4.4. EL DEBIDO PROCESO

El artículo 8 de la CADH es una disposición clave en la materia y las reglas del debido proceso están generalmente inmiscuidas en el análisis de los casos, especialmente cuando se abordan limitaciones impuestas por una autoridad administrativa o jurisdiccional.

Lo importante a tomar en consideración aquí es que se trata de reglas que deben ser cumplidas y que, salvo escasas previsiones, no admiten excepciones. No se trata aquí de ponderar o de aplicar la proporcionalidad. Si no se ha dado oportunidad de defensa, de producir o controlar la prueba, entre otros, entonces la medida será ilegítima, ya no por ser desproporcionada, sino por haber incumplido con la garantía del debido proceso.

Corresponde desarrollar aquí tres puntos clave sobre el debido proceso¹⁵.

Primero, lo procedimental, el denominado “debido proceso instrumental”. Refiere al procedimiento y a las garantías de defensa que la persona, investigado o involucrado tienen en ello. Por una parte, garantías que directamente tienen que ver con el proceso: el conocimiento de que se está llevando a cabo, la posibilidad de participar, de proponer y controlar la prueba, de contar con asistencia letrada -e incluso un intérprete-, la vista previa, el plazo razonable; entre otros que hacen al derecho de defensa. Por otra parte, garantías que se relacionan con la independencia e imparcialidad del juzgador: un tribunal independiente e imparcial. Para ello es necesario que sea previamente establecido por ley y que cumpla con ciertos parámetros de imparcialidad, básicos para poder juzgar en el caso.

A lo anterior se le adiciona el “debido proceso sustantivo” que ya no refiere al procedimiento llevado a cabo, sino a la razonabilidad de la decisión. Esta noción de debido proceso refiere al control de la decisión tomada por la

¹⁵ Los puntos son extraídos y es posible ahondar en: Risso Ferrand (2011, p. 120-125).

autoridad para limitar derechos o valores, y al examen de su justificación. Se emparenta con lo que ya hemos abordado sobre el principio de razonabilidad (Risso Ferrand, 2011, p. 117 y siguientes).

Por último, el debido proceso estructural, relacionado con las sentencias y litigios estructurales no serán analizados en este trabajo sino reservados para otro posterior.

5. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO PARA APLICAR ESTAS HERRAMIENTAS?

La pregunta que no hemos realizado aún es cuál es el fundamento para aplicar estos parámetros. Ello, dado que la mayoría de estos principios y herramientas no surgen a texto expreso de la Constitución o de la CADH. ¿Por qué, entonces, aplicarlos?

La respuesta puede encontrarse, en el ordenamiento jurídico uruguayo, a través de un triple fundamento: su empleo es consecuencia de la noción de Estado de Derecho, es una garantía inherente a la personalidad humana y deriva también de la forma republicana de gobierno (artículo 72) (Risso Ferrand, 2011, p. 136). Esta argumentación fue la seguida por la Suprema Corte de Justicia desde la citada sentencia 79/2016.

A nivel comparado, otros Tribunales han recurrido a la noción de Estado de Derecho, al valor justicia o al respeto al contenido esencial de los derechos que está taxativamente previsto en algunas constituciones, según lo ya observado (Garat, 2015, p. 42).

En cuanto a los tribunales regionales de protección, si bien la CADH y el CEDH tampoco contienen referencias expresas a estas herramientas su aplicación se ha fundado en cuanto sí requieren que las limitaciones sean las «necesarias en una sociedad democrática». Si bien esta exigencia se encuentra únicamente prevista en el articulado referente a algunos derechos, la Corte IDH y el TEDH han expandido el requisito y lo han invocado como fundamento del principio de proporcionalidad, aplicándolo como elemento a ser analizado para la limitación de cualquier derecho previsto en la CADH o en el CEDH. Así, el TEDH ha mencionado también a la “sociedad democrática” como fuente para exigir un balance entre mayorías y minorías que asegure un

tratamiento adecuado de las minorías y evite el abuso de las mayorías (Caso *Young, James and Websiter Vs. The United Kingdom*, 1981, p. 63).

Actualmente el principio de proporcionalidad ha sido incorporado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los siguientes parámetros:

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.

Adicionalmente la recurrencia a estas herramientas surge del propio entendimiento de los derechos fundamentales como normas de principio (Garat, 2015, p. 44; Garat, 2020, p. 46-47). En general, no encontramos una regla aplicable al caso en la que subsumir los hechos, por lo que estaremos ante la aplicación de principios. El principio de proporcionalidad, la ponderación, y las demás herramientas que hemos desarrollado se enuncian como la vía para aplicar, en la mayor medida, a todos los derechos, pues ocurre que, a priori, no es posible diferenciar hasta dónde es posible limitar un derecho en aplicación de otro derecho, o de otro fin legítimo. Para ello es necesario recurrir a estas herramientas y, como contrapartida, obtendremos la máxima garantía para los derechos, a la vez que la coherencia del sistema (bloque de derechos).

6. SÍNTESIS

De acuerdo con lo analizado y al resolver un caso de restricciones a derechos fundamentales, corresponderá, entonces:

- (a) Diferenciar si estamos ante un caso de límite impuesto por la autoridad o de conflicto entre particulares.
- (b) Determinar cuál o cuáles son los derechos involucrados y si pueden ser limitados.

(c) Analizar la legitimidad del fin, esto es, qué fines se invocan para esa limitación, si pueden restringir los derechos identificados, si se presentan en el caso y de qué modo.

(d) Para el supuesto de límites impuestos por la autoridad, relevar el cumplimiento del principio de legalidad (fuente legal) y de la competencia y su ejercicio por la autoridad.

(e) A su vez, en la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, identificar posibles márgenes de actuación, esto es, por ejemplo, reglas o normas prohibitivas aplicables al caso, determinando si se han cumplido o se han vulnerado.

(f) Luego, y dependiendo del supuesto, habremos de recurrir a las herramientas que antes hemos desarrollado. Es posible aplicar el principio de proporcionalidad únicamente, combinarlo con la razonabilidad o con la ponderación, esto último especialmente para el supuesto de conflicto de derechos. A su vez, y en el ámbito de la igualdad también deviene aplicable el test de igualdad.

(g) En lo anterior, y en lo que respecta al proceso o procedimiento llevado a cabo también habremos de contrastar el cumplimiento con el debido proceso y las garantías aplicables.

Por último, resta mencionar como ha sido puntualizado previamente, que en estas herramientas la argumentación es un aspecto clave, pues no basta con indicar que la medida cumple o incumple con la razonabilidad o la proporcionalidad, que afecta el contenido esencial, o que incumple con el debido proceso. Habremos de fundamentar estas conclusiones, sea a través de una estructura más o menos flexible en la argumentación, pero que nos permita motivar una u otra conclusión.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. In: ALARCÓN CABRERA, Carlos; VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación y Argumentación Jurídica**. Argentina: Marcial Pons, 2011. p. 79-114.

ATIENZA, Manuel. **Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica**. REDA, Madrid, n. 85, p. 5-26, 1995.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 26, n. 77, p. 51-75, 2006.

COHN, Margit. Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom. **American Journal of Comparative Law**, Nova York, v. 58, 2010.

DE OTTO, Ignacio. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. In: MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; DE OTTO, Ignacio. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: CIVITAS, 1988.

GARAT, María Paula. **El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Uruguay: Universidad Católica del Uruguay, 2015.

GARAT, María Paula. **Los derechos fundamentales ante el orden público**. España: Tirant lo Blanch, 2020.

GARAT, María Paula. El contenido esencial de los derechos como "límite de los límites" de los derechos fundamentales: una propuesta para su aplicación. In: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (Ed.). **El Constitucionalismo Transformador en el Siglo XXI**. Libro en homenaje a la obra del Prof. Humberto Nogueira Alcalá. Chile: Tirant lo Blanch, 2023. p. 1031-1046.

GÓMEZ CORONA, Esperanza. **Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 25, n. 73, p. 381-410, 2005.

MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 9, p. 199-226, 2011.

MEDINA GUERRERO, Manuel. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. España: McGraw-Hill, 1996.

RISSO FERRAND, Martín. **Algunas garantías básicas de los derechos humanos**. 2. ed. ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

RISSO FERRAND, Martín. **Derecho Constitucional**. Tomo I. Vol. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

RISSO FERRAND, Martín. Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay. **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**, Montevideo, n. 5, p. 171-192, 2010.

RISSO FERRAND, Martín. El debido proceso en la Constitución uruguaya. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, Año XVII, p. 117-138, 2011.

RISSO FERRAND, Martín. Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay, **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 12, n. 2, p. 239-283, 2014.

RISSO FERRAND, Martín. Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 13, p. 141-187, 2016.

RISSO FERRAND, Martín; GARAT, María Paula; ASECIO DE LEÓN, Dafna; *et al.* El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Resultado de investigación. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 25, p. 203-223, 2022.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. **Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional**. España: Tirant lo Blanch, 2016.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: TECNOS, 1994.