

UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Reynaldo Bustamante Alarcón

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

“No iremos muy lejos en nuestras consideraciones si no somos capaces de entender que el Derecho es también una opción moral y política” (EUSEBIO FERNÁNDEZ)*

Sumario: I. Introducción; II. La colisión de derechos como antinomias normativas concretas; III. La delimitación y la posición preferente como técnicas de solución para las situaciones de colisión: sus inconvenientes; 3.1. La técnica de la delimitación o del límite interno o contenido propio de los derechos fundamentales; 3.2. La técnica de la posición preferente o de las *preferred freedoms*; IV. La técnica de la ponderación para la solución de colisiones de derechos; 4.1. Las exigencias de la ponderación; 4.2. La ponderación y su relación con las exigencias de una motivación adecuada; V. El papel de la filosofía política y moral en la solución de las situaciones de colisión de los derechos fundamentales; VI. Bibliografía.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Ninguno de los derechos fundamentales se encuentra aislado en el ordenamiento jurídico. Tanto ellos como otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos concurren conjuntamente ocasionando una influencia recíproca que contribuye a delimitar sus respectivos contenidos¹. Sin embargo, es posible que al momento de concurrir a un caso concreto (por ejemplo, en el marco de un proceso judicial) los derechos fundamentales colisionen entre sí, o lo hagan con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como puede ocurrir entre el derecho a un medio ambiente sano y el desarrollo económico, o entre la libertad de expresión y el derecho a la buena reputación. A las situaciones de colisión o de eventual conflicto entre derechos fundamentales, o entre éstos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, las llamaremos indistintamente <<colisión de derechos fundamentales>>, <<situaciones de colisión>> o <<situaciones de eventual conflicto>>.

La problemática que producen es muy compleja. Para advertirla basta con apreciar que los derechos fundamentales –por su incorporación a la Constitución– son normas básicas

* Texto del artículo publicado con el mismo nombre en: *Universitas, Revista de Derecho, Filosofía y Política, de la Universidad Carlos III de Madrid*, Nº 1, 2004/2005, Madrid, pp. 48-72.

* *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 11.

¹ En ese sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Puede verse al respecto: la STC 11/1981, de 8 de abril, la STC 64/1982, de 4 de noviembre y la STC de 17 de julio de 1981.

materiales del ordenamiento jurídico², por lo que el órgano competente (como ocurre con un órgano jurisdiccional) no cuenta por encima de ellos con un marco jurídico válido que le sirva de referencia para determinar sus posibles contenidos³ y, por ende, resolver las situaciones de colisión. El problema se acentúa si preguntamos cómo deben resolverse; por ejemplo, si bastará con una simple delimitación conceptual del contenido de cada derecho o si, además, será necesario acudir a una ponderación en cada caso concreto. Podríamos agudizar el problema preguntando si es posible resolver las situaciones de colisión desde una perspectiva puramente jurídica o si la conexión con la moral y la política es inevitable.

En el presente ensayo pretendemos aproximarnos al problema de la colisión de los derechos fundamentales con tres objetivos claramente definidos. En primer lugar, determinar qué tipo de problema normativo implica para la Teoría del Derecho la existencia de situaciones de colisión de derechos fundamentales; concretamente procederemos a verificar si tales situaciones resultan compatibles con la noción de sistema jurídico, o si se trata de un fenómeno incompatible con esta idea. La conclusión a la que lleguemos nos permitirá enfrentar mejor el problema y encaminarnos a nuestro segundo objetivo. Éste consiste en advertir las propuestas, virtudes o inconsistencias de las principales técnicas que utiliza la ciencia jurídica, o que se postulan en la Teoría del Derecho, para solucionar las situaciones de eventual conflicto de derechos fundamentales. Y, finalmente, poner en evidencia que más allá de las técnicas que se utilicen para solucionar esta problemática, al final la decisión que se adopte dependerá de la filosofía política y de la concepción moral de la que se parta, con lo cual la solución de este tipo de problemas deja de ser exclusivamente jurídica.

Para alcanzar tales propósitos hemos dividido nuestro ensayo en cuatro apartados principales. En el primero nos referimos a la colisión de derechos como antinomias normativas concretas; en el segundo abordamos las técnicas de la delimitación y la posición preferente como mecanismos para solucionar esas situaciones de colisión; en el tercero nos ocupamos de una técnica distinta: la ponderación y sus exigencias para solucionarlas. Hasta aquí nuestra aproximación será de naturaleza técnica-jurídica o teórico-jurídica. Pero como nuestro tercer objetivo requiere de un paso más adelante, para tener una aproximación completa de la problemática que nos ocupa, en el cuarto acápite nos referimos al papel de la filosofía política y moral en la solución de las situaciones de colisión de los derechos fundamentales.

II. LA COLISIÓN DE DERECHOS COMO ANTINOMIAS NORMATIVAS CONCRETAS

Una antinomia o contradicción normativa se presenta cuando dentro de un mismo sistema jurídico existen dos o más normas que, ante los mismos supuestos de hecho, establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, es decir, que no pueden ser

² O <<normas básicas materiales de identificación de normas>>, en la terminología utilizada por el profesor GREGORIO PECES-BARBA (*Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y otros, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 416-417).

³ DE ASÍS, R. *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, p. 9.

observadas simultáneamente⁴. Por ejemplo, una norma jurídica permite no hacer lo que otra ordena, o prohíbe lo que otra manda, etc. Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho⁵ y es comprensible que sea así pues las normas jurídicas son el resultado de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo que responden, además, a intereses e ideologías diversas. <<Por eso, aunque se presenten como una patología para el jurista, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no, de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas>>⁶.

Sin embargo, que las antinomias sean frecuentes no significa que el sistema no exija su solución pues –desde una perspectiva teórica– la idea de sistema jurídico implica que en él no pueden subsistir antinomias o *normas incompatibles* entre sí. <<Aquí, “sistema” equivale a validez del principio que excluye la *incompatibilidad* de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas>>⁷. Si esto es así, ¿cómo se explica las situaciones de colisión de derechos fundamentales? Si éstos y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos son normas de un mismo sistema jurídico⁸, ¿es posible hablar de conflictos entre sí sin afectar la idea de sistema? Resulta obvio que ese conflicto no se puede resolver eliminando alguno de los derechos o bienes jurídicos en conflicto pues, además de ser normas de igual jerarquía, son normas básicas materiales del ordenamiento⁹; entonces, ¿cómo debe resolverse ese conflicto?

Para responder a estas preguntas conviene tener presente la distinción que se hace en la Teoría del Derecho entre: (i) antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez; y (ii) antinomias contingentes o en concreto, externas o propias del discurso de aplicación¹⁰.

Las *antinomias abstractas o propias del discurso de validez* se presentan cuando los supuestos de hecho descritos por dos o más normas –con consecuencias jurídicas diferentes– se superponen conceptualmente, de forma tal que siempre que se pretenda aplicar alguna de ellas se producirá el conflicto con las demás. En tal caso, o alguna norma no es válida u opera

⁴ LLAMAS, A. “El ordenamiento jurídico”, en: AA. VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 190.

⁵ Que el Derecho, definido como ordenamiento jurídico, sea una sucesión de sistemas jurídicos y no un único sistema o conjunto de normas jurídicas, es algo que no trataremos aquí. Sobre el particular puede consultarse: ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. “Sobre el concepto de orden jurídico”, en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*, Prólogo. G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393 a 407. También: BULYGIN, E. “Tiempo y validez”, en: ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*, Prólogo. G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195 a 214.

⁶ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 176.

⁷ BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimposición, trad. de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1998, p. 195.

⁸ Sobre el carácter normativo de los derechos fundamentales o su naturaleza de normas jurídicas, puede consultarse: ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 62 y siguientes.

⁹ PECES-BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit. pp. 416-417.

¹⁰ Seguimos aquí al profesor PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 178.

como una excepción permanente frente a las demás (por ejemplo, una norma que prohíba la pena de muerte y otra que permita aplicarla en casos de traición a la patria producidos en guerra exterior; en tal caso, o una de las normas es inválida o la segunda opera como una excepción constante frente a la primera). Como quiera que en este tipo de casos las normas involucradas presentan condiciones de aplicación cerradas o suficientemente perfiladas, los conflictos normativos que se presentan entre sí suelen resolverse con los criterios tradicionales de solución de antinomias¹¹: el jerárquico (la norma superior deroga a la inferior), el cronológico (la norma posterior deroga a la anterior) y el de especialidad (la norma especial deroga o prima sobre la general)¹². Se dice que es una antinomia abstracta porque es posible constatar la antinomia y adelantarnos a su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto. Al mismo tiempo, se dice que es un caso de antinomia propia del discurso de validez porque su solución implica que alguna norma es inválida a menos, claro está, que opere como excepción permanente frente a otra.

En cambio, las *antinomias en concreto o propias del discurso de aplicación* se presentan cuando las condiciones de aplicación de las normas involucradas no aparecen cerradas o suficientemente perfiladas, al punto que no es posible definir en abstracto la contradicción ni conocer por adelantado los supuestos o casos de aplicación. Por eso se dice que son antinomias en concreto o propias del discurso de aplicación porque <<sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos a favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto>>¹³. Como quiera que en este tipo de antinomias las condiciones de aplicación de las normas involucradas no aparecen cerradas o suficientemente perfiladas, no contamos con una regla segura para resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre sí. Por ejemplo, la norma que autoriza a expresarnos libremente y la norma que prohíbe afectar la buena reputación de las personas son dos normas válidas que en principio resultan coherentes. Sabemos, sin embargo, que en algunos casos pueden entrar en conflicto, pero no es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni establecer criterios firmes que nos permitan hacer primar a una respecto de la otra u optar por una solución y no por otra. Este tipo de antinomias, propias del discurso de aplicación, suele presentarse entre normas coetáneas y del mismo nivel jerárquico que, además, carecen de supuesto de hecho o condiciones de aplicación o han sido formuladas de tal manera que no es posible establecer cuál de ellas es una excepción frente a la otra (como ocurre con varios preceptos constitucionales). Allí no es posible aplicar el criterio cronológico ni el criterio jerárquico y mucho menos el criterio de especialidad para resolver las situaciones de conflicto que en cada caso concreto puedan presentarse entre sí¹⁴. Los conflictos deben ser resueltos mediante otras técnicas o criterios correspondientes al discurso de aplicación¹⁵.

¹¹ Vid: GUASTINI, R. "Antinomias y Lagunas", en: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2000, p. 72 y siguientes.

¹² Aunque también suelen añadirse otros dos criterios: el de competencia y el de prevalencia. Sobre ellos puede revisarse: GASCÓN, M. "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en: AA. VV. *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹³ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 179.

¹⁴ El criterio de especialidad sólo podría aplicarse si el supuesto de hecho de las normas o las condiciones de su aplicación han sido formuladas de tal manera que permiten identificar cuál de esas normas resulta ser una excepción frente a la otra. Por ejemplo, la norma constitucional que establece que en la sucesión a la Corona de España se preferirá <<el varón a la mujer>> (artículo 57.1 de la Constitución española) es una norma que cuenta

Se advierte entonces que las situaciones de eventual conflicto entre los derechos fundamentales, o entre éstos y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, son casos de antinomias concretas o propias del discurso de aplicación. En efecto, la incorporación de los mencionados derechos y bienes jurídicos a la Constitución los convierte en normas jurídicas de igual jerarquía lo cual, aunado al hecho de que son formulados sin un supuesto fáctico de aplicación o con condiciones de aplicación abiertas o fragmentadas, hace que las situaciones de colisión que eventualmente se pueden producir entre sí no pueden ser solucionadas de manera abstracta, y mucho menos con los criterios tradicionales de solución de antinomias, sino que deben ser resueltas en cada caso concreto mediante especiales técnicas correspondientes al ámbito de aplicación (sobre esto volveremos más adelante).

En síntesis, respondiendo a las preguntas antes planteadas: (i) Desde una perspectiva teórica, las situaciones de colisión de los derechos fundamentales no afectan la noción de sistema jurídico, pues el conflicto no se presenta en abstracto o en el plano de la validez, sino, eventualmente, en el plano de la aplicación a los casos concretos; por lo tanto, sí es posible hablar de conflictos de derechos fundamentales sin afectar la idea de sistema. (ii) Por tratarse de antinomias en concreto o propias del discurso de aplicación, las situaciones de colisión de derechos fundamentales no pueden resolverse en abstracto, ni mucho menos eliminando alguno de los derechos o bienes jurídicos en conflicto pues, además de ser normas de igual jerarquía, son normas básicas materiales del ordenamiento; dichos conflictos deben resolverse en cada caso concreto, siendo posible que la solución que se adopte sea distinta a la que se siga en otro caso concreto a pesar de que los derechos y bienes jurídicos involucrados sean los mismos.

III. LA DELIMITACIÓN Y LA POSICIÓN PREFERENTE COMO TÉCNICAS DE SOLUCIÓN PARA LAS SITUACIONES DE COLISIÓN: SUS INCONVENIENTES

Precisado el tipo de antinomia que se presenta en las situaciones de colisión de derechos fundamentales, toca ahora analizar cómo se resuelven –o deberían resolverse– esas

con una condición de aplicación cerrada o definida que permite identificarla como una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo, recogido en el mismo texto constitucional (artículo 57.1 de la Constitución española). Si las normas en conflicto carecen de supuesto de hecho o condición de aplicación o han sido formuladas de tal manera que no es posible establecer cuál de ellas es una excepción frente a la otra, entonces el criterio de especialidad no puede aplicarse (tomamos el ejemplo de: PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ibid., p. 177).

¹⁵ <<Supongamos un sistema normativo en el que rigen simultáneamente estas dos obligaciones: se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en caso de necesidad. De la lectura de ambos preceptos no se deduce contradicción alguna en el plano abstracto, pues la obligación de cumplir las promesas y de ayudar al prójimo en ciertas situaciones, son perfectamente compatibles; y por eso, ni siquiera es posible decir cuál de las normas resulta más especial o más general. Pero el conflicto es evidente que puede suscitarse en el plano aplicativo; por ejemplo, si cuando me dispongo a asistir a una entrevista previamente concertada presencio un accidente y estoy en condiciones de auxiliar al herido, me encuentro ante el siguiente dilema: o acudo a la entrevista y entonces incumpliré la obligación de ayudar al prójimo, o atiendo a la víctima y entonces infringiré el deber de cumplir las promesas>>. Estamos aquí ante un caso de antinomia o conflicto normativo propio del discurso de aplicación que, como resulta evidente, no puede solucionarse mediante los criterios cronológico, jerárquico y especialidad (PRIETO SANCHÍS, L. Ibid., cit., pp. 178-179).

situaciones de colisión en cada caso concreto donde se produzcan. Para tal efecto, en las líneas que siguen a continuación nos referiremos a dos técnicas que se han venido postulando para ello, con el propósito de apreciar sus propuestas y poner de manifiesto sus problemas e inconsistencias. Ello nos permitirá introducirnos luego a la ponderación como la técnica más adecuada –dentro de lo posible– para solucionar este tipo de problemas.

3.1. La técnica de la delimitación o del límite interno o contenido propio de los derechos fundamentales

Esta teoría parte de considerar que cuando se habla de situaciones de colisión de los derechos fundamentales, se suele hacer referencia a la posibilidad de que los derechos se limiten recíprocamente o sean limitados por otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, al concurrir en un caso concreto. Pero –agrega– lo que se presenta como un problema de limitación de los derechos fundamentales es en realidad un problema de *delimitación* conceptual del contenido de cada derecho, de forma tal que lo que se llama protección de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido no exige en realidad una limitación externa de los derechos, por la sencilla razón de que las conductas o situaciones que se trata de impedir, por ser violatorias de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, no pertenecen al contenido del derecho fundamental en cuestión. Por tal razón –sostiene– el derecho fundamental no requerirá de ninguna limitación externa para excluirlas¹⁶.

Por ejemplo, para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión, no hace falta en absoluto argumentar con los límites del correspondiente derecho, por la muy obvia razón de que el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; por ello, penalizar la coacción ejercida no significa limitar el derecho de reunión pues aquella no forma parte del contenido de este derecho. Igualmente, para justificar por qué no se puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad, no se requiere argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, pues a nadie se le ocurrirá considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de dicha libertad, ya que tal situación no está protegida por aquella libertad individual¹⁷.

Desde esta perspectiva, la delimitación de los contornos del derecho fundamental o la fijación de su contenido es la operación que obligatoriamente debe realizar cualquier intérprete de los derechos en forma previa a cualquier otra operación.

Para ello, el primer paso que debe realizar es lo que DE OTTO Y PARDO denomina: <<la identificación del ámbito de la realidad aludida>> por el derecho fundamental (por ejemplo,

¹⁶ Vid: DE OTTO Y PARDO, I. “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”, en: MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Primera reimpresión, Civitas, Madrid, 1992, p. 137. También: DE DOMINGO, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de A. L. Martínez-Pujalte, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 95 a 103.

¹⁷ DE OTTO Y PARDO, I. “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”, op. cit., pp. 138 y 139.

fijando qué habrá de entenderse por asociación o por reunión pacífica y sin armas), <<y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger>> (por ejemplo, excluyendo de la reunión el simple hecho de la información o propaganda comercial)¹⁸.

El segundo paso en la delimitación de los contornos del derecho fundamental o en la determinación de su contenido, consiste en lo que el autor denomina <<la identificación del tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho>>, es decir, <<la fijación del contenido y alcance de la protección constitucional que con él se quiere dispensar>>¹⁹. Así por ejemplo, el artículo 17 del Constitución Española especifica en sus cuatro apartados el alcance de la protección que otorga a la libertad y seguridad personales, y el artículo 18 señala en qué consiste la inviolabilidad de domicilio. En este y otros casos la mención de la realidad protegida por el derecho fundamental va acompañada en la propia norma de una especificación del contenido de la protección misma, de una concreción de los elementos que integran el tratamiento jurídico del sector de la realidad²⁰.

Este planteamiento ha llevado a DE OTTO Y PARDO a sostener que: <<Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como "limitación" para proteger otros "bienes constitucionales" muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben "ceder" ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado, no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución>>²¹.

En otras palabras, dentro de una tesis como la aquí sostenida no parece posible hablar de eventuales conflictos de derechos fundamentales ni siquiera en el discurso de aplicación, pues, en tales casos, de lo que se trataría en realidad es de delimitar adecuadamente los contornos de cada derecho o bien jurídico involucrado para excluir la posibilidad de la contraposición o el conflicto. Dicho de otra manera, esta tesis niega la posibilidad de límites externos a los derechos fundamentales, provenientes de su concurrencia con otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, bajo el argumento de considerar que unos y otros se encuentran perfectamente delimitados desde un texto constitucional, por lo que basta con acudir a una exégesis de los preceptos constitucionales para determinar el contenido propio de los derechos y bienes jurídicos involucrados y, a lo más, a una interpretación

¹⁸ Ibid., p. 142.

¹⁹ Ibid.

²⁰ DE OTTO Y PARDO, I. Ibid., p. 142-143.

²¹ Ibid., p. 143-144.

unitaria y sistemática de la Constitución, para que el supuesto problema de la colisión quede solucionado.

No estamos de acuerdo con tal posición. No parece posible que una Constitución pluralista, dotada de principios y derechos potencialmente contradictorios (por responder muchas veces a ideologías o posturas políticas diferentes), que plantea dificultades ante los fenómenos de indeterminación y otorga potestades normativas de limitación (como ocurre con el legislador)²²; contemple, desde su seno, todas las posibilidades en la que los derechos o bienes constitucionales pueden actuar para que, a través de la sola interpretación exegética o sistemática de la Constitución, se pueda solucionar las distintas situaciones de tensión o eventual conflicto de derechos fundamentales²³.

Es más, todos los enunciados constitucionales, en especial los referidos a derechos fundamentales, son vagos o presentan cierto grado de indeterminación por lo que no es posible ver realmente en ellos una obra perfectamente acabada y definitiva; mucho menos predicar la plena determinación constitucional de los derechos y de sus límites, ya sean estos internos o externos. Como sostiene PRIETO SANCHÍS: <<desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal– caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite>>²⁴.

La tesis de la delimitación o del contenido propio de los derechos fundamentales parece partir, pues, de una equivocada comprensión del problema de la colisión de los derechos fundamentales. En nuestra opinión, parece querer extender la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el discurso de la validez al discurso de la aplicación. Por eso sostiene que no es posible hablar de <<jerarquías>> o pesos distintos entre los diferentes derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos cuando concurren en un caso concreto; sino, más bien, de delimitaciones adecuadas del contenido de cada bien jurídico o derecho fundamental involucrado, por ser normas del mismo nivel jerárquico. Tal extensión es equivocada, no sólo porque no se puede extrapolar sin más una característica de un plano teórico a un plano de la realidad, sino porque el discurso de la aplicación difiere del discurso de la validez por admitir, precisamente, antinomias o conflictos normativos susceptibles de ser resueltos de manera distinta en cada caso concreto en los que se

²² En efecto, sabido es que el carácter sumarial de los textos fundamentales impide desarrollar el contenido de los derechos, establecer todas las limitaciones a su ejercicio, compatibilizar el disfrute simultáneo de sus titulares, establecer las sanciones correspondientes para aquellas conductas que los amenacen o vulneren, etc., por lo tanto, la necesidad de la intervención normadora del legislador para colaborar en el establecimiento del régimen o estatuto de los derechos fundamentales no sólo es útil sino también necesaria.

²³ En sentido similar se pronuncia Prieto Sanchís, al señalar que: <<desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones. Los derechos fundamentales operan como principios (...) y ello significa que no pueden ser delimitados al modo de las reglas, esto es, según un criterio de jerarquía o especialidad>> (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op., cit., p. 220).

²⁴ *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ibid., pp. 223-224.

presenten, es decir, la coherencia sistemática no es, ni puede ser, una característica del discurso de aplicación.

3.2. La técnica de la posición preferente o de las *preferred freedoms*

La teoría de la <<posición preferente>>, también llamada de las *preferred freedoms*, ha sido esbozada y desarrollada por la jurisprudencia estadounidense, teniendo su origen en la posición superior en que aquélla ubicó a los derechos contenidos en la Primera Enmienda de su Constitución respecto a los otros derechos o bienes jurídicos con los que podrían concurrir, en un caso concreto, en una situación de conflicto. Tales derechos se refieren a las libertades de palabra, prensa, culto, petición y reunión pacífica, los cuales constituyen los pilares fundamentales de los ideales norteamericanos relativos a la libertad individual y al autogobierno representativo²⁵.

Esta teoría parte por considerar que entre la gama de derechos o bienes constitucionalmente protegidos existen algunos que son el presupuesto básico para el mantenimiento de los valores democráticos y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, concluyendo que, por ende, gozan de una posición preferente sobre los demás, de tal suerte, que el eventual conflicto que pueda surgir entre éstos y aquellos, al concurrir en un caso concreto, debe ser resuelto con el predominio de los primeros sobre los últimos. Además, exige que, en caso de ser limitados, la norma limitativa responda a un <<gran interés público>> y esté provista de una <<mayor justificación>>, por lo que no bastará alegar cualquier tipo de interés público como sustento de la limitación o regulación, sino que dicho interés deberá tener un *plus* suficiente para sobrepasar al protegido constitucionalmente²⁶.

Al respecto señala ELDER WITT que: <<Aun cuando los derechos de la Primera Enmienda en general no se consideran absolutos, la mayoría de los jueces les otorga una situación preferencial cuando los sopesan con otros derechos e intereses en competencia. Esta preferencia surge del convencimiento judicial de que la preservación de estos derechos es tan esencial para el mantenimiento de los valores democráticos, que ameritan una consideración especial por parte de la justicia>>.²⁷

Entonces, generalizando, la teoría de la *preferred position* o teoría de las *preferred freedoms*, permite <<jerarquizar>> los derechos fundamentales, ubicando a algunos de ellos en una posición preferente frente a los demás, al considerar que existen ciertos derechos que tienen una importancia mayor por ser el presupuesto básico para el mantenimiento de determinados valores y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales²⁸. Tal

²⁵ Señala la Primera Enmienda que: “El Congreso no hará ley alguna con respecto al establecimiento de cultos, o para prohibir el libre ejercicio de los mismos; o para limitar la libertad de palabra, o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o de peticionar al gobierno para desagraviar ofensas” (Tomado de: WITT, E. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Traducción de Ana Isabel Stellino, Ediciones Gernika, México D.F, 1995, p. 28).

²⁶ Cfr.: WITT, E. *Ibid.*, pp. 31-32; y ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 280-286.

²⁷ WITT, E. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, op. cit., p. 31.

²⁸ PECES-BARBA lo explica muy bien al señalar que: <<En realidad, esta teoría de los “preferred rights”, supone aceptar que en el interior del subsistema de los derechos fundamentales existe una jerarquía interna, que

<<jerarquización>> permitiría resolver las situaciones de conflicto que eventualmente se presenten entre estos derechos que gozan de una posición preferente y los que no gozan de ella, al concurrir en un caso concreto, con el predominio de los primeros sobre los últimos.

No nos parece que este planteamiento sea adecuado y mucho menos que deba seguirse en otros ordenamientos. Las Constituciones pluralistas no contienen norma alguna de la cual pueda inferirse que, entre la gama de bienes jurídicos o derechos fundamentales consagrados en ella, existen algunos que ocupan una posición preferente frente a los demás, de tal suerte que el eventual conflicto que pueda surgir entre ellos deba ser resuelto a favor de los que ocupen esa posición preferente. El hecho de que algunos de los derechos fundamentales cuenten con una especial protección en determinados ordenamientos jurídicos (como es el caso español) no significa que tengan un mayor valor o una posición preferente frente a los otros (nos referimos a los derechos fundamentales que no cuenten con igual protección), sino simplemente que su goce y ejercicio real o efectivo requiere de una tutela reforzada²⁹.

Por otro lado, el criterio de la posición preferente no nos dice cómo deben resolverse los eventuales conflictos que se presenten entre aquellos derechos a los que se les haya otorgado una misma posición; es decir, no nos dice cómo deben resolverse las situaciones de colisión que se presenten entre derechos que ocupan una misma posición preferente, o entre derechos que ocupando una posición inferior a estos últimos mantengan entre sí la misma relación de jerarquía. Se trata, pues, en nuestra opinión, de una técnica inadecuada.

Sin perjuicio de ello, apréciase cómo en la tesis de las *preferred freedoms* los derechos fundamentales se presentan como una cobertura jurídica para alcanzar o proteger uno o varios valores. Se les considera como medios para alcanzar o proteger algún valor que, por definición, son un fin en sí mismos³⁰. Si no fuera así, es decir, si los derechos humanos o fundamentales fueran considerados como fines y no como medios, los aparentes conflictos que pudiesen surgir entre ellos serían insolubles pues cualquier <<solución>> mediatizaría alguno de esos derechos, con lo cual no se protegería o alcanzaría alguno de los fines. Conforme a esa postura, sólo si los derechos se presentan como medios para alcanzar algún determinado fin o valor, los conflictos entre derechos podrán resolverse mediante una <<jerarquización>> de los mismos que conduzca a alcanzar los fines o valores que la sociedad pretende realizar. Pero,

prefiere, o distingue determinados derechos respecto de otros. En una simulación se compararía entre dos derechos y si se suprimiese uno u otro cuanto sufriría el sistema con esa mutilación. Tendría una consideración preferente el derecho cuya desaparición fuese más sentida y tuviera más repercusión para la supervivencia del sistema.>> (PECES-BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 595).

²⁹ No obstante, Peces-Barba parece sostener que, es posible construir un modelo de jerarquía interna de derechos fundamentales sobre la base de criterios formales (mas no por criterios materiales), pero, por consiguiente, sólo válido para un Ordenamiento determinado. Señala, por ejemplo, que en el caso español un criterio formal para establecer la jerarquía interna de los derechos sería la diferente protección que la Constitución otorga a diversos grupos de derechos.” (PECES-BARBA, G. *Ibid.*, p. 367).

No estamos de acuerdo con esa posición. Consideramos que al encontrarse en un mismo texto legislativo (la Constitución), los derechos gozan de la misma jerarquía y el hecho de que algunos de ellos cuenten con una especial protección en el ordenamiento (por ejemplo, que sean susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo y otros no) no significa que tengan un mayor valor o una posición preferente frente a los demás, sino, simplemente que su goce y ejercicio real o efectivo requiere de una tutela reforzada.

³⁰ Vid: CIANCIARDO, J. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 108.

para determinar la <<jerarquía>> de los derechos es necesario establecer la importancia de cada valor³¹, es decir, una <<jerarquía>> o posición preferente entre valores, con lo cual se corre el riesgo de caer en un totalitarismo sustentado en los valores que ocupen –para todos los casos– esa posición preferente. Una vez más se aprecia –en nuestra opinión– que esta técnica no resulta adecuada.

IV. LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE COLISIONES DE DERECHOS

Si los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, así como el orden axiológico en el que se fundan, no se encuentran organizados jerárquicamente³², entonces, los conflictos que eventualmente puedan surgir entre sí no pueden resolverse con la afirmación genérica de la preferencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás³³, sino mediante un juicio ponderativo que sopesa los derechos y bienes involucrados sobre la base de que todos son iguales y equivalentes entre sí.

En efecto, la ponderación (también llamada juicio de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad³⁴) es una técnica útil para determinar el contenido y resolver las situaciones de colisión de cualesquiera principios jurídicos³⁵ (entendiendo por principios a aquellas normas jurídicas que contienen mandatos de optimización o que carecen de supuestos de hecho o presentan de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación³⁶), entre ellas las situaciones de colisión de los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos³⁷. La ponderación, consiste en considerar imparcialmente los

³¹ Vid: CIANCIARDO, J. *Ibid.*, p. 109.

³² “El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a esquemas de supraordenación o jerarquía” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”; en: *Revista de Estudios Políticos – Nueva Época–*, No. 71, Enero-Marzo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 98).

³³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. *Ibid.*

³⁴ Precisamente en el caso español, la exigencia de ponderación puede sustentarse en la interdicción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución.

³⁵ Los principios han dado lugar en los últimos tiempos a una abundante y compleja literatura teórica, en algunos casos con posiciones diversas. En lo que aquí respecta sólo nos interesa rescatar la idea de que los principios son normas aptas para la ponderación. Para un mayor análisis nos remitimos a: ALEXY, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en: *Doxa* Nº 5, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, pp. 47-69; GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998,

³⁶ <<De esta manera, la distinción estructural entre reglas, principios en sentido estricto y directrices se refiere a que las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución; los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho, y de forma cerrada la conducta calificada deónticamente; mientras que las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente>> (RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, p. 115).

³⁷ Tanto los derechos fundamentales como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos son normas jurídicas que suelen presentar esas características, por ello unos y otros generalmente son considerados en

aspectos contrapuestos de una cuestión y buscar la mejor decisión (por ejemplo, la mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren distintas razones justificatorias de una u otra opción, pero contradictorias entre sí y del mismo valor. Se ponderan razones enfrentadas, derechos, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas de igual valor que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión³⁸. Para ello se requiere que no exista entre las norma enfrentadas una relación de temporalidad, de jerarquía o de especialidad, ya que, de lo contrario, los conflictos normativos que pudieran presentarse entre sí podrían resolverse con los criterios tradicionales de solución de antinomias: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad³⁹.

La ponderación se realiza pues en el ámbito del discurso de aplicación y no en el de la validez. Por ello, los eventuales conflictos que se pueden presentar entre los principios (derechos, bienes, etc.), al concurrir en un caso concreto, algunas veces se resolverán con el equilibrio entre todos ellos pero otras veces con el triunfo o la preferencia de alguno sobre los demás, solución que puede ser diferente ante otras circunstancias o en un diferente caso concreto⁴⁰.

Como se puede advertir, no se trata de una fórmula infalible para resolver tales tipos de conflictos, y no podría serlo pues, a diferencia de los criterios tradicionales de solución de antinomias, en la ponderación se trabaja con normas de igual valor que presentan un alto grado de vaguedad o indeterminación. No obstante, la necesidad de su utilización se advierte desde el momento en que se acepta que no existe jerarquías internas entre los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos o, en general, entre los principios jurídicos sobre los cuales trabaja, siendo su principal virtud el estimular una interpretación y una decisión que tenga presente la tutela de todos los derechos o bienes jurídicos involucrados, bajo la premisa de que todos ellos poseen una vocación de máxima realización compatible con la máxima realización de los demás⁴¹.

La ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial y doctrinal importante⁴². En España el Tribunal Constitucional viene utilizándola y ha fijado con nitidez los pasos a seguir o las exigencias concretas que comprende⁴³, siendo conocidas como

la Teoría del Derecho como principios jurídicos (Cfr.: ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 81 y siguientes; y RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, op. cit., p. 103 y siguientes).

³⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 189.

³⁹ Sin perjuicio de que también puedan resolverse conforme al criterio de competencia o al de prevalencia.

⁴⁰ <<Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor>> (PRIETO SANCHÍS, L. *Ibid.*, p. 189).

⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L. *Ibid.*, pp. 190-191.

⁴² Puede verse: BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003 ; GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; y MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; y CARRASCO PERERA, A.: "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 11, p. 39 y siguientes.

⁴³ Es el caso de las sentencias STC 66/1995 y STC 55/1996.

<<exigencias de la ponderación>>, <<test de la proporcionalidad>> o <<exigencias de razonabilidad>>, etc., tal como las describimos a continuación⁴⁴.

4.1. Las exigencias de la ponderación

La ponderación <<se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia>>⁴⁵, exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales o bienes constitucionales responda a un *fin constitucionalmente legítimo* y que los medios utilizados para conseguirlo sean *proporcionales* (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula). Si una norma o decisión que involucra derechos o bienes constitucionales no persigue un fin constitucionalmente legítimo o no es proporcional, entonces, será una norma o decisión contraria a la Constitución.

La exigencia del *fin constitucionalmente legítimo*, como primera exigencia o paso a seguir en la ponderación, significa que cualquier medida o decisión que involucre a los derechos o bienes constitucionales debe perseguir una finalidad que responda a causas objetivas de justificación y resulte legítima desde la propia perspectiva constitucional. Por ejemplo, debe responder a la función y naturaleza del derecho sobre el cual se incide o a la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido. Por lo tanto, <<si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación>>⁴⁶. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional español al señalar que resulta imposible intentar cualquier ponderación si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses no sólo constitucionalmente proscritos, sino también socialmente irrelevantes⁴⁷.

Por otro lado, la exigencia de *proporcionalidad*, como segundo paso a efectuar en la ponderación, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionales en sentido estricto⁴⁸; es decir, que además de ser imprescindibles e idóneos para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o derecho que tutela, como desde la perspectiva del bien o derecho que limita o lesiona.

⁴⁴ Confrontar: PERELLÓ, I. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en: *Jueces para la democracia*, N° 28, 1997, pp. 69 y siguientes.

⁴⁵ BIDART CAMPOS, G. J. *La Corte Suprema –El Tribunal de las Garantías Constitucionales–*. Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 108.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 199.

⁴⁷ Vid.: STC 55/1996.

⁴⁸ Cfr.: ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 111 y siguientes; ALEXY, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., p. 147 y siguientes; GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 333.

En el caso español, el Tribunal Constitucional ha señalado que para determinar si las medidas limitadoras aplicadas a un derecho eran necesarias para lograr el fin perseguido, era preciso examinar si se habían ajustado al principio de proporcionalidad o si lo habían quebrantado (STC 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico No. 5).

Esta exigencia de proporcionalidad comprende tres exigencias o mecanismos para determinar si una norma o decisión que incide sobre los derechos fundamentales es proporcional y, por ende, constitucionalmente legítima⁴⁹:

En primer lugar, la exigencia de *adecuación*, en base a la cual se hace un control de idoneidad sobre la medida o decisión que interviene en los derechos fundamentales o bienes constitucionales a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida con ella. Una medida es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación al fin de la medida. Si una medida no puede alcanzar o no es adecuada para el fin que persigue entonces resultará desproporcionada y, por lo tanto, constitucionalmente ilegítima⁵⁰. Dicho de otra manera, <<la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención>>⁵¹.

En segundo lugar, la exigencia de *necesidad* manda efectuar un control sobre el carácter imprescindible de la intervención o limitación del derecho o bien jurídico constitucional. Se trata de determinar que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el fin perseguido, pero distinta de la utilizada, que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o bien jurídico constitucional que se afecta, pues de lo contrario dicha medida sería desproporcionada. Para su aplicación es necesario determinar el peligro, amenaza o perjuicio para el bien jurídico protegido y, en segundo lugar, constatar que dicho perjuicio es el menor posible⁵². Esto significa que si la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima puede lograrse a través de una pluralidad de medidas, es imperativo escoger aquella que menos perjuicios cause al derecho fundamental o bien jurídico constitucional que limita.

Finalmente la proporcionalidad, y por ende el juicio de ponderación, se completa con la llamada exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto*, en virtud de la cual se procura determinar si la carga o el límite que supone la medida o actuación en el derecho fundamental, o bien jurídico constitucionalmente protegido, es razonable o proporcional en comparación con la finalidad perseguida. Dicha carga será más razonable o proporcional cuanto más importante sea para la protección del derecho o bien jurídico que protege, o para la defensa frente a los eventuales perjuicios que pueda ocasionar el ejercicio del derecho fundamental o la actuación del bien jurídico constitucional sobre el cual incide. En palabras de PRIETO SANCHÍS: <<consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de

⁴⁹ GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 299 y siguientes.

⁵⁰ Vid.: ALEXI, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 114.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 200.

⁵² Vid.: ALEXI, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 113.

otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna>>⁵³.

Apreciemos las nociones expuestas a través de un ejemplo. Para contrarrestar la propagación de la hepatitis B, e invocando la protección de la sanidad pública como bien jurídico protegido constitucionalmente, se expide una ley por la que se prohíbe la reunión de las personas en plazas, cines, teatros y demás locales abiertos al público. En ese caso estaremos ante una norma irrazonable, y por tanto inconstitucional, pues a pesar de haber sido emitida por el órgano competente y tener como finalidad la protección de un bien jurídico constitucionalmente protegido (es decir, pese a contar con un fin lícito), la medida que toma resulta completamente desproporcionada pues como quiera que la hepatitis B no se contagia directamente de persona a persona, la prohibición resulta inadecuada para alcanzar el fin perseguido. Se trataría entonces de una afectación irrazonable del derecho fundamental a reunirse pacíficamente.

Por ello no es de extrañar que el Tribunal Constitucional español haya considerado que para apreciar si una decisión que afecta el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental es o no conforme con la Constitución, no basta con atender a la regularidad formal de la decisión, sino que es preciso atender, ya en el orden sustancial, a la razonable apreciación que la autoridad que tomó la decisión haya efectuado de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, pues si dicha medida o decisión resulta desatenta a toda valoración de la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone, será inconstitucional⁵⁴.

Siguiendo a este Tribunal, todo lo expuesto nos conduce a <<negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos, y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a

⁵³ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 202. Este autor advierte que cuando la proporcionalidad en sentido estricto se hace valer en el enjuiciamiento de normas generales y más concretamente de leyes, <<el carácter consecuencialista del argumento bien podría desembocar en una ablación, en una eliminación absoluta de uno de los principios en pugna, y ello ocurrirá cuando la necesidad y la urgencia de atender a un fin valioso e importante mostrase como justificada la postergación general de otro bien o derecho. En materia de derechos fundamentales, ésta es una consecuencia que puede evitarse a través de la cláusula del contenido esencial, pues cualquiera que sea su discutido alcance, debe al menos servir como contrapunto a los argumentos ponderativos; sería algo así como la traducción jurídica de la vieja pretensión de los derechos de situarse como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales, por importantes que éstos puedan ser. Pero, con carácter general, existe otro argumento contra la posible eliminación o lesión absoluta de algún principio constitucional que deriva del propio carácter de la ponderación; y es que ésta ha de partir y ha de culminar en la preservación de todas las normas constitucionales consideradas en abstracto, en el nivel de la validez, sin cancelar en ese nivel su tendencial conflicto, y una ley que afectase de modo definitivo al núcleo de algún principio, aun cuando justificada en una perspectiva consecuencialista, equivaldría a una jerarquización o al establecimiento de una cláusula de excepción a favor de algún bien constitucional; y ello, como hemos indicado, supondría una tarea constituyente>> (PRIETO SANCHÍS, L. *Ibid.*, pp. 202-203).

⁵⁴ STC 37/1989, de 15 de febrero, fundamento jurídico No. 7.

él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos>>⁵⁵.

Entonces, recapitulando, el juicio de ponderación permite analizar la legitimidad constitucional de las normas o decisiones que inciden sobre los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sirviendo además como juicio valorativo para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir entre este sí al concurrir en un caso concreto.

4.2. La ponderación y las exigencias de una motivación adecuada

Dado que el juicio de ponderación se opone a lo arbitrario, su resultado no puede ser el producto de la mera voluntad de quien efectúa la ponderación, es decir, una simple consecuencia de su subjetividad o de su particular apreciación de la vida. Tampoco puede ser el producto de un razonamiento absurdo o defectuoso.

Por ello, en nuestra opinión, el juicio de ponderación debe ser acompañado de una motivación adecuada, es decir, de una motivación que no sea aparente o defectuosa, de una argumentación que exponga en forma clara, lógica y suficiente los fundamentos que justifican la medida o decisión que incide sobre el derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido. Esto con el propósito de que los destinatarios o interesados conozcan las razones y los intereses por las cuales se optó por tal o cual decisión en el juicio de ponderación.

No estamos afirmando que las exigencias que conforman el derecho a una motivación adecuada resulten exigibles tan sólo al juicio de ponderación. Ellas resultan aplicables en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y encuentran sustento en el derecho fundamental a un debido proceso o, como ocurre en el caso de la Constitución española, en la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3) o en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 24.1). Se trata de una de las garantías más útiles para evitar la arbitrariedad o el absurdo en el que puede incurrir el juzgador, o cualquier otra autoridad, a la hora de tomar una decisión que incida sobre el estatuto o la esfera de las personas, o demás sujetos de Derecho en general, sobre todo en cuanto a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales se refiere.

Este derecho a la motivación adecuada exige que cualquier acto de poder, norma o decisión, que limite, regule o incida sobre los derechos fundamentales o demás bienes constitucionales, o que resuelva un conflicto de intereses, imponga una sanción o levante una incertidumbre jurídica en general, vaya acompañada de una motivación que explique las razones por las que se tomó esa medida o decisión y que tal motivación no sea aparente o defectuosa.

Una motivación es aparente cuando no presenta todos los elementos que justificarían la medida o decisión razonablemente o que –de estar presentes– permitirían verificar la razonabilidad de la decisión (por ejemplo, cuando presenta fundamentaciones genéricas o

⁵⁵ STC 85/1992, de 8 de junio, fundamento jurídico No. 4.

implícitas); en cambio, *una motivación es defectuosa* cuando resulta contraria a principios lógicos (como el de identidad, no contradicción, tercero excluido y de razón suficiente)⁵⁶.

Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado que <<la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos>>⁵⁷, y que << toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado >>⁵⁸.

Por consiguiente, en lo que al juicio de ponderación se refiere, la carencia de una adecuada motivación puede restar legitimidad constitucional al resultado de la ponderación, más si éste resulta absurdo o arbitrario.

La motivación aparece entonces como una de las garantías más útiles para controlar la arbitrariedad o el razonamiento defectuoso en el que pueda incurrir el operador jurídico –en especial el juzgador– al momento de tomar una decisión que involucre el régimen o estatuto de los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Ello es así –insistimos– en tanto la motivación será la que nos permita advertir si la decisión es defectuosa o arbitraria, pues sólo a través de ella podremos conocer si la decisión es una derivación de la mera voluntad del operador o juzgador y si el *íter* de su pensamiento es conforme con las reglas de la lógica y de la experiencia.

Para facilitar dicho examen y no ser descalificada, la motivación de una decisión deberá ser adecuada y respetuosa de los principios lógicos, a fin de ser utilizada como mecanismo idóneo para justificar cómo y por qué se optó por dicha decisión entre las distintas soluciones que hubieran sido aplicables al caso.

Entonces, cuando se vaya a solucionar un conflicto de derechos fundamentales deberá exponerse en forma adecuada los criterios, principios y razones que se tuvieron en cuenta al realizar la ponderación, de tal suerte que posibilite ejercer un control sobre la decisión. De no ser así, o de resultar ésta defectuosa o arbitraria, se podría estar quitando legitimidad constitucional a la decisión.

V. EL PAPEL DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y MORAL EN LA SOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES DE COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Resulta evidente que sea cual fuere la técnica que se utilice para solucionar los eventuales conflictos de derechos fundamentales, se requiere de una interpretación de los derechos y bienes jurídicos involucrados, a fin de determinar sus respectivos contenidos y encontrar así una solución al conflicto en el que hayan incurrido al colisionar en un caso concreto. Efectivamente, sólo a través de la interpretación se puede dar concreción a sus respectivos contenidos y determinar cuáles son los límites o la regulación que válidamente se

⁵⁶ BUSTAMANTE, R. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, Lima, 2001, p. 171.

⁵⁷ STC 26/1981, de 17 de julio, fundamento jurídico N° 13.

⁵⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico N° 2B.

puede establecer a su ejercicio, por lo que sin ella no se puede dar solución a las situaciones de eventual conflicto.

Ocurre, sin embargo, que la incorporación de bienes y derechos en la Constitución les atribuye el carácter de normas básicas materiales⁵⁹, lo cual significa –entre otras cosas– que no cuentan por encima de ellas con un marco normativo jurídico válido que sirva de referencia para efectuar la interpretación. Si a esto se añade el alto grado de vaguedad o de indeterminación con que han sido formuladas, el problema de la interpretación de derechos y bienes constitucionales definitivamente se acrecienta⁶⁰.

Por otro lado, el examen de las técnicas de solución de los eventuales conflictos de derechos nos ha permitido apreciar que, al final, su resolución requiere de un juicio valorativo, sea para dar primacía a un derecho o bien jurídico sobre los demás o sea para llegar a una solución armónica que tenga en cuenta la vigencia equilibrada de todos ellos. Nuevamente aquí se aprecia la inexistencia de un parámetro jurídico que indique, en cada caso, qué derecho o bien jurídico ha de preferirse o cómo, cuándo y por qué ha de optarse por una solución equilibrada.

Parece ser entonces que el órgano competente (por ejemplo, el órgano jurisdiccional) se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado a los bienes o derechos, así como a la hora de dar solución a los eventuales conflictos que se puedan presentar entre sí, lo cual resulta aún más claro cuando dicho órgano es el último o el que dice la última palabra⁶¹. No debe creerse, sin embargo, que esta situación le permita hacer uso de su simple subjetividad (es decir, de su propia y particular consideración de lo correcto o de lo justo) para interpretar los bienes y derechos constitucionales o dar solución a los conflictos que puedan surgir entre sí. Ello supondría actuar en contra de la función limitadora del poder, que la Constitución atribuye a los derechos fundamentales⁶², y de la interdicción de la arbitrariedad

⁵⁹ O “normas básicas materiales de identificación de normas”, en la terminología utilizada por GREGORIO PECES-BARBA, quien además precisa: <<La función de los derechos en este caso se vincula al contenido posible, y a los límites del resto de las normas del Ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de éstas>> (*Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 416-417).

⁶⁰ En ocasiones se intenta superar este problema haciendo notar que en los ordenamientos jurídicos actuales existen cláusulas de apertura del sistema al ámbito internacional, conforme a las cuales los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos (es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española). No obstante, aún en ese caso, el problema no se elimina sino que se traslada al ámbito internacional pues en él la vaguedad o indeterminación de los derechos se mantiene, sin que exista un marco jurídico válido superior que le sirva de referencia para interpretar o determinar sus contenidos. Por ello, con relación a esta problemática, nos parece acertada la opinión de RAFAEL DE ASÍS al señalar que: <<normalmente los textos internacionales no aumentan la información que se posee sobre el derecho en cuestión, por lo que su utilización sirve en definitiva para enmascara, o mejor justificar de forma ficticia, la posición conceptual y justificatoria que se mantiene>> (*Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, op. cit., p. 10).

⁶¹ Vid.: DE ASÍS, R. *Ibid.*, pp. 9-10.

⁶² <<La idea originaria de Constitución aparece vinculada con la de la limitación del poder proyectándose en dos sentidos, por un lado el de la organización del poder y por otro el del reconocimiento de los derechos (...). Esto significa que el poder no puede transgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por estas figuras>> (DE ASÍS, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, pp. 26-27).

(artículo 9.3 de la Constitución española) que son pilares de un Estado de Derecho. Fuera de ello, el órgano competente –sobre todo cuando es el último o el que dice la última palabra– parecería que puede actuar con cierta libertad a la hora de interpretar los derechos fundamentales (sin perjuicio de los criterios o técnicas de interpretación de las que pueda hacer uso)⁶³.

¿Cómo, pues, se puede actuar con cierta libertad sin incurrir en arbitrariedad? Sustentando y motivando su actuación en *buenas razones*. Pero, ¿de dónde y cómo se obtienen esas buenas razones? La respuesta depende necesariamente de la filosofía política y de la concepción moral que se adopte⁶⁴. Lo que ocurre es que en toda interpretación de los derechos fundamentales, así como en toda solución de los conflictos que eventualmente puedan presentarse entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, hay una toma de posición, más o menos encubierta, sobre una determinada filosofía política y una cierta concepción moral, pues sobre ellas es que se construye una determinada teoría o modelo de derechos fundamentales. La filosofía moral y política que se siga influirá decididamente en la interpretación de los derechos y, por ende, en la solución de las situaciones de colisión. Ellas son indispensables para definir qué derechos son o deben ser considerados fundamentales, cuál es su contenido, cuáles los límites legítimos a su ejercicio y cómo deben resolverse los eventuales conflictos de derechos fundamentales. Es decir, en general, la filosofía política y moral que está detrás de los derechos fundamentales es indispensable para todo lo que tenga que ver con su interpretación, virtualidad y eficacia.

Para confirmar este acierto apreciemos que si el operador jurídico partiese de una filosofía política republicana (concretamente de una concepción de libertad como no-dominación)⁶⁵, probablemente la interpretación que haga de los derechos fundamentales y la forma como solucionase los eventuales conflictos de derechos, sería diferente a como lo hiciera un operador jurídico que partiese de una filosofía política liberal (concretamente de una concepción de la libertad como no interferencia)⁶⁶.

En efecto, recordemos que para el republicanismo el Estado o la comunidad no aparecen como una amenaza frente a la cual el individuo –a través de los derechos– se deba proteger. Antes bien, aparecen como apoyos para la realización y garantía de tales derechos. Digamos que se presentan como garantes de la libertad y como condición para hacerla posible⁶⁷.

⁶³ Si el intérprete u operador jurídico puede actuar discrecionalmente –sobre todo el judicial– o si se encuentra vinculado a una serie de principios de justicia que le exijan encontrar una única respuesta correcta, es algo que no corresponde tratar aquí. Para ello vid: DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1983.

⁶⁴ <<Todo ordenamiento jurídico está inspirado en una filosofía política y en una serie de valores y principios morales (de moralidad pública y social). De la misma manera, el ordenamiento jurídico en general y las normas jurídicas en particular pueden ser objeto tanto de valoración jurídica como de evaluaciones morales y política>> (FERNÁNDEZ, E. *Filosofía Política y Derecho*, op. cit., p. 12).

⁶⁵ PETTIT, P. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de T. Domènech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 56 y siguientes.

⁶⁶ BERLIN, I. “Dos conceptos de libertad”, en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998, p. 232 y siguientes.

⁶⁷ Cfr.: BARRANCO, M. C. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 211

En cambio, en la tradición liberal lo colectivo o estatal aparece en constante tensión frente al individuo, por lo que los derechos fundamentales se presentan como derechos de defensa a favor del individuo o como un cerco de no-interferencia frente al poder. Al Estado sólo le compete una labor de <<policía>> o de protección de esos derechos. Incluso debe actuar con <<neutralidad>> frente a su ejercicio. Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad de los individuos, se requiere la intervención del Estado. Fuera de ello, la actuación del Estado es considerada, en cualquier caso, como una interferencia en el ámbito de libertad que requiere de justificación sobre la base de otros bienes y valores individuales distintos a la libertad misma⁶⁸.

Asimismo, en la concepción republicana coinciden en los derechos fundamentales el interés individual y el interés común, pues los derechos no sólo responden a un interés individual sino también a un interés de la comunidad⁶⁹. Por ese mismo motivo, es posible regular válidamente el ejercicio de los derechos fundamentales en aras de proteger un interés común o bien jurídico colectivo. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos fundamentales no son asuntos de exclusivo interés particular sino que interesan también a la comunidad. No hay pues, primacía del interés individual sobre el interés común o colectivo⁷⁰.

Todo esto es contrariamente opuesto a un planteamiento liberal. Si su idea de libertad supone una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, la regulación que válidamente pueda establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales no puede justificarse –según esta concepción– en la protección de un interés común o de un bien jurídico colectivo, ya que ello supondría invadir ilegítimamente las esferas de soberanía del individuo. Entonces, según esto, <<los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito que el derecho abarca>>⁷¹.

En resumen, para el republicanismo (basado en una concepción de la libertad como no-dominación) las situaciones de aparente tensión o conflicto entre un derecho fundamental y un

⁶⁸ BARRANCO, M. C. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, en: *Derechos y Libertades* –Revista del Instituto Bartolomé de las Casas– N° 9, Año V, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000, p. 73.

⁶⁹ Es posible que esa idea se encuentre detrás de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha llegado a calificar a los derechos fundamentales como <<elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica>> (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico No. 5).

⁷⁰ <<Efectivamente, si somos capaces de justificar que en los derechos coincide el interés individual y el interés general, podremos establecer su gradación en función de lo fundamental del interés que protejan. Por otro lado, en el momento en que dejamos de considerar que el Estado es el potencial agresor frente al que hay que blindar las posiciones garantizadas por los derechos, también rechazaremos que cualquier intervención de aquel sobre la esfera de éstos deba mirarse con criterios restrictivos>> (BARRANCO, M. C. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, op.cit., p. 211).

⁷¹ BARRANCO, M. C. Ibid., p. 213.

interés común o bien jurídico colectivo constitucionalmente protegidos, no se resuelve necesariamente a favor del derecho fundamental. Puede resolverse en forma equilibrada o a favor de uno u otro según los casos concretos. En cambio, para el liberalismo, las situaciones de aparente tensión o conflicto entre un derecho fundamental y un interés común o bien jurídico colectivo constitucionalmente protegidos, debe resolverse a favor del derecho fundamental; en otras palabras, los derechos fundamentales deben tener primacía.

Pongamos un ejemplo para graficar estas ideas. Si partimos de la concepción republicana de la libertad como no-dominación, la libertad de expresión aparece como un derecho fundamental que garantiza la participación política del individuo, presentando tras de sí no sólo un interés individual –el de su titular– sino también un interés general para garantizar las condiciones que permitan que esa participación se produzca. Entonces –según ella– el Estado puede intervenir válidamente en la regulación de su ejercicio. Aquí, <<el poder político no aparece como el enemigo de la libertad de expresión, por lo que las regulaciones no se conciben necesariamente como vulneraciones de su contenido>>⁷². <<Además, queda de lado la neutralidad en relación con el discurso que merece ser protegido. Las expresiones que se refieren a la política y muestran una concepción democrática están especialmente valoradas. Se trata de dar prioridad a aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que contribuyen a crear opinión pública>>⁷³. Por consiguiente, el ejercicio de este derecho fundamental podría ser limitado legítimamente por consideraciones que respondan a una moralidad pública, a un interés común o un bien jurídico constitucionalmente protegido, y no sólo para proteger otros intereses individuales presentes en otros tantos derechos fundamentales.

En cambio, si partimos de la concepción liberal de la libertad como no-interferencia, la libertad de expresión aparece como parte del cerco de protección a favor del individuo dentro del cual no debe haber intervención de poder alguno. Esto implica que <<el gobierno se presenta como enemigo de la libertad de expresión y cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido>>⁷⁴. La protección que brinda el derecho fundamental a la libre expresión no dependerá entonces –siguiendo esta tradición política– del contenido de las manifestaciones ni del contexto en que éstas se viertan; antes bien, el Estado debe actuar con neutralidad valorando por igual las distintas manifestaciones concretas de la libertad de expresión, sea que éstas se refieran a la economía, a la política, o a cualquier otra esfera de la vida social. Asimismo, el ejercicio de este derecho no podrá ser limitado legítimamente por consideraciones que respondan a una moralidad pública, a un interés común o a la protección de una identidad cultural de los pueblos, etc. Antes bien, sólo podría ser limitado en aras de proteger otros intereses individuales presentes en otros tantos derechos fundamentales.

En definitiva, se confirma cómo la filosofía moral y política que se siga influye decididamente en la interpretación de los derechos fundamentales y, por ende, en la solución de sus situaciones de conflicto. Por ello compartimos la consideración de PRIETO SANCHÍS en el sentido que <<una teoría de los derechos humanos además de elaborar sus capítulos

⁷² BARRANCO, M. C. Ibid., p. 213.

⁷³ Ibid., p. 212.

⁷⁴ BARRANCO, M. C. Ibid., p. 212.

tradicionales, debería hoy orientarse en una doble dirección. De un lado, cultivando una perspectiva normativista y realista a un tiempo que sirva como contrapunto crítico a la insatisfactoria realidad que hoy, como siempre, ofrece el *ser* de los derechos frente al *deber ser* plasmado en la Constitución. De otro, profundizando en la filosofía política de los derechos humanos y haciendo de ella un componente insoslayable de la argumentación jurídica general>>⁷⁵.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. “Sobre el concepto de orden jurídico”, en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*, Prólogo. G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

– “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en: *Doxa* Nº 5, 1988.

ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

BARRANCO, M. C. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001.

– “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, en: *Derechos y Libertades* –Revista del Instituto Bartolomé de las Casas– Nº 9, Año V, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000.

BERLIN, I. “Dos conceptos de libertad”, en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

BIDART CAMPOS, G. J. *La Corte Suprema* –El Tribunal de las Garantías Constitucionales–. Ediar, Buenos Aires, 1984.

BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimpresión, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1998.

⁷⁵ *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 99.

BULYGIN, E. "Tiempo y validez", en: ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*, Pról. G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BUSTAMANTE, R. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, Lima, 2001, p. 171.

CARRASCO PERERA, A.: "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 11.

CIANCIARDO, J. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

DE ASÍS. R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.

– *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

DE DOMINGO, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de A. L. Martínez-Pujalte, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

DE OTTO Y PARDO, I. "La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido", en: MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Primera reimpresión, Civitas, Madrid, 1992.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1983.

FERNÁNDEZ. E. *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GASCÓN, M. "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en: AA. VV. *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GUASTINI, R. "Antinomias y Lagunas", en: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2000.

LLAMAS, A. "El ordenamiento jurídico", en: AA. VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.

MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y otros, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PERELLÓ, I. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en: *Jueces para la democracia*, Nº 28, 1997.

PETTIT, P. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de T. Domènech, Paidós, Barcelona, 1999.

PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

– *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002,

RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”; en: *Revista de Estudios Políticos –Nueva Época–*, No. 71, Enero-Marzo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

WITT, E. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Traducción de Ana Isabel Stellino, Ediciones Gernika, México D.F, 1995.