

Trabajo recibido el 28 de junio de 2017 y aprobado el 29 de agosto de 2018

El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BY THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT: BEYOND ALEXY

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS*

RESUMEN

Este trabajo persigue mostrar que la proporcionalidad empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, a partir de las sentencias divulgadas por los autores, no recepciona los supuestos ni la modalidad operativa, propuesta por Robert Alexy, promovida por buena parte de sus seguidores en Chile, respecto de la aplicación del referido estándar de adjudicación constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to exhibit that the proportionality employed by the German Federal Constitutional Court does, from the judgements most commonly known, not receive the assumptions nor the modality proposed by Robert Alexy, supported by many of its followers in Chile, regarding the application of the mentioned standard of constitutional adjudication.

PALABRAS CLAVE

Test de proporcionalidad, Tribunal Constitucional Federal alemán, versión alexiana del test

KEY WORDS

Proportionality test, German Federal Constitutional Court, alexian's version of the test

1. Interés, objeto y estructura

Parte de la doctrina nacional suele identificar el test o principio de proporcionalidad (TP o proporcionalidad) con el modelo alexiano (principlista, optimizadora o maximizadora) del mismo y éste, a su vez, suele asociarse con la versión empleada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TC alemán o TC) del aludido estándar de adjudicación constitucional. Así, la generalidad de los autores que, en nuestro país promueven la aplicación

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (Chile), Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile, Licenciado en Derecho, Universidad Finis Terrae, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo e Investigador del Centro de Justicia Constitucional al enviar este trabajo. Actualmente es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Se agradece la colaboración de mi ayudante de investigación, Héctor Moreno Cáceres y las observaciones de los arbitrajes. Se agradecen los comentarios a: icovarrubias@uft.cl.

del TP, tienen en vista el modelo del autor alemán Robert Alexy. Junto con constatar lo expuesto, estimamos de interés exhibir que el test empleado por el TC alemán, en el elenco de casos conocidos y difundidos a partir de ciertos autores, dista bastante de corresponderse con aquella modalidad de la proporcionalidad –incluidos sus supuestos–, promovida por Alexy y varios de sus seguidores.

El trabajo no pretende evaluar la recepción alexiana por parte del TC alemán, sino que discute la aplicación de los elementos cruciales de la proporcionalidad de Alexy por parte de la jurisprudencia del TC alemán divulgada por los autores, sin perjuicio que algunas sentencias han sido consultadas directamente.

Al exhibir las diferencias entre el modelo optimizador y el aplicado por el TC alemán, constataremos no sólo que dicho tribunal no asume los supuestos axiales de la propuesta alexiana –la distinción entre reglas y principios y la idea de los derechos como mandatos optimizables, al menos, no del todo derrotables– sino que acude a la adjudicación constitucional con un impulso optimizador que no gobierna todo el proceso ponderativo, al punto que el test de proporcionalidad difiere notoriamente en su aplicación dependiendo del derecho fundamental en juego, lo cual muestra que la subsunción complementa habitualmente a la ponderación y que, en algunos casos, el TC resuelve sin concurrencia de test alguno o de una proporcionalidad que es esquiva frente a la dignidad humana o al contenido esencial de ciertos derechos fundamentales.

El trabajo no consiste en una crítica a la propuesta alexiana ni en un exhaustivo análisis del abordaje del TC alemán sobre la proporcionalidad, sino que busca contrastar lo que buena parte de los autores nacionales afirman sobre la propuesta del autor alemán a la luz del elenco jurisprudencial difundido por varios especialistas sobre las sentencias del aludido tribunal. Dado que las sentencias se revisan en gran medida a partir de lo dicho por los autores abordados, ello explica que el último fallo sea del año 2009. Para evitar una selección interesada de los casos, se han elegidos aquellos que son habitualmente abordados por autores que, con prescindencia de su enfoque sobre el test de proporcionalidad, suelen coincidir en referirse a ciertas sentencias como representativas de la jurisprudencia del TC alemán en distintas épocas y ámbitos.

En cuanto al orden expositivo, comenzaremos por exhibir de qué manera la generalidad de los autores que se han referido al test, vinculan a éste con la modalidad promovida por Alexy, cuyas propuestas derivan de la distinción entre principios y reglas. En segundo término, examinaremos si el TC hace suyo alguno de los supuestos axiales de la propuesta de Alexy. Luego, se

expondrán los casos donde el TC no aplica el test, lo hace en un sentido distinto al promovido por el autor alemán, o su incidencia es mínima. Finalmente, previo a las conclusiones, se verá que hay ciertos casos en los que el test es derechamente excluido, condicionado o minimizado en su influjo.

2. Hablar del test de proporcionalidad es referirse a la versión de Alexy

Es excepcional que los adherentes al TP en nuestro país no identifiquen dicho criterio con la propuesta de Alexy¹. Unos pocos han admitido la existencia de “*diversas fórmulas a lo largo del mundo*” además de la alemana². Otros, desde un enfoque crítico a la propuesta de Alexy, han exhibido versiones alternativas al mismo, tanto en Chile como en el derecho comparado³. Con todo, la mayoría de los autores nacionales –principalmente en el derecho constitucional⁴ y laboral⁵– refieren a una versión del TP que lo concibe como un modo de ponderar las tensiones entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionales, a partir de la distinción entre *principios* y *reglas*, asumiendo este eje y las consecuencias que de allí se siguen. Otros, si bien no aluden a Alexy ni admiten expresamente la distinción entre *principios* y *reglas*, adoptan una versión del sub-principio de *proporcionalidad en sentido estricto* (una de las exigencias del test) que corresponde a aquella propuesta por el autor germano y sus seguidores⁶⁻⁷. Además, este requisito

¹ NOGUEIRA (2010), pp. 353-403; ÁLVIZ (2013), p. 269, entre los que abordan al *test* sin circunscribirlo únicamente a Alexy.

² PICA (2013), p. 220.

³ ISLER (2011), pp. 31-52; ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), pp. 65-116; URBINA (2014), pp. 167-180; COVARRUBIAS (2012), pp. 447-480, y (2014), pp. 163-237.

⁴ CONTESE (2002), pp. 53-93 y (2017), pp. 285-322; CONTRERAS (2009), pp. 46 y ss.; GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 137-175; ZÚÑIGA (2010), p. 259; DÍAZ (2011), p. 174; SALGADO (2017), pp. 207-255.

⁵ UGARTE (2007), pp. 49-67 y (2009), pp. 51-86; GAMONAL (2008), pp. 42-67; CORDERO y CORVALÁN (2010), p. 120, citan el caso Cronos que alude al test “creado por la jurisprudencia alemana (...) a partir de los escritos de Roberto Alexy”; MELIS (2009), pp. 105-108; MELLA y DOMÍNGUEZ (2012), p. 184; CHARRÍA (2013), p. 101.

⁶ Dos obras relevantes: ALEXY (1993), (2002a), (2003) y (2009). Sus más destacados seguidores, muy citados por los autores nacionales: BERNAL (2003), en el mundo hispano y RIVERS (2006), en el anglosajón.

⁷ CAAMAÑO (2006), p. 41: “debe evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”; ZÚÑIGA (2010), p. 262: “busca verificar si los beneficios asociados a la medida son mayores que el costo impuesto por la misma”. Asimismo: DÍAZ (2011), p. 194 y PICA (2013), p. 221, para quien la regla se cumple “en tanto la ventaja de restringir el derecho es mayor que su disminución”.

del TP es precisamente el que, veremos, permite diferenciar la concepción principialista del test, de otras modulaciones⁸.

Así, para los autores citados, hablar del TP es referirse en lo sustantivo a la modalidad formulada por Robert Alexy, por lo que es indispensable describir los aspectos centrales de la propuesta principialista, en palabras del autor alemán como de sus seguidores.

2.1. Distinción entre principios y reglas

Comencemos por la distinción que constituye la premisa axial sobre la que se erige la versión maximizadora del test: concebir los derechos fundamentales y bienes constitucionales como *principios*, a diferencia de otro tipo de normas, que son las reglas. Veamos lo que dice el autor al respecto:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”⁹.

De este eje derivan algunas consecuencias que es útil constatar: dado que los derechos-principios “*pueden ser satisfechos en varios grados*”¹⁰, se sigue que “*en caso de colisión entre principios, las posibilidades de cuánto se desarrolle cada derecho fundamental dependerá de cuánto se esté en condiciones de restringir el otro derecho en conflicto*”¹¹, de conformidad con la denominada “*ley de la ponderación*”, lo que veremos enseguida.

⁸ RIVERS (2006), pp. 176-182.

⁹ ALEXY (1993), pp. 86-87.

¹⁰ ALEXY (1993), p. 86; UGARTE (2009), p. 61; MELIS (2009), quien acude, entre otros seguidores de ALEXY, a BERNAL (2003), y PRIETO (2007).

¹¹ UGARTE (2009), p. 75; CONTRERAS (2009), pp. 46 y ss.

2.2. Ley de la ponderación y test de proporcionalidad

Atendido que “*los derechos fundamentales son principios*” que consisten en “*mandatos de optimización*”¹², la optimización entre *principios* (derechos y/o bienes constitucionales) es inevitable y se efectúa sopesando los intereses contrapuestos según la *ley de ponderación*, conforme a la cual:

“*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”¹³.

Un principio (derecho fundamental y/o fin gubernamental) generará un hecho normativo en la medida en que no haya otros principios con los que deba ponderarse el peso relativo de cada uno de ellos. El método propuesto para dilucidar cuál de los principios confrontados prevalece en el caso concreto –denominado test o máxima de proporcionalidad– consta de tres reglas o sub-principios: (i) el examen de idoneidad, (ii) el de necesidad y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación jurídica propiamente tal. Mientras los pasos (i) y (ii) constituyen el examen de las posibilidades fácticas de optimización del principio, la regla (iii) controla las posibilidades jurídicas de optimización entre los principios. Si alguno de estos sub-principios no es sorteado, el acto que interfiere el derecho fundamental no satisface el test¹⁴.

La regla crucial en cuanto consagra la ley de la ponderación es la proporcionalidad en sentido estricto. Se traduce en ponderar el grado de intensidad con que un *principio* (libertad económica) es perjudicado por el acto estatal examinado por el TP (disminución del tráfico aéreo) con el fin buscado con la regulación (reducción de la contaminación acústica). La interferencia puede ser leve, moderada o seria y lo mismo ocurre con la satisfacción del *principio* que puede ser indiferente, importante o muy importante. Así, si la injerencia en el derecho fundamental es “*moderada*” y la satisfacción del principio contrapuesto es “*muy importante*” (reducción de los ruidos), la medida sería conforme al test¹⁵.

Este ejercicio ponderativo, a su vez, trae consigo tres pasos¹⁶: determinar el peso del derecho fundamental afectado por el acto regulatorio y discernir el

¹² ALEXY (2003), p. 66, citado por UGARTE (2009), p. 74.

¹³ ALEXY (1993), p. 161.

¹⁴ MELIS (2009), p. 109, en cita a ALEXY (2002b), p. 27.

¹⁵ ALEXY (1993), pp. 112-114 (los ejemplos son nuestros).

¹⁶ Algunos autores –DÍAZ (2011), p. 197– añaden un cuarto paso: formular una regla de precedencia para decidir los intereses que deben prevalecer y cuáles ceder según las condiciones del caso.

peso o grado de importancia del *principio* que se busca favorecer. Segundo, comparar ambos para establecer si la relevancia de uno justifica la restricción del otro. En este ejercicio de atribución de pesos que permiten comparar los *principios* en juego, no sólo se examina la intensidad de la injerencia en el derecho¹⁷ (leve a grave) *versus* el grado de satisfacción del *principio* promovido (indiferente a muy importante) sino también la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se afectará el derecho o con las que se protegerán los *principios*, según las condiciones del caso¹⁸.

Tercero, en definitiva, el acto estatal sometido al test será constitucionalmente legítimo cuando el beneficio que irroga para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se busca alcanzar con su dictación es superior al costo que dicha regulación significa para el derecho fundamental perjudicado¹⁹.

2.3. Carácter amplio y derrotable del contenido de los derechos fundamentales

Otro aspecto derivativo de concebir los derechos fundamentales y los bienes constitucionales como *principios* es que al no tener éstos un carácter absoluto, se afirma que aquellos poseen un contenido "*amplio*" e "*indeterminado*", configurado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar semánticamente con el enunciado del derecho tipificado en la Constitución, contenido denominado "*prima facie*" que "*se lleva a cabo con criterios muy laxos y se fundamenta en el principio in dubio pro libertate*"²⁰. Ello, añaden, se opone a la idea "dominante en nuestra cultura jurídica de un ámbito protegido estrecho de los derechos fundamentales", según la cual "*tienen un contenido definitivo fijado de antemano (...) que cuenta desde el inicio con unas determinadas limitaciones*"²¹.

Al desconocer que el contenido de los derechos pueda ser *definitivo o inderrotable* o que su carácter gradual los transforma en *esencialmente restringibles*, se descarta concebir los derechos fundamentales como cotos vedados

¹⁷ CONTESSE (2002), p. 70: "el ejercicio de (...) ponderación consiste, final y efectivamente, en posar los derechos fundamentales sobre la balanza de la justicia, y aceptar que su inevitable inclinación (en una u en otra dirección, según sea el caso) no es sino resultado de la mejor medición que el juez ha logrado hacer considerando el nivel de injerencia en un derecho en proporción al mérito (o importancia) que el otro ostenta".

¹⁸ UGARTE (2009), p. 79; CONTRERAS (2009), p. 55; DÍAZ (2011), pp. 193 y 196, a modo ejemplar.

¹⁹ DÍAZ (2011), p. 194, en cita a BERNAL (2003), p. 760.

²⁰ UGARTE (2009), pp. 52-53, en cita a BERNAL (2007), p. 310; GAMONAL (2008), y MELIS (2009).

²¹ UGARTE (2009), p. 61, en cita a BERNAL (2007), p. 310.

o fronteras absolutas a la injerencia del test²². Esto es coherente con la idea de Alexy según la cual el contenido esencial de los derechos (al menos en su modalidad absoluta) es inconsistente con la propuesta optimizadora. Dado que los derechos fundamentales son *principios*, éstos no pasan de ser un factor disponible dentro de todos los factores que deben considerarse para una optimización racional del bien común. Así lo afirma el autor al expresar que “las posiciones de los individuos (...) pueden ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos”²³, al punto de sostener que “no puede ser sostenido en el derecho constitucional (...) la convicción de que debe haber derechos que en las más extremas circunstancias no sean sobrepasados”²⁴.

Con todo, el mismo Alexy con posterioridad a su *Teoría General*, ha alterado el alcance fuerte de la distinción, al afirmar que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales donde son formulados como principios y, otro estricto, donde son observados “como regla”²⁵. Para el autor, ya no se podría afirmar tan categóricamente que las normas que contienen derechos fundamentales son siempre principios²⁶, aspecto en el que sus seguidores de la tutela no han reparado mayormente. Un punto donde algunos autores que promueven la versión principialista del test en la tutela laboral, se han apartado de Alexy, es observado cuando reconocen el contenido esencial de los derechos como un corta fuegos que detiene el impulso optimizador del TP, en el entendido que tal contenido medular supone la “existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador”²⁷.

Otro cambio, también se ha advertido por parte de quienes habiendo descartado en principio el carácter inviolable del contenido esencial, afirmando

²² CONTRERAS (2009), p. 46; UGARTE (2009), p. 37 y (2011a), p. 19. Últimamente éste, (2011b), p. 256, ha admitido ciertas coberturas inviolables frente a la incursión del test en los derechos del trabajador.

²³ ALEXY (1994), p. 207.

²⁴ ALEXY (2002a), p. 196.

²⁵ ALEXY (2003b), pp. 131-132: “Hay dos formulaciones de los derechos fundamentales: una es estrecha y estricta, la segunda, es amplia y comprensiva. La primera puede ser denominada una formulación como regla, la segunda, formulación como principios”.

²⁶ BOROWSKY (2000), pp. 29-56, seguidor de Alexy, admite que los principios no fundamentan la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) sino que valores externos por lo que “es posible afirmar que la decisión antes que adoptada es estructurada por la teoría de los principios”.

²⁷ CAAMAÑO (2006), p. 37: la limitación a los derechos del trabajador por el empleador “sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho”; GAMONAL (2008), pp. 46-47; MELIS (2009), pp. 102-104; MELLA, DOMÍNGUEZ (2012), p. 209.

que éste “nunca es definitivo o inderrotable”²⁸, han admitido últimamente que los derechos fundamentales pueden gozar en su contenido de algún aspecto inviolable²⁹. Esta huida de ciertas coordenadas alexianas en materia de tutela laboral se explica en parte con motivo del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo, que consagra el contenido esencial como límite a las potestades del empleador³⁰. No nos detendremos en este punto por exceder el objeto de este trabajo³¹.

2.4. Proporcionalidad en sentido estricto y aspectos inviolables en los derechos

Ya adelantábamos que un aspecto de la adhesión al *principialismo* en los derechos fundamentales deriva, asimismo, en adscribir una particular versión de la última regla del TP, esto es, la proporcionalidad en sentido estricto. Atendido que lo clave en la ponderación alexiana es discernir si la afectación a un derecho se ve o no compensada por el beneficio asociado a la satisfacción del principio que aparece contrapuesto, no debe llamar la atención que tal regla se formule en clave optimizadora: buscar una proporción entre los beneficios que el acto estatal reporta *versus* el perjuicio padecido por el derecho, a fin de decidir en cuál lado de la balanza se sitúa el mayor bien comparativo³².

Es ilustrativa la definición que formula Bernal, prominente defensor de la propuesta alexiana, muy citado por los autores expuestos, sobre la proporcionalidad en sentido estricto. Este sub-principio evalúa si “*las ventajas que obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en*

²⁸ UGARTE (2011c), p. 279.

²⁹ UGARTE (2011c), pp. 255-257.

³⁰ Código del Trabajo, artículo 485, inciso 3º, dispone que se entenderán vulnerados los derechos fundamentales del trabajador cuando el ejercicio de las facultades del empleador limite su “pleno ejercicio” “sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”.

³¹ La coherencia entre adherir a la noción principialista de los derechos (y del test) y abrazar paralelamente aspectos que constriñen su alcance optimizador ha sido abordado en COVARRUBIAS (2015), pp. 261-287.

³² CAAMAÑO (2006), p. 41: “debe evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto”; UGARTE (2009), p. 81; CONTRERAS (2009), p. 55; DÍAZ (2011), p. 194. MELIS (2009), p. 107; GAMONAL (2008), pp. 46-47, es el único que no obstante adherir a la idea de principio suscribe una fórmula no estrictamente optimizadora del TP. En sentido análogo, MELLA y DOMÍNGUEZ (2012), p. 209.

general”³³. En igual sentido se pronuncia Rivers, renombrado promotor de Alexy en el ámbito anglosajón³⁴, quien ha manifestado que de la adopción de una u otra modalidad de esta regla depende la adhesión a una u otra de las “*dos concepciones sobre la proporcionalidad*”³⁵: la optimizadora y la garantista.

Mientras la primera busca balancear los derechos fundamentales con otros derechos e intereses (entre ellos, el bien común) del modo más eficiente posible³⁶, la concepción garantista (firmemente enraizada en Gran Bretaña según algunos³⁷) “ve la proporcionalidad como un conjunto de exigencias que justifican la intervención judicial con el objeto de proteger los derechos”³⁸, asociada a una idea (observada en sentencias del Tribunal Europeo de DD. HH.), que asume “*que existe un absoluto mínimo en cada derecho, un contenido nuclear, el cual no puede ser violado bajo ningún respecto*”³⁹.

Así, tanto la noción principialista de los derechos fundamentales como la consecuencial concepción optimizadora de la *proporcionalidad en sentido estricto*, desconoce la existencia de derechos absolutos o de aspectos inviolables en la generalidad de los derechos⁴⁰. Para saber si un derecho ha sido infringido, habrá que esperar el resultado de la operación ponderativa, pues no se reconoce un contenido mínimo o esencial que quede a salvo de la incursión ponderativa.

Del siguiente modo podrían sintetizarse los elementos centrales de la propuesta principialista, que arrancan de la distinción entre principios y reglas. En primer lugar, una idea abstracta y expansiva del contenido de los derechos fundamentales, lo cual supone que los derechos tienden a colisionar y que el

³³ BERNAL (2003), p. 36.

³⁴ RIVERS (2006), p. 181, acerca de la interrogante que la proporcionalidad en sentido estricto debe responder: “¿el acto [estatal] representa una ventaja neta cuando la disminución en el disfrute de los derechos es ponderado con el nivel de satisfacción del fin [constitucional]?”.

³⁵ RIVERS (2006), p. 177.

³⁶ RIVERS (2006), p. 176.

³⁷ COHN (2010), pp. 605 y 616, lo atribuye al influjo de la “herencia Diceyana” –formulada por Dicey– en la revisión judicial frente a la noción tradicional de la soberanía parlamentaria inglesa.

³⁸ RIVERS (2006), p. 176.

³⁹ RIVERS (2006), p. 180. Un abordaje más amplio de las concepciones optimizadoras y garantistas (o *state-limiting*) del *test*, en COVARRUBIAS (2014), pp. 169-194.

⁴⁰ UGARTE (2009), p. 37 y (2011b), p. 19, afirmó que el contenido esencial de los derechos no es definitivo, pero con posterioridad, (2011c), p. 256, ha admitido que hay aspectos inviolables frente a la incursión del *test*, por lo que propone conciliar el TP y una noción mixta del contenido esencial de los derechos.

modo de afrontar dicha colisión es la ponderación⁴¹. Segundo, el desconocimiento de un contenido inviolable delimitado apriorísticamente en los derechos, de donde se sigue no admitir un contenido esencial inaccesible a la incursión ponderativa. Tercero, la adhesión a una versión optimizadora de la proporcionalidad en sentido estricto, sin la cual el test propuesto por Alexy no tiene sentido. Cuarto, lo anterior supone la sustitución de la denominada subsunción por la ponderación, como método central para adjudicar principios constitucionales⁴².

En fin, estimamos que el elemento propio y distintivo de la propuesta alexiana es la *optimización de principios*. Veremos, pues, que lo que el autor denomina la ley de la ponderación optimizadora es empleada, aunque con límites, por el TC alemán desde mucho antes de la publicación de la *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (de hecho el mismo Alexy la formula a partir de la jurisprudencia del TC). Es distintivo por cuanto se trata de una ponderación que opera sobre principios y no reglas, lo que la transforma en una optimización que, al menos en su versión primitiva (que es la adoptada por los autores chilenos), no conoce límites previos en el contenido de los derechos fundamentales.

3. ¿Recepciona el TC alemán algunos de los aspectos de la propuesta de Alexy?

Veremos que hay aspectos de la propuesta principialista que no son acogidos por la jurisprudencia del TC alemán revisada –partiendo por el alcance principialista de los derechos fundamentales– mientras que hay otros puntos donde la propuesta alexiana se encuentra ausente o modificada en algún grado.

3.1. Los derechos fundamentales no son concebidos como principios de optimización

Es efectivo, como indica Alexy, que desde el caso *Luth* (1958), el TCA concibe los derechos fundamentales no sólo como medios de defensa frente al Estado, sino como portadores de “*un orden de valores objetivos*” refiriéndose a este orden de valores como “*los principios (...) que adquieren expresión en*

⁴¹ ALEXY (2009), p. 6.

⁴² ALEXY (2009), pp. 3-6. En p. 6, dice que desde el caso *Lüth*, el concepto capital empleado por el TC ha sido el de ponderación en contraposición a la subsunción; UGARTE (2011d), p. 366: “Mientras las reglas se aplican mediante la subsunción, los principios se someten a deliberación, cálculo y balanceo”; GAMONAL (2008), pp. 42-45.

*los derechos fundamentales*⁴³. Se señala que al plano subjetivo se añade un plano objetivo que los “dota (...) de una dimensión material, que puede ser caracterizada en la idea de que los derechos fundamentales contienen “*los principios normativos superiores del ordenamiento estatal*”⁴⁴.

Más allá de la discusión –promovida por la respuesta de Habermas a Alexy –sobre el carácter equiparable entre principios y valores– cabe señalar que en la idea de concebir los derechos como representativos de un orden de valores objetivos o de principios permanece desde el caso *Lüth*, no es exactamente lo mismo afirmar que los derechos fundamentales son portadores de principios y valores que sostener que los derechos son mandatos de optimización. La diferencia se manifiesta con claridad en que para el TCA hay principios/valores que no son susceptibles de optimización, como la dignidad humana. Éste supra-valor/principio, ha dicho el TCA, se incardina especialmente en algunos derechos fundamentales, lo que explica que tales derechos o aspectos sensibles de ellos sean abordados por el TCA como *reglas* antes que como principios optimizables.

Que el TCA sostenga que los derechos están impregnados de valores dista bastante de afirmar que son mandatos de optimización que pueden ser satisfechos gradualmente. Tampoco la idea de ser representativos de principios conduce a la afirmación de que poseen un contenido indeterminado. Veremos que esta cualidad no se hace extensiva a ciertos aspectos inviolables de los derechos fundamentales. Si es posible sostener que el TCA no concibe a los derechos como principios, se debe a que aquel en varias ocasiones se representa de antemano el contenido duro del derecho, lo cual debilita la idea de su ductilidad en un sentido fuerte. El hecho que haya algunos derechos que sean ponderables con otros derechos o con fines constitucionales no muda su contenido ni lo convierte en indeterminado. Por otra parte, el TC alemán atribuye los valores y principios a todos los derechos fundamentales, incluidos aquellos que para él no son optimizables.

En efecto, en los acápites siguientes veremos que hay varias ocasiones en las que la vía de aproximación del TCA se acerca más a la subsunción que a la ponderación, sin perjuicio de haber proclamado *in abstracto* la necesidad de acudir a la ponderación y al test. Ello se observa especialmente cuando el TC alemán identifica la dignidad humana no sólo como el soporte de los derechos fundamentales, sino también al reconocer, vinculado con aquella, el contenido

⁴³ BVerfGE 7, 198 (205) y BVerfGE 81, 242 (254), ambos, en ALEXY (2009), p. 5.

⁴⁴ BENDA y MAIHOFFER *et al.* (1996), p. 93, en MARSHALL (2006), pp. 211-212.

esencial de los derechos fundamentales y de ciertos aspectos inviolables en su contenido.

Y en aquellos casos donde efectivamente el TCA acude al despliegue de la proporcionalidad o de la ponderación en sentido estricto, veremos que éstas no revisten los rasgos propios y específicos de la versión optimizadora propuesta por el autor alemán. Hay otras ocasiones en que pudiendo recurrir a la versión de la ponderación llevada a cabo por el TCA, éste no lo aplica sino que más bien adjudica conforme a la delimitación/subsunción de los derechos fundamentales en juego.

Finalmente, cabe señalar que no conocemos sentencia alguna del TC alemán que acoja expresamente la distinción entre principios y reglas. Por otra parte, el mismo Alexy ha morigerado el alcance fuerte de aquella distinción, al señalar que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales, en el que son formulados como principios y otro estricto, en el que son observados “como regla”⁴⁵, de modo que para el autor, ya no sería posible afirmar tan categóricamente que las normas que contienen derechos fundamentales son siempre principios⁴⁶, aspecto éste que no ha sido explicitado por sus seguidores en nuestro país. Veremos enseguida que los derechos fundamentales están modulados tanto por su configuración constitucional como también por la delimitación de su contenido.

3.2. Ponderación y test sin optimización

La idea de discernir hasta qué punto el grado de satisfacción del fin buscado por el acto estatal (particularmente la legislación) justifica un grado de interferencia en un derecho fundamental, se advierte tempranamente y, a veces, es determinante para el resultado del fallo, pero la ponderación aplicada por el TCA no corresponde al enfoque optimizador y no siempre lleva consigo la aplicación escalonada de las reglas del TP.

Lüth (1958) asume como indispensable llevar a cabo una “ponderación de los bienes jurídicos”⁴⁷ en juego. Aquí, la libertad de opinión, esgrimida por *Lüth*, prevaleció sobre las “buenas costumbres” como bien jurídico contenido en el artículo 826 del Código Civil, norma invocada para condenar civilmente

⁴⁵ ALEXY (2003b), pp. 131-132, como ya se señaló, el autor afirma que hay una teoría estrecha y otra amplia sobre los derechos fundamentales. “La primera puede ser denominada una formulación como regla, la segunda, formulación como principios”.

⁴⁶ BOROWSKY (2000), pp. 29-56, seguidor de Alexy, ha admitido que los principios no fundamentan la proporcionalidad en sentido estricto sino que valores externos por lo que “es posible afirmar que la decisión antes que adoptada es estructurada por la teoría de los principios”.

⁴⁷ BVerfGE 7, 198 (210), en DORSEN *et al.* (2003), pp. 824-829.

el llamado de *Lüth* a boicotear las películas de un cineasta alemán⁴⁸. En *Ley sobre Farmacias* (1958) también quedó claro que los lineamientos de la ponderación se daban entre las exigencias del bien común y un derecho fundamental (libertad de ejercer una profesión en este caso). La misma idea fue acuñada en *Seguro médico* (1960), al afirmarse: “entre más se restrinja la libertad para ejercer una profesión, mayores deben ser los requisitos para la perentoriedad de los intereses públicos que han llevado a la justificación de tales limitaciones”⁴⁹.

Un punto no menor de la fórmula ponderativa es expuesta en *Reglamento de Oficios Artesanales* (1961), al afirmar el TCA, que la ponderación “debe partir de la supremacía de la libertad”⁵⁰. Se trata de una preferencia por la libertad en la que las “necesidades del bien común y las restricciones a la libertad del ciudadano deben estar en una relación equilibrada”, equilibrio que se define a partir de la reiterada noción de que “las restricciones a la libertad (...) las tiene que soportar el individuo sólo y en la medida que lo requiera la protección de un interés común más importante”⁵¹.

En *Extracción de fluidos* (1963) se examinó la ley que autorizaba a los jueces a someter a quienes fueran objeto de una investigación criminal, a la extracción de fluido espinal para determinar su imputabilidad. El TCA estimó su inconstitucionalidad al afectar desproporcionadamente la integridad física. Lo clave fue que los delitos criminales invocados para justificar la medida eran menores, mientras que la invasión a la integridad corporal era excesiva⁵². Si bien este razonamiento es ponderativo en cuanto compara la intensidad de la interferencia en el derecho (grave en el caso) *versus* el poco importante grado de satisfacción del *principio* buscado, el TCA no emplea la escala tríadica de grados de afectación y satisfacción, ni tampoco examina la probabilidad, eficacia y duración con que se afectará el derecho o con las que se protegerán los *principios*.

En este período, el carácter desproporcionado del acto estatal dependía de la relación de desequilibrio entre el grado de la interferencia en el derecho y el grado de importancia atribuida a la satisfacción del fin, con una cierta inclinación en beneficio del derecho. No obstante permanecer vigente esta ecuación

⁴⁸ BVerfGE 7, 198, en SCHWABE (2009), pp. 202-207 y, también, en DORSEN *et al.* (2003), pp. 824-829.

⁴⁹ BVerfGE 11, 30, en SCHWABE (2009), p. 328.

⁵⁰ BVerfGE 13, 97, en SCHWABE (2009), p. 331.

⁵¹ BVerfGE 13, 97, en SCHWABE (2009), p. 333.

⁵² KOMMERS y MILLER (2012), p. 419, nota al pie 128. Asimismo, BVerfGE 16, 194, en SCHWABE (2009), p. 141.

en los años posteriores, veremos que ella se empleará progresivamente con una inclinación a favor del interés público, llegando en ocasiones a entenderse que el fin en juego es tan preponderante que justifica invasiones intensas en la esfera de libertad, más allá de si reviste las características optimizadoras.

Lo dicho se refleja en casos del ámbito de *la ponderación entre Seguridad y Libertad*⁵³. A partir de *Klass* (1970)⁵⁴, la ponderación se inclinó a favor de la seguridad. Un caso ilustrativo de aplicación del test es *Ley de Monitoreo de Telecomunicaciones* (1999), que expandió las potestades del Servicio de Inteligencia para interceptar las telecomunicaciones, aún las de origen internacional. La ley autorizó a la Agencia compartir información con otras agencias para uso de persecución criminal y eliminó el deber de informar a los que eran objeto de vigilancia⁵⁵. Dos profesionales especializados en asuntos de tráfico de drogas requirieron al TC la inconstitucionalidad de la ley, pues aumentaba la probabilidad que ellos mismos fueran vigilados. Invocaron infracción a la inviolabilidad de las comunicaciones, la libertad de opinión y el derecho a la tutela judicial. El TC afirmó que la ley era constitucional, pues los peligros que trata de precaver “poseen un interés público de alta jerarquía, cuyo desconocimiento generaría serios perjuicios a la paz exterior e interior y a los intereses protegidos de los individuos (...)”⁵⁶.

Junto con señalar que las medidas eran *idóneas*, el fallo añade que la ley “es necesaria”, ya que “[n]o hay medios disponibles igualmente efectivos, que afecten menos significativamente a los titulares de los derechos”⁵⁷. Las restricciones a la inviolabilidad de las comunicaciones, como el monitoreo, grabación y almacenamiento, son “*proporcionales en estricto sentido*”, pues “*exige que la pérdida de la libertad (...) no sea desproporcionada a los objetivos de interés público buscados por la restricción del derecho fundamental en cuestión. Debido a que el individuo se integra en una comunidad y depende de ella, debe tolerar restricciones a sus derechos si ellas están justificadas por un interés público prevaleciente*”⁵⁸. Agrega que la norma no afecta la esencia del derecho a la privacidad de las comunicaciones, pues no autoriza ningún

⁵³ MILLER (2010), pp. 369-396. También, KOMMERS y MILLER (2012), pp. 413-419.

⁵⁴ BVerfGE 1 (1970). Para la evolución iniciada con este caso, LEPSIUS (2004), pp. 435-443.

⁵⁵ KOMMERS y MILLER (2012), p. 414.

⁵⁶ BVerfGE 100, 313. Aunque reconoció que los fines esgrimidos “no tienen el mismo peso que la amenaza de una agresión armada, que desde un principio se ha considerado una razón legítima para el monitoreo de telecomunicaciones”.

⁵⁷ BVerfGE 100, 313.

⁵⁸ BVerfGE 100, 313.

“monitoreo amplio y generalizado” sino que sujeto a requisitos específicos y predeterminados⁵⁹.

Si bien *Grabación de conversaciones telefónicas* (2002) es un caso donde el uso del test no ha conducido al resultado de hacer sucumbir por completo el derecho en aras de alcanzar un finalidad pública, ello no ha impedido al TC abrir la rendija para que el interés invocado por el Estado o el derecho identificado con la satisfacción de un interés público (derecho a la seguridad) termine imponiéndose, sin contrapeso, sobre el derecho afectado. Aquí, el derecho a la intimidad se salvó de una total capitulación, dada la *insuficiencia de un interés público de peso*, sin embargo, el fallo dejó abierta la puerta a la prevalencia de “*otros aspectos que den por resultado, que el interés por recabar material probatorio deba ser protegido a pesar de la violación al derecho de la personalidad*”, como sería por ejemplo, el interés “en esclarecer crímenes especiales”⁶⁰.

En *Vigilancia acústica en domicilio* (2004) comienza el fin a la expansiva interpretación de la seguridad como justificación poderosa para restringir la libertad individual. A la luz de las exigencias del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el TCA elevó los estándares para monitorear y recopilar información de inteligencia. Junto con requerirse autorización judicial para la vigilancia y que las personas investigadas fueren notificadas de la acción, se exige claridad en las reglas para mantener y destruir los datos recogidos⁶¹. Añade que “*la forma y modo en que se lleve a cabo la vigilancia del domicilio particular puede conducir a una situación en la que se lesione la dignidad humana*”⁶².

Luego de señalar que “*existe un núcleo inviolable en el que el particular desarrolla su vida privada, el cual debe ser respetado por el Estado al llevar a cabo medidas de vigilancia*”, cuya injerencia lesionaría la libertad de cada persona para desarrollarse libremente en sus asuntos personalísimos y, agrega, que la protección de esta esfera inviolable de la vida privada “*no puede ser relativizada mediante una ponderación con los intereses del Estado de perseguir los delitos según los parámetros del principio de proporcionalidad*”⁶³. Concluye que ciertas normas legales –por ejemplo la prohibición para recabar y valorar

⁵⁹ BVerfGE 100, 313.

⁶⁰ BVerfGE 106, 28, 9 de octubre de 2002, en SCHWABE (2009), p. 91. Aquí, el mero interés de asegurar un medio probatorio, “no es suficiente –en el marco de la ponderación– para considerar que este interés deba tener en todo caso el mismo peso o incluso mayor que el correspondiente al derecho general de la personalidad” (por todas).

⁶¹ MILLER (2010), p. 383.

⁶² BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), pp. 389 y 390.

⁶³ BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), pp. 390 y 391.

pruebas—, no cumplen los parámetros garantizados en la inviolabilidad del domicilio ni con la protección del ámbito inviolable para el desarrollo de la vida privada. En este aspecto del fallo, no se acude al test.

Otra norma del Código de Procedimiento Penal también se estima inconstitucional, ya no por afectar la esfera inviolable de la vida privada identificada con la dignidad humana, sino por no satisfacer la proporcionalidad en sentido estricto de un modo bastante peculiar⁶⁴. Si bien la sentencia reconoce que se persigue un fin legítimo, que es idónea para alcanzarlo y también que son necesarias, añade que una parte de la norma examinada “*toma en cuenta sólo parcialmente (...) el art. 13 párrafo 3 de la Ley Fundamental [que] restringe el empleo de medidas de vigilancia acústica del domicilio particular a delitos especialmente graves*”⁶⁵.

Otro ejemplo es *Recolección de datos* (2006). En respuesta a los ataques del 11/09/01, se quiso implementar un sistema de recolección de datos para detectar perfiles de potenciales terroristas. El TC admitió que la seguridad antiterrorista es un alto fin, pero dijo que el programa de recolección de datos infringía intensamente el derecho a la autodeterminación informativa de los sospechosos, pues los perfiles recolectados, además de ser sensiblemente reveladores de la personalidad, se prestan para estigmatizar y, potencialmente, promover la discriminación racial o religiosa⁶⁶. Añade el fallo que debe cumplirse “*la prohibición [constitucional] de infringir desproporcionadamente los derechos básicos*”. Concluye el TC que la “*intromisión estatal en el derecho absoluto del individuo a su libre desarrollo es inconstitucional sin importar la relevancia de los intereses constitucionales que pueden haber justificado la intromisión*”⁶⁷.

Pues bien, los referidos casos constatan la indudable presencia de la ponderación de lo que está en juego, pero al mismo tiempo revelan que se trata de una ponderación bastante acotada en su alcance, toda vez que ella no puede llegar a incursionar el “núcleo inviolable” de la intimidad, ni en aquellos aspectos sensibles del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como tampoco en el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Asimismo, en *Recolección de datos* (2006), el derecho a la autodeterminación informativa pasó a engrosar el listado de aquellas libertades básicas que al vincularse con la dignidad humana quedan inmunizadas “*per se*” frente a un fin tan alto como la seguridad nacional⁶⁸.

⁶⁴ STENDER-VORWACHS (2004), p. 1344.

⁶⁵ BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), p. 394.

⁶⁶ BVerfGE 115, 320, 346-353, en MILLER (2010), p. 386.

⁶⁷ BVerfGE 115, 320, 357-359, en MILLER (2010), p. 387.

⁶⁸ MILLER (2010), pp. 387 y 389.

Ley de Monitoreo de Telecomunicaciones (1999), constituye una clara y ceñida aplicación de los sub-principios del test, sin embargo, la proporcionalidad en sentido estricto justifica la prevalencia del fin –la seguridad nacional– en el entendido que el TC estima que no se encuentra comprometido el contenido esencial del derecho fundamental a inviolabilidad de las comunicaciones. Esto da cuenta de dos aspectos que lo diferencian de la propuesta principialista.

El primero, que subyace una noción de los derechos fundamentales más afín a la idea de reglas que a la de principios. Si el TC hubiese observado el derecho como un principio, no habría tenido sentido pronunciarse sobre si la regulación estatal afectaba o no su contenido esencial. El segundo, que lo anterior da pie para pensar que se trata de un test cuyos márgenes de alcance lo identifican con la modalidad garantista antes que con la optimizadora, precisamente por el coto que admite al despliegue del test, más allá de que haya estimado que en este caso el contenido esencial no había sido afectado.

En fin, la ponderación impulsa el test pero el factor optimizador no gobierna todo su despliegue, pues éste queda acotado o derechamente frenado en situaciones como las ya expuestas, por lo que no es posible afirmar que dicho enfoque principialista sea un elemento central en la aplicación del test en los casos aludidos. En los casos siguientes, el resultado de la regulación será desproporcionado con prescindencia de todo balanceo, lo que explica en parte que tampoco el TC alemán acuda a la escala triádica de la ley de la ponderación.

3.3. Se emplea el test sin optimización o bien se acude a ésta sin observar todas las reglas del test

En sus primeros años, el TCA no acuñó la proporcionalidad en sentido estricto, aunque prefiguró sus elementos. En *Ley sobre Farmacias* (1958) se declaró inconstitucional la ley bávara que condicionaba la instalación de una farmacia a la autorización administrativa, para estimar si su apertura era necesaria para el bien común. El afectado por la negativa, acudió ante el TC. El funcionario pensó que una irrestricta libertad para abrir nuevas farmacias desataría una fuerte competencia que incentivaría a privilegiar la rentabilidad de la actividad antes que la seguridad en el cumplimiento de las normas relativas a la calidad de las prescripciones, el control de calidad de las medicinas y la capacitación del personal. Esto comprometería, además, la viabilidad económica de la actividad⁶⁹.

⁶⁹ BVerfGE 7, 377, pp. 413-415, en PETERSEN (2017), pp. 88-89.

Si bien el fallo invocó la necesidad de ponderar la libertad de ejercer una profesión con el resguardo del bien común, evitó fundar su argumento central en la ponderación y acudió a una combinación de las dos primeras reglas del TP: la racionalidad entre medios escogidos y fines perseguidos y, la adopción del medio menos lesivo. Respecto de lo primero, dijo que el fundamento para restringir la libertad de abrir una farmacia no era indispensable para asegurar los fines buscados por la norma⁷⁰. Sobre lo segundo, afirmó que la misma existencia del mercado de las farmacias solucionaba de un modo más benigno (para la libertad de ejercer una profesión), el problema que la normativa pretendía evitar: un crecimiento desmesurado de la actividad, toda vez que se requiere de una inversión y consecuencial riesgo que no todos están en condiciones de asumir⁷¹.

En *Reglamento de Oficios Artesanales* (1961), se afirmó que la exigencia de una certificación técnica para ejercer como artesano no sólo satisfacía el interés público, sino que dicha “*interferencia era tan mínima que difícilmente era reconocible como tal*”⁷². Al tratarse de conocimientos y destrezas que el ejercicio de un oficio presupone como propias de la naturaleza del trabajo, exigirle un mínimo de aquellas es la forma más suave y menos gravosa de restringir el libre ejercicio de un oficio al aspirante a ejercer una profesión⁷³. De este modo, la obtención de la certificación era factible para el promedio de los artesanos⁷⁴. En *Molino de Campo* (1961), tampoco tuvo lugar una lógica que pretendiera afirmar que la satisfacción del fin público buscado sobrepasaba a la afectación del derecho por el carácter leve de ésta.

Como se ha observado, a partir de *Lüth* (1958) y *Ley sobre Farmacias* (1958), el TC emplea la retórica de la ponderación –lo hemos visto ya en otros casos⁷⁵–, pero esto no significa que se comprometa con examinar los intereses y/o derechos fundamentales contrapuestos desde un enfoque estrictamente

⁷⁰ SCHLINK (2012), p. 295, al comentarlo, dice que fue clave la regla de necesidad: “el legislador podría y debería haber alcanzado sus fines mediante regulaciones sobre el almacenaje y venta de remedios”.

⁷¹ BVerfGE 7, 377, pp. 415-421, en PETERSEN (2017), p. 89. En pp. 415-416, el TC ilustra su argumento con el ejemplo de Suiza, país que sin restringir el acceso para abrir una farmacia, gozaba de un mercado donde dicha actividad funcionaba razonablemente bien.

⁷² BVerfGE 13, 97, en SCHWABE (2009), pp. 333-334.

⁷³ BVerfGE 13, 97, en SCHWABE (2009), p. 334.

⁷⁴ SUSNJAR (2010), p. 126.

⁷⁵ BVerfGE 11, 30, en SCHWABE (2009), p. 328: “entre más se restrinja la libertad para ejercer una profesión, mayores deben ser los requisitos para la perentoriedad de los intereses públicos que han llevado a la justificación de tales limitaciones”.

optimizador⁷⁶. Asimismo, la carga de la prueba en la ponderación suele estar de parte del interés público promovido por el acto gubernamental⁷⁷.

Interesante es detenerse en *Etiquetado de Tabaco* (1997), pues es uno de los casos que Alexy califica como “evidente” el correcto empleo de la proporcionalidad en sentido estricto⁷⁸. Varios fabricantes y distribuidores de tabaco recurren al TC solicitando la inconstitucionalidad de la norma que las obligó a estampar en los productos del tabaco mensajes como “fumar es peligroso para la salud”, “fumar provoca cáncer” o “provoca enfermedades cardiovasculares”. El TC descarta que se vulnere la libertad de expresión y el derecho de propiedad y admite que la normativa limita la libertad de empresa y ejercicio profesional, no obstante lo cual estima que no es desproporcionada.

Alexy señala que dado que “*la intensidad de la intervención es leve*” para las recurrentes “*y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve*”⁷⁹. Si bien el fallo puede ser visto como un ejemplo de ponderar grados de afectación con grados de satisfacción en el entendido que la menor interferencia en la libertad de profesión sería razonablemente compensada en vistas al relevante fin de reducir los riesgos a la salud derivados de fumar⁸⁰, pensamos que el caso también puede ser evaluado considerando lo siguiente.

Primero, es discutible que el caso sea un ejemplo tan claro de ponderación optimizadora. Segundo, aunque fuese un buen ejemplo de ello, creemos que es de todos modos defectuoso en cuanto al empleo del TP. Respecto de lo primero, creemos que el argumento central no orbitó en balancear la gravedad de la afectación al derecho con la relevancia del fin. El fallo se centró en evaluar si la intensidad de la intervención dejaba un grado significativo de libertad para que las empresas afectadas continuaran con su actividad económica⁸¹. Se preocupó de que se respetaran los límites de la razonabilidad al dejar subsistente tanto la propiedad como la libertad económica⁸².

⁷⁶ PETERSEN (2017), pp. 86-89.

⁷⁷ BVerfGE 13, 97, en SCHWABE (2009), p. 333 y Asesoría Jurídica (1976), BVerfGE 41, 378, en SCHWABE (2009), p. 326.

⁷⁸ ALEXY (2002b), p. 51.

⁷⁹ ALEXY (2002b), pp. 50-51.

⁸⁰ ALEXY (2002a), p. 402.

⁸¹ BVerfGE 95, 173, en SUSNJAR (2010), p. 128.

⁸² BVerfGE 95, 173, en SCHWABE (2009), pp. 349-350: “La intervención en el ejercicio de la profesión permite a la industria del tabaco ejercer posteriormente su actividad de comercialización y le brinda al consumidor simplemente un fundamento médico para al momento de tomar la decisión de comprar

Asimismo, el fallo justificó la interferencia no sólo en aras de la salud de los consumidores, sino también en pos de la información que requiere el mercado para que la oferta y la demanda operen adecuadamente⁸³. Si estas aproximaciones sobre el uso de la proporcionalidad en sentido estricto son correctas, pareciera que el alcance que el fallo da a la ponderación es más propio de la versión garantista –preocupada que la regulación no afecte contenidos medulares del derecho– que de la optimizadora. En efecto, para este enfoque no es necesario examinar si la regulación deja o no subsistente el derecho si el interés público buscado es de alta relevancia, como ocurre en el caso. Recordemos que para Alexy, un fin público puede desequilibrar la balanza hasta sacrificar todo el derecho confrontado si no hay otro medio menos lesivo para lograr el fin.

Esta lectura se aviene con la idea de que (sin estar en juego la dignidad, ciertos derechos básicos o su contenido esencial) una regulación es desproporcionada cuando es impeditiva del ejercicio de un derecho de carácter económico, aunque el fin regulatorio fuese de gran relevancia. Este enfoque de evaluar si la regulación amenaza la existencia misma del derecho afectado se observa en otros fallos, en libertad económica⁸⁴, y también, tratándose del derecho de propiedad, como veremos más adelante. Aún en el caso que se estimara que esta sentencia es un ejemplo de ponderación optimizadora, habría que reparar en que no es exactamente lo mismo, pues el razonamiento del TC “carece de las clases diferenciadas de interferencias”, y “solamente suele sopesar, pesos abstractos (*Wi*) o interferencias concretas (*Ji*) sin considerar el peso entre clases diferenciadas de interferencias”⁸⁵ como lo contempla la propuesta principialista.

Por último, tampoco el razonamiento ponderativo se extiende a todos los derechos invocados *prima facie*. El fallo descarta de plano que exista en grado alguno una lesión a la libertad de expresión, por lo que nada hay que ponderar allí. Pero la razón de que no haya nada que balancear se debe a la delimitación previa del TC, que excluyó apriorísticamente a la libertad de expresión de entrar al ruedo ponderativo⁸⁶.

el producto. El medio de restricción elegido (...) es una forma de actuar, que no afecta el intercambio de bienes mediante la oferta y la demanda”.

⁸³ BVerfGE 95, 173, en SCHWABE (2009), pp. 349-350.

⁸⁴ A modo ejemplar, BVerfGE 30, 292.

⁸⁵ SUSNJAR (2010), p. 123.

⁸⁶ GARCÍA AMADO (2009), pp. 279-280.

Respecto de la segunda observación, creemos que el empleo del test es defectuoso –incluso en el evento que se admita que es un buen caso de optimización– toda vez que pasó por alto observar la regla de necesidad. La crítica reside en el TC haya sostenido que la ley sorteó la regla de necesidad en circunstancias que ni siquiera se planteó la posibilidad de alternativas menos lesivas, o incluso sin limitación alguna, que permitían alcanzar con la misma eficacia el fin de proteger la salud de los consumidores. En efecto, sobre el subprincipio en cuestión dijo el TC:

“La advertencia es también necesaria. Una posibilidad de protección contra los peligros derivados del fumar que sea menos dañina ni ha sido presentada ni es imaginable”⁸⁷.

Con tal frase, el TC descartó que al gobierno le hubiere quedado otra vía menos dañina para los fabricantes para alcanzar, con igual celo, el fin de proteger la salud de los consumidores (y no consumidores) de tabaco. Se ha dicho que habrían medidas menos lesivas e igualmente eficaces, tales como elevar los impuestos a su consumo, llevar a cabo constantes y duras campañas de publicidad, e incluso prohibir la publicidad del tabaco⁸⁸. Lo que queremos subrayar es que para Alexy es procedente discernir la proporcionalidad en sentido estricto sólo una vez que el acto bajo examen haya sorteado las reglas precedentes del test. Con todo, podría decirse que en este caso el TC dio por cumplida la regla de necesidad sin mayor escrutinio y difícilmente podríamos decir que aquí era evidente que no había medidas alternativas que evaluar bajo dicha regla.

Los casos ya referidos develan indudablemente la presencia de una lógica ponderativa que habitualmente se encuentra revestida de un lenguaje optimizador, lo cual ha llevado a sostener a algunos que bajo la proporcionalidad en sentido estricto se aplica un criterio de comparación agregativo⁸⁹. Sin embargo, hemos observado que el test es concebido y aplicado por el TC de un modo que dista de acudir a las particularidades del examen de comparación de pesos e intensidades de afectación, propia de la ley de la ponderación propuesta por Alexy.

Tampoco se ha reparado en que el elemento distintivo de lo que el autor denomina la ley de la ponderación –ponderar las ventajas que se siguen para la comunidad con las desventajas asociadas a la restricción del derecho

⁸⁷ BVerfGE 95, 173, en GARCÍA AMADO (2009), p. 282.

⁸⁸ GARCÍA AMADO (2009), p. 283.

⁸⁹ MAURER (2006), pp. 250-251; HARTWIG (2010), p. 788: “verifica si la ventaja que la restricción ofrece sobrepasa la disminución del derecho en el cual interviene”, citando un fallo del TC.

fundamental– criterio indudablemente subrayado y promovido por Alexy y sus seguidores, no constituye un elemento original de su propuesta, pues ya era parte integrante de la doctrina sedimentada por el TC alemán como lo hemos podido apreciar en los casos expuestos y veremos en los que siguen. De hecho, la misma de ponderación proviene de autores, como Svarez, que formularon tal idea para el uso de la proporcionalidad en el primitivo derecho administrativo alemán⁹⁰.

Lo que queda como elemento singular y propio de la propuesta de Alexy –la ponderación de principios, el enfoque triádico de la ponderación, entre otras– está ausente en el entendido que la materia sobre la que opera la ponderación, los derechos fundamentales, no son observados como principios optimizables para el TC. Esto, sin perjuicio de que en otras ocasiones ni siquiera se acuda a la ponderación, se aplique como criterio de segundo orden, o se emplee un test cuyo alcance está previamente delimitado por la dignidad, el contenido esencial o aspectos inviolables de ciertos derechos básicos. Esto devela que el test, cuando tiene lugar, es un TP significativamente distinto al promovido por el autor alemán.

Otro ámbito donde el TC rehúsa acudir a cualquier forma de optimización es en casos de defensa del medio ambiente⁹¹. Un caso que lo ilustra bien es *Ruido de tráfico aéreo* (1983) en que se examinó la Ley de Tráfico Aéreo. Se esgrimió que la norma era inconstitucional al no contemplar suficientes resguardos contra el ruido derivado del tráfico aéreo. El fallo sostuvo que el rechazo de la inconstitucionalidad “no significa que los resultados en el ámbito de la reducción del ruido sean satisfactorios (...). El resultado más bien se basa en el hecho que el Tribunal (...) sólo puede intervenir si el legislador ha violado de manera evidente sus obligaciones”⁹².

Luego, en *Almacenamiento de armas químicas* (1987), nuevamente el TC aplicó este estándar de infracción evidente, según el cual, para impetrar la inconstitucionalidad de una norma legal que afecta derechos que imponen deberes positivos –como el derecho a la vida, integridad física y protección del medio ambiente– “el recurrente debe explicar concluyentemente que el poder público, o bien no ha tomado las respectivas medidas, o que las medidas y reglamentos adoptados son en forma evidente inadecuados o completamente insuficientes

⁹⁰ SVAREZ (1791), p. 393, en BERNAL (2003), pp. 40-41, donde se afirma que en el siglo XVIII Svarez decía: “los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”.

⁹¹ SUSNJAR (2010), p. 141.

⁹² BVerfGE 56, 54, p. 80, en SUSNJAR (2010), p. 141.

*para alcanzar el fin que se persigue*⁹³. La explicación de rehusar la ponderación optimizadora en este ámbito puede deberse a que desde inicios de la década de los ochenta, la defensa del medio ambiente se ha hecho invocando el derecho a la integridad física⁹⁴, particularmente luego de que el TC hizo suya la idea de que este derecho pone al Estado *“bajo el deber de promover y proteger, por medio de la legislación positiva o afirmativa, los valores de la vida y de la integridad física”*⁹⁵.

Esto muestra que en el ámbito de los deberes positivos del Estado, derivados del cumplimiento de derechos fundamentales, el legislador tampoco está obligado a contemplar las mejores medidas (las óptimas) para evitar efectos lesivos. Basta con que las medidas promuevan de algún modo el fin buscado⁹⁶.

3.4. Hay desproporción cuando la regulación impide u obstaculiza severamente el ejercicio del derecho de propiedad

La lógica de evaluar cuánto sacrificio padecido por un derecho puede verse compensado por la ventaja que se obtiene en la satisfacción del fin público (o de otro derecho), se ha visto a veces superada por un enfoque que busca equilibrar el medio previsto por la norma y el fin buscado, sin que éste justifique sacrificar la esencia del derecho legítimamente interferido. Ello es visible en *Pequeñas huertas* (1979), donde se cuestionó la ley que contemplaba estrictas exigencias para dar término anticipado y unilateral al contrato de arrendamiento de una huerta. Tales restricciones buscaban estimular el cultivo de pequeños huertos que pudieran *“servir de sustento de alimentación en tiempos de emergencia social”*⁹⁷.

El fin legítimo ya no era tan actual, pues al momento del fallo tales huertos no eran más que fuentes de recreación, un objetivo bastante menos desequilibrante que el concebido originalmente⁹⁸. Seguir manteniendo tales exigencias del contrato –sujetar su término anticipado y unilateral a la autorización administrativa– *“conlleva una carga exagerada para el arrendador”*, toda vez que las restricciones resultaban, en los hechos, equivalentes a una prohibición de

⁹³ BVerfGE 77, 170, en SCHWABE (2009), p. 148.

⁹⁴ KOMMERS y MILLER (2012), p. 419

⁹⁵ KUNIG (1983), p. 329.

⁹⁶ SUSNJAR (2010), p. 141.

⁹⁷ ALEXANDER (1996), p. 136.

⁹⁸ ALEXANDER (1996), p. 136

vender, lo que a juicio del TC, afectaba la sustancia del derecho de propiedad aunque formalmente no se haya establecido en la ley⁹⁹.

Una aproximación del fallo es estimar inconstitucional la ley debido a que la magnitud de la restricción en la facultad del dueño es excesiva en relación al fin descontextualizado. Otro enfoque se centra en señalar que la norma es desproporcionada por comprometer la sustancia del derecho. Creemos que esta última consideración es la que predomina al señalar que si bien hay *“reglas que en tiempo de crisis o de guerra puedan estar justificadas, pueden experimentar otra apreciación constitucional en un contexto social o económico diferente. En todo caso, se exige, sin embargo, conservar la sustancia de la propiedad”*¹⁰⁰.

Bajo esta perspectiva cobra sentido que no se *“justifica, por consiguiente, una restricción exagerada de los derechos de los particulares con fundamento en el interés social”*¹⁰¹. Sobre la proporcionalidad, dice que *“el bien común no solo es el fundamento, sino también el límite para las restricciones que se le imponen al propietario”*, por lo que las *“restricciones al derecho de propiedad no pueden ir más allá de alcanzar la finalidad a la que sirve la reglamentación”*¹⁰². Estas consideraciones enfatizan que el interés público no autoriza ir más allá de cierto límite en la interferencia del derecho sujeto a regulación, en este caso, la sustancia de la propiedad identificada como su facultad de disposición, idea que se asemeja más bien con la versión garantista del TP.

En *Protección de Monumentos* (1999), se discute la ley de protección del patrimonio cultural que prohibía la modificación o alteración de bienes de interés cultural, salvo en aquellos casos que fuera necesario autorizarlo por motivos de bien común. A pesar que la norma previó la indemnización de los que resultaren privados de usos consolidados o sacrificados de modo singular, el supuesto de hecho configurado para la autorización no dejaba ningún margen para que las autoridades pudieran tomar en consideración los intereses del propietario afectado por las limitaciones y cargas impuestas por la ley¹⁰³.

El TC concluye que es inconstitucional, pues *“no excluye la posibilidad de gravar en forma desproporcionada al propietario, y no contempla ningún tipo de disposición con el objeto de evitar esta clase de intervenciones en la*

⁹⁹ BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009), pp. 412-413.

¹⁰⁰ BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009), p. 412.

¹⁰¹ BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009), p. 413.

¹⁰² BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009), p. 412.

¹⁰³ SANTAELLA (2010), p. 467.

*propiedad*¹⁰⁴. Prosigue con similar énfasis al observado en el caso precedente: el *“bienestar de la comunidad no es sólo el fundamento, sino también el límite para las cargas que se le imponen a la propiedad. Las restricciones a los derechos del propietario no pueden ir más allá de alcanzar la protección, a la que sirve la regla. El núcleo de la garantía de la propiedad no puede quedar socavado. Dentro de éste se encuentran la utilidad privada, así como la adscripción del objeto de la propiedad a un portador de derechos, que fundamenta la iniciativa privada para el uso, como también el derecho fundamental de disponer del bien objeto de la propiedad”*¹⁰⁵.

No obstante concordar el fallo en que la ley buscaba un fin lícito y que los Medios previstos eran adecuados y necesarios para alcanzarlo, estimó que era desproporcionado, pues *“cuando el propietario de un monumento no puede hacer uso de él, y en la práctica tampoco lo puede vender, se restringe por completo toda posibilidad de una utilidad privada”*. Agrega que la *“situación jurídica del afectado se asemeja a una situación en la que la palabra ‘propiedad’ ya no sirve para nada. La denegación de una autorización para demoler deja de ser razonable”*¹⁰⁶. De este modo, la desproporción se configura por el impacto que la regulación produce en la propiedad, concretamente, *“el hecho que no subsistía ninguna posibilidad significativa para usar el edificio”*¹⁰⁷.

En los casos vistos, el carácter desproporcionado de la norma no es resultado de un balanceo optimizador en el cual la ventaja que la restricción ofrece a la sociedad no alcanza a sobrepasar la disminución del derecho, sino más bien por el impacto fáctico que la regulación produce, en el primer caso, al *“afectar la sustancia de la propiedad, garantizada”*¹⁰⁸ y, en el segundo, al dejar al titular del derecho en una situación equivalente a aquella *“en la que la palabra ‘propiedad’ ya no sirve para nada”*, al reducir significativamente la posibilidad de aprovechamiento del inmueble en cuanto a su uso y disposición. En estos casos, la proporcionalidad en sentido estricto dista de la versión optimizadora y se asemeja más a aquella que la concibe como una exigencia

¹⁰⁴ BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009), pp. 435 y 437.

¹⁰⁵ BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009), p. 434.

¹⁰⁶ BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009), p. 435.

¹⁰⁷ ALEXANDER (2006), p. 120.

¹⁰⁸ BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009), p. 413.

que busca que la regulación no sea excesiva (*unzumutbar*) en relación a los beneficios que se pretenden alcanzar según los propósitos de la restricción¹⁰⁹.

En *Extracción de arena y grava* (1981), el TC entiende que la carga impuesta al derecho de propiedad no es desproporcionada al dejarlo subsistente. El requirente había pedido renovar la concesión de que gozaba para continuar extrayendo áridos. La denegación de la autoridad administrativa se fundó en que la distancia entre la excavación y los pozos subterráneos de la empresa de distribución de aguas era tan cercana (120 m.), que la contaminación derivada de la extracción podría alcanzar los acuíferos y poner en riesgo el suministro público de agua. El requirente alegó ante el TC que la denegación del permiso era una expropiación no compensada a su derecho de propiedad sobre el uso de las aguas subterráneas ubicadas en su terreno. La Corte Federal ya había fallado a su favor, estimando que la no renovación de la concesión violaba su derecho para acceder a las aguas subterráneas en su terreno por lo que la norma recurrida de la Ley de Recursos Hídricos era inconstitucional¹¹⁰.

Para el TC, en cambio, la denegación no era un acto expropiatorio, pues según la Ley de Recursos Hídricos *“el propietario no tiene ningún derecho, en el marco del uso de la propiedad a hacer uso de las aguas freáticas”* por lo que la aplicación de esta ley no podía eliminar un derecho del que se carece¹¹¹. Esta norma de la Ley de Recursos Hídricos *“actualiza sencillamente una reglamentación adoptada por el legislador, en el sentido del art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental; ella hace públicas las limitaciones que se le imponen al propietario para el ejercicio de su derecho de propiedad [...]”*¹¹². Concluye que la norma impugnada determina *“en forma admisible el contenido y los límites del derecho de propiedad”*, contenido configurado por el reconocimiento del mismo derecho como por su función social. Añade que la regulación no priva a la propiedad de *“las características de la utilidad privada y del derecho de disposición (...) por el hecho de que el propietario únicamente pueda hacer uso de las aguas freáticas cuando medie una aprobación administrativa”*.

¹⁰⁹ ALEXANDER (2006), p. 134; BLAAUW-WOLF (1999), p. 194; MOSTERT (2002), p. 296: donde señala que en la propiedad, el TC “implementa la prohibición contra el exceso regulatorio (Übermaßverbot) dando al mismo tiempo amplio margen al legislador para regular la propiedad a fin de definir y aplicar la responsabilidad social del propietario”.

¹¹⁰ ALEXANDER (2006), p. 140; SCHWABE (2009), pp. 418-419. Para el art. 905 del Código Civil Federal, la propiedad sobre inmuebles se extiende a las aguas subterráneas, pues forman parte del subsuelo.

¹¹¹ BVerfGE 58, 300, en SCHWABE (2009), pp. 423-424.

¹¹² BVerfGE 58, 300, en SCHWABE (2009), p. 424.

En cuanto a la función social, dice el TC que la propiedad no es vulnerada cuando *“los bienes vitales para la comunidad sean sometidos a un régimen de derecho público en vez de uno privado, con el objeto de asegurar los intereses prevalentes de la comunidad y defenderlos de los peligros”*. Descarta privilegiar un enfoque económico de la propiedad sobre el agua al señalar que *“de la garantía constitucional de la propiedad no se puede derivar un derecho a que se le conceda aquellas posibilidades de uso, que le prometan al propietario las mayores ventajas posibles”*¹¹³. La regla de idoneidad (e implícitamente la licitud del fin) se observa al expresar que *“los Medios escogidos eran necesarios para obtener el objetivo regulativo”*, pero el criterio prevalente del fallo es enfatizar que el fin regulatorio se logró sin que el propietario *“soporte una porción desproporcionada de la carga necesaria para lograr los beneficios”* pretendidos¹¹⁴.

En fin, el TC acude a discernir si el derecho de propiedad, su contenido y alcance, ha sido o no regulado desproporcionadamente por el acto estatal, entendiendo que hay un exceso cuando, a pesar de la relevancia del fin, el derecho ha sido intervenido en su esencia. También ha exigido que toda medida que afecte la propiedad sea compatible con la exigencia constitucional que prohíbe la arbitrariedad, lo cual se ha advertido en aquellos casos donde se ha estimado que el acto estatal no es consistente con los fines de la legislación¹¹⁵. Asimismo, en las regulaciones que invocan la función social, el foco está en examinar si las restricciones estorban desmesuradamente o impiden el ejercicio de un derecho que conlleva responsabilidades para con la comunidad. Alexander, también lo señala diciendo que es el alcance del contenido del derecho de propiedad –no la ponderación entre satisfacción y afectación– lo que permite en ocasiones determinar si el acto gubernamental es excesivo por haber vulnerado el derecho en juego¹¹⁶.

3.5. Ausencia de la proporcionalidad optimizadora en casos sobre libertad de expresión

Veremos ocasiones en que el TP no ha tenido alguna incidencia relevante, o ninguna en absoluto, pudiendo haberla tenido según el predicamento

¹¹³ BVerfGE 58, 300, en SCHWABE (2009), p. 425 (por todas). Añade: “El derecho de uso de la propiedad se refiere ante todo a la superficie de la propiedad, mientras que la legitimación para apropiarse de los materiales contenidos en el suelo, se encuentra sometido a amplias restricciones”.

¹¹⁴ ALEXANDER (2006), p. 143.

¹¹⁵ DOLZER (1976), p. 28.

¹¹⁶ ALEXANDER (1996), p. 134.

principalista¹¹⁷. En algunos, no ha habido ponderación pues el asunto se ha zanjado fundamentalmente según la delimitación o subsunción, esto es, conforme al alcance del contenido del derecho y su grado de afectación, sin mayor incidencia de una ponderación optimizadora.

El caso *Lüth* (1958) es relevante por varios de los motivos ya señalados. No por ello, la ponderación empleada es de cuño optimizador. El señor *Lüth* fue condenado por un tribunal federal a indemnizar el daño emanado de su campaña para boicotear las películas dirigidas por un director de cine nazi. La corte dijo que las expresiones de *Lüth* habían infligido un daño contrario al orden público de conformidad al artículo 826 del Código Civil¹¹⁸. El TC estimó que el fallo recurrido debió haber comprobado si la norma legal podía aplicarse sin considerarla libertad de opinión, la cual, como expresión directa de la personalidad humana en sociedad, es uno de los derechos básicos en una sociedad democrática al permitir “la continua exposición de desacuerdos, la lucha de opiniones, (...). Es, en cierto sentido, el fundamento de toda libertad”¹¹⁹.

Junto con afirmar que la Constitución contiene “un orden objetivo de valores”, manifestados en los derechos fundamentales, “que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad”, el caso *Lüth* sostiene que en la interpretación de un derecho fundamental hay que considerar los valores jurídicos protegidos por las leyes generales, como también, en la revisión del efecto limitador de las leyes generales sobre los derechos, hay que considerar el contenido axiológico del derecho en cuestión, como es el caso de la libertad de opinión¹²⁰.

Creemos que afirmar que los derechos fundamentales son portadores de principios y valores y que ellos deben ser ponderados entre sí teniendo como telón de fondo la realización de un orden axiológico, no es lo mismo que decir que los derechos son ponderables en tanto principios optimizables. Los valores aquí en juego –honra, libertad de opinión– son ciertamente observados como susceptibles de ponderación, pero de una que reconoce en la dignidad humana un núcleo inaccesible a la incursión ponderativa. Así las cosas, si bien es posible concordar con Alexy en que este caso permite ilustrar el empleo de la

¹¹⁷ ALEXY (2003a), pp. 437-438, invoca el caso *Titanic* (que veremos enseguida) como buen ejemplo de aplicación por el TC de la proporcionalidad en sentido estricto, según el enfoque principalista.

¹¹⁸ BVerfGE 7, 198, en SCHWABE (2009), pp. 202-207 y, asimismo, en DORSEN y otros (2003), pp. 824-829.

¹¹⁹ BVerfGE 7, 198 (208), en CRUZ (2009), p. 19.

¹²⁰ BVerfGE 7, 198 (205-208), en CRUZ (2009), pp. 18-20.

ponderación en contraposición a la subsunción¹²¹, se trata de una ponderación distinta en cuanto no opera sobre principios del todo optimizables.

En *Semanario Blinkfuer* (1968) se decidió que el acto examinado ni siquiera cabía dentro del contenido de la libertad de expresión¹²², por lo que no era necesario emplear ponderación alguna¹²³, mientras que en *Asesinato de Soldados de Lebach* (1973), no obstante afirmarse la general prevalencia de la libertad de informar por sobre los derechos de la personalidad, se concluyó que para ejercer tal libertad “no era necesario identificar al delincuente”¹²⁴, pues ello supondría sobrepasar el núcleo de la intimidad¹²⁵.

Sin perjuicio de la habitual referencia a la ponderación, su alcance es restringido también por la dignidad humana: “la pérdida de la ‘personalidad’ (...) no debe ser desproporcionada respecto de la importancia de la publicación para una comunicación libre”¹²⁶ y “debe encontrarse un equilibrio entre ambos valores constitucionales; si esto no se puede lograr, se deberá decidir, atendiendo a las características típicas y a las especiales circunstancias del caso en particular, qué intereses deben prevalecer”, debiendo analizarse “ambos valores constitucionales en su relación con la dignidad humana, como centro del sistema de valores de la Constitución”¹²⁷.

Interesante es subrayar el caso *Titanic* (1992), pues el mismo Alexy lo muestra como un ejemplo de aplicación de la ponderación que promueve. El caso es el siguiente: la revista satírica *Titanic* publicó una lista de personas a quienes les atribuyó ciertos rasgos. A uno de ellos, un oficial de reserva, que era parapléjico, lo calificó como “asesino nato” (la traducción podría ser “nacido para matar”¹²⁸). Luego de un intercambio epistolar entre el afectado y la revista, en una edición posterior, ésta afirmó que era un “tullido”. El ex oficial recurrió a la justicia ordinaria que condenó a la revista a resarcir los

¹²¹ ALEXY (2009), p. 6.

¹²² BVerfGE 25, 256, en SCHWABE (2009), pp. 210 y ss.

¹²³ SUSNJAR (2010), p. 136.

¹²⁴ BVerfGE 35, 202, pp. 231-232, en SUSNJAR (2010), p. 137.

¹²⁵ BVerfGE 35, 202, en SCHWABE (2009), p. 251: “Tratándose de reportajes sobre delitos graves de actualidad, el interés del público por la información adquiere prevalencia en general respecto de la protección de la personalidad del delincuente. Sin embargo, además de considerar la *inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida*, se debe respetar el principio de proporcionalidad; de ahí que no siempre sea admisible el nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente”.

¹²⁶ BVerfGE 35, 202, pp. 225-226, en SUSNJAR (2010), p. 136.

¹²⁷ BVerfGE 35, 202, en SCHWABE (2009), pp. 253-254.

¹²⁸ Si bien la oración *geb mörder* es literalmente “asesino nato”, éste podría ser reconducida perfectamente a “nacido para matar”, más empleada en nuestro medio.

daños causados por proferir ambos calificativos. Contra esta sentencia, la revista acudió al TC, que afirmó la constitucionalidad de la condena civil por la expresión “tullido”; pero no por “asesino nato”.

Según Alexy, se comparó recíprocamente el peso de las interferencias, determinando que la obligación de indemnizar constituía una severa interferencia a la libertad de opinión de la revista, mientras que la expresión “asesino nato” producía sólo un impacto moderado o leve en el derecho a la personalidad/honra del afectado. De ahí que la balanza debía inclinarse a favor de la libertad de opinión. En cambio, la expresión “tullido” producía una grave vulneración al derecho a la personalidad del ex oficial, por lo que su intensidad era suficiente para justificar la afectación a la libertad de opinión¹²⁹.

Si bien el fallo puede ser explicado en los términos expuestos por Alexy, ello no necesariamente coincide con el modo en que el TC adoptó su decisión. En ninguna parte el fallo discierne en qué sentido las expresiones proferidas constituyen un insulto leve, moderado o severo, lo cual es relevante para efectos de considerar el peso de lo que está en juego. Lo que el TC hace, en cambio, es determinar si la expresión “asesino” puede ser parte integrante del contenido de un debate público (y por esta vía ser parte del contenido de la libertad de opinión). Por ello, discernió si la expresión proferida era o no una manifestación de crítica abusiva, la cual no está resguardada por la libertad de opinión de acuerdo con su jurisprudencia. Al estimar que no era una especie de crítica abusiva, concluyó que tal expresión estaba cubierta por la libertad de opinión, pero en caso alguno vinculó el grado de severidad del discurso con su carácter abusivo. Lo que queda dentro y fuera del derecho es determinado subsumiendo el alcance de la expresión dentro del contenido del derecho a la libertad de opinión.

Por lo demás, para el TC, el carácter abusivo de la crítica se justifica por el propósito de insultar al afectado antes que de contribuir a un debate sobre asuntos de interés público¹³⁰. El fundamento para no brindar sustento constitucional a la expresión “tullido” no fue su severidad sino su contexto¹³¹, pues las expresiones más virulentas son constitucionales si se entiende que contribuyen a un debate sustantivo. En fin, no sopesó los grados de afectación de las

¹²⁹ ALEXY (2003a), pp. 437-438.

¹³⁰ SUSNJAR (2010), p. 139 y la jurisprudencia allí citada: BVerfGE 86, 1, p. 10; BVerfGE 90, 241, pp. 248-249; BVerfGE 93, 266, p. 294; BVerfG NJW 2001, pp. 3613-3614.

¹³¹ La expresión “tullido” fue proferida en respuesta a un intercambio epistolar, escrito en un lenguaje sobrio, de carácter privado entre el afectado y la revista, por lo que el TC estimó que no había justificación para responder de tal modo.

expresiones, sino que verificó si servían a un debate público y si se justificaban como respuesta a expresiones proferidas por el destinatario¹³².

En *Carolina de Mónaco* (1999), varias revistas publicaron fotografías de la Princesa en momentos de su vida cotidiana personal y familiar. Su marido demandó a dichos medios por vulneración a la intimidad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. El TC estimó que la *“protección de la esfera privada frente a las fotografías retrocede a un segundo plano, en la medida en que la misma persona se muestre de acuerdo en que se hagan públicos determinados asuntos que habitualmente son considerados como pertenecientes a la esfera privada”*, por lo que en estricto sentido no hay colisión de derechos. Sobre el *“derecho de la personalidad de los padres, o de uno de los padres”*, dijo que su contenido *“se ve fortalecido (...) en tanto que se trata de la exhibición o de la publicación de fotografías que tienen por objeto específico la dedicación de los padres hacia los hijos”*¹³³, aspecto no mostrado en las publicaciones.

Concluye que *“la libertad de prensa comprende también publicaciones e informes de esparcimiento, así como sus ilustraciones. Esto es válido también para la publicación de imágenes que muestran a personas de la vida pública en situaciones cotidianas o en el ámbito privado”*¹³⁴. Así, la prevalencia de la libertad de información por sobre los restantes derechos invocados por la Princesa, se justifica en el alcance del contenido de la libertad de informar, según los hechos del caso, sin acudir al test.

En *Benetton* (2000), el TC se pronuncia sobre dos fallos del Tribunal Federal Supremo que prohibió difundir tres afiches publicitarios de dicha empresa textil. La justicia ordinaria invocó la Ley de Competencia Desleal, que *prohíbe aquellas conductas publicitarias que despiertan la compasión hacia el sufrimiento grave, suscitada y explotada con fines comerciales o publicitarios*¹³⁵. La revista que publicó los anuncios acudió ante el TC esgrimiendo la existencia de *“un severo menoscabo de la libertad de opinión”*. La sentencia dijo que uno de los fallos recurridos no *“aportan indicios para justificar”* restricciones a tal libertad, fundado en *“exigencias del bien común de cierta importancia o de la protección de derechos e intereses legítimos de terceros”*¹³⁶.

¹³² SUSNJAR (2010), p. 140.

¹³³ BVerfGE 101, 361, en SCHWABE (2009), p. 72.

¹³⁴ BVerfGE 101, 361, en SCHWABE (2009), p. 72.

¹³⁵ BVerfGE 102, 347, en SCHWABE (2009), pp. 236-237.

¹³⁶ BVerfGE 102, 347, en SCHWABE (2009), pp. 236 y 238.

Concluye que el fallo recurrido interpretó la norma de la Ley de Competencia Desleal “en un sentido que no resiste un examen a la luz de la libertad de opinión” respecto de dos de los afiches (uno muestra un pato impregnado en petróleo y el otro, el trabajo forzado infantil). Respecto del afiche que muestra parte de un trasero con el signo del Sida, dijo que la sentencia de fondo “ignoró la posibilidad (...) de que con los anuncios se buscara llamar la atención del público en forma crítica hacia una discriminación y segregación (...) de los enfermos de sida”. Añade que en “esta interpretación no hay lesión a la dignidad humana de los enfermos de sida”¹³⁷.

Las controversias expuestas entre libertad de expresión y los derechos de la personalidad muestran que el uso del test (y mucho menos la versión optimizadora) es inexistente o poco relevante, no obstante la general invocación del TC a acudir al mismo. De hecho, el TC ha formulado ciertas reglas cuya aplicación desplaza al test¹³⁸ o condiciona su despliegue a respetar el contenido inviolable del derecho afectado. El discernimiento sobre el alcance y contexto de este derecho fundamental es crucial para decidir cómo debe ser afrontado con alguno de los derechos de la personalidad. Los criterios pueden ser descritos del siguiente modo.

Primero, no obstante el principio dice que debe ponderarse “la intensidad de la intervención en la esfera de la personalidad (...) frente al interés público por la información”, si la expresión proferida contribuye al intercambio de opiniones sobre asuntos de interés público, como son los “reportajes sobre delitos graves de actualidad”, el interés público por la información “adquiere prevalencia general respecto de la protección de la personalidad del delincuente”, salvando siempre “la inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida”¹³⁹.

En segundo lugar, el TC asume que el derecho fundamental a la honra “puede ser violado principalmente a través de la expresión de opiniones”, razón por la cual la Constitución lo reconoce como un motivo que justifica la imposición de límites a la libertad de opinión¹⁴⁰. Un ejemplo de delimitación de contenido se observa cuando el discurso conlleva “expresiones denigrantes, que se representan como un agravio formal o injuria”, en cuyo caso “la libertad de opinión debe ceder frente a la protección de la honra”¹⁴¹. Son casos en

¹³⁷ BVerfGE 102, 347, en SCHWABE (2009), p. 240.

¹³⁸ SUSNJAR (2010), p. 137.

¹³⁹ BVerfGE 35, 202, en SCHWABE (2009), p. 251.

¹⁴⁰ BVerfGE 93, 266, en SCHWABE (2009), pp. 220-221.

¹⁴¹ BVerfGE 93, 266, en SCHWABE (2009), p. 223.

que la ponderación se acerca más a una subsunción que a una aplicación del test, y mucho menos del optimizador. El TC desplaza la libertad de opinión al representarse que una determinada expresión se sitúa fuera del contenido de la libertad de expresión o bajo un ejercicio abusivo¹⁴². O no hay ponderación o bien ésta debe cesar.

En tercer término, el TC ha dicho que *“la crítica abusiva no se encuentra protegida por la jurisprudencia de este tribunal, aunque otras expresiones, incluso virulentas, estén resguardadas”* por la libertad de opinión¹⁴³. Precisa que *“la crítica es abusiva cuando está directamente destinada a insultar al afectado en vez de contribuir a un debate sustantivo sobre asuntos de interés público”*¹⁴⁴. Un criterio adicional consisten en que si la información es falsa, o siendo verdadera persigue estigmatizar a la parte afectada, no contribuye al discurso público, por lo que no es parte del contenido protegido. La información verdadera, aunque desventajosa para el afectado, es parte del derecho tutelado en tal caso¹⁴⁵.

Algunos autores también han identificado ciertas reglas, combinando aspectos de la ponderación y de la subsunción, que podrían aplicarse a casos como *Titanic* (1992), cuyo primer paso consiste en delimitar *a priori* qué conductas configuran el discurso del enunciado del derecho en cuestión que ayuden a formular reglas que resuelvan la mayoría de los casos que corresponden al universo discursivo del derecho fundamental examinado¹⁴⁶. El balanceo principialista parece no jugar un rol decisivo en los ejemplos vistos. El TC acude a aplicar algunas reglas, las que se avienen más bien con una labor de subsunción, pues dicen relación con discernir si ciertas manifestaciones de la opinión o información, en un contexto dado, se sitúan fuera o dentro del ejercicio legítimo de los derechos involucrados. Esto, sin perjuicio que en ocasiones el despliegue de la ponderación se detenga al identificar aspectos inviolables de los derechos implicados.

¹⁴² BVerfGE 93, 266, en SCHWABE (2009), p. 223: “Debido al efecto que tiene, al grado de desplazarla libertad de opinión, el Tribunal Constitucional Federal ha definido estrechamente el concepto de la crítica injuriosa”.

¹⁴³ BVerfGE 90, 241, pp. 248-249; BVerfGE 93, 266, pp. 292-295, en SUSNJAR (2010), p. 139.

¹⁴⁴ BVerfGE 86, 1, p. 10, en SUSNJAR (2010), p. 139; BVerfGE 93, 266, en SCHWABE (2009), p. 10.

¹⁴⁵ BVerfGE 99, p. 185, en SCHWABE (2009), p. 65; BVerfGE 102, p. 347, en SCHWABE (2009), p. 239.

¹⁴⁶ MORESO (2012), pp. 31-46, establece reglas semejantes a las formuladas por el TC, por ejemplo, que “las noticias de interés público que superen el test de la malicia y no contengan insultos se encuentra permitido”.

3.6. Delimitación y concordancia práctica en casos sobre libertad artística y religiosa

Con la excepción de *Mefisto* (1971), que es sobre libertad artística, los siguientes casos involucran la libertad religiosa. Son análogos a los anteriores en cuanto el TC acude, fundamentalmente, a la delimitación, aunque también al principio de concordancia práctica, en ambos casos sin acudir a la ponderación de pesos e intensidades de afectación, aunque haya habido en alguno de ellos ponderación (no optimizadora) entre la libertad religiosa en su faz negativa y la misma en su faz positiva¹⁴⁷.

La ausencia del test es en buen grado deliberado, pues al estar en juego un derecho que no reconoce limitaciones explícitas, como la libertad religiosa en la Ley Fundamental de Bonn, el TC ha entendido que las restricciones a tales derechos no pueden provenir de un acto estatal (hipótesis que justifica el test) sino de otros derechos. Surge la *concordancia práctica* como criterio para que no se dé preferencia absoluta a una de las posiciones legales en juego (al punto que ninguno de ellos sea interpretado a expensas del otro), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las posiciones¹⁴⁸.

En *Mefisto* (1971), el TC confirmó el fallo de un tribunal inferior en el sentido que publicar una novela que deshonraba la memoria de una persona difunta no se funda en la libertad artística, puesto que ésta tiene su límite en la dignidad del difunto¹⁴⁹, aunque con el tiempo disminuya tanto la memoria del fallecido como la protección a su dignidad. Si bien puede decirse que hay una ponderación en el entendido que la libertad artística cede a favor de la dignidad humana¹⁵⁰, no es optimizadora por cuanto identificado que sea el valor de la dignidad humana en el derecho a la honra, estamos frente a un aspecto irreductible frente al despliegue de la libertad artística. El TC concluyó que, no era necesario acudir al TP, pues el caso era un conflicto entre particulares antes que una injerencia estatal en un derecho fundamental¹⁵¹. *Esra* (2007) es visto como una réplica doctrinaria del recién referido en cuanto reconoce a la dignidad humana y a los aspectos de ésta, contenido en los derechos de la personalidad, como fronteras absolutas frente a la libertad artística, por lo que no vale la pena abundar más sobre el caso¹⁵².

¹⁴⁷ PETERSEN (2017), p. 178.

¹⁴⁸ SCHWABE (2009), p. 180; KOMMERS y MILLER (2012), pp. 67-68.

¹⁴⁹ BVerfGE 30, 173, en KOMMERS y MILLER (2012), pp. 358-360.

¹⁵⁰ BUITELAAR (2012), p. 183.

¹⁵¹ BVerfGE 30, 173, en KOMMERS y MILLER (2012), p. 361.

¹⁵² BVerfGE 119, 1, en KOMMERS y MILLER (2012), p. 361.

En *Crucifijo* (1995), se controló la constitucionalidad de un reglamento que ordenaba poner un crucifijo en cada sala de clases de colegios públicos de Baviera. El requirente (musulmán) sostuvo que el crucifijo constituía un factor perturbador para aquellos que no profesan la fe cristiana. El TC asume que en la especie ocurre una contraposición entre la libertad religiosa negativa del requirente, la libertad religiosa positiva de gran parte de la sociedad y el deber del Estado de establecer los objetivos educacionales y los planes de estudio. Afirma que al darse un *“conflicto entre diferentes portadores de un derecho fundamental, garantizado sin reserva, así como entre ese derecho y otros bienes protegidos constitucionalmente, se soluciona de conformidad con el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las posiciones legales en conflicto (maximizándola a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las posiciones”*¹⁵³.

El fallo acude a la ponderación al sostener que el despliegue del crucifijo afectó sólo marginalmente la faz positiva de la libertad religiosa, mientras al mismo tiempo interfería en el núcleo de la libertad religiosa negativa de los no cristianos, en el entendido que el crucifijo simbolizaba el núcleo del Cristianismo¹⁵⁴. Con todo, la ponderación no se resuelve al modo principialista: la afectación del derecho de los requirentes pesa más que la afectación del derecho de los cristianos porque aquella sea leve en comparación con la que es grave, sino que ésta es grave porque, a juicio del TC, se lesiona un aspecto medular de la libertad religiosa de los no cristianos. La ponderación se detiene por la delimitación, esto es, por entender que un aspecto nuclear de un derecho está en juego.

En *Velo islámico* (2003), el Ministerio de Educación negó a una profesora de educación básica la solicitud de readmisión para dar clases. El ente público esgrimió la falta de idoneidad para el cargo, dada la intención expresa de la profesora de portar el velo islámico en clases. El TC dijo que, la negativa del ministerio desconoció su derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, cuyo ejercicio *“es independiente de las convicciones religiosas (...) y ninguna persona puede sufrir perjuicios por su pertenencia o falta de pertenencia a una determinada confesión (...)”*¹⁵⁵. El fallo sostuvo también que tal medida lesionó la libertad religiosa de la recurrente en aquella faz

¹⁵³ BVerfGE 93, 1, en SCHWABE (2009), p. 180.

¹⁵⁴ BVerfGE 93, 1, 24, en PETERSEN (2017), p. 178.

¹⁵⁵ BVerfGE 108, 282, en SCHWABE (2009), p. 196.

que garantiza “orientar toda su conducta según las enseñanzas de su religión, así como actuar de acuerdo con sus convicciones religiosas íntimas”¹⁵⁶.

En *Domingo de Adviento* (2009), se examinó una modificación legislativa de Berlín, que permitía abrir el comercio únicamente durante los cuatro domingos de Adviento. Los protestantes como los católicos acudieron al TC por este cambio de estatus. Luego de señalar que los bienes públicos contrapuestos eran, por una parte, la protección de las fiestas religiosas y del Domingo y, por otra, el interés de la autoridad en permitir que el comercio funcionara en las fechas previas a Navidad, a fin de estimular el comercio y ampliar la libertad de los consumidores para comprar en tales fechas, la sentencia afirmó que tales objetivos no eran lo suficientemente relevantes como para alterar significativamente la protección de las fiestas religiosas y los domingos¹⁵⁷.

No obstante la idea, siempre presente, de llevar a cabo una ponderación entre los intereses contrapuestos, no hubo un real despliegue de ningún test optimizador, pues el TC estimó que los fines buscados por la ley ni siquiera daban la talla para entrar al ruedo ponderativo. La excepción que pretendía legalizarse era demasiado amplia por lo que no respetaba el mínimo nivel de protección que debía brindarse al deber general del legislador de respetar el descanso durante las fiestas religiosas y domingos¹⁵⁸ en conjunto con la libertad religiosa¹⁵⁹. Aunque es posible decir que el fallo efectúa una comparación al afirmar que el fin no es tan relevante para justificar una grave afectación a los intereses contrapuestos, este abordaje no es el que promueve el principalismo optimizador.

En los casos aludidos, el TC enfatiza, respectivamente, el criterio de concordancia práctica y si ha habido o no una vulneración a la libertad religiosa, siendo secundario la fortaleza del derecho, interés o fin invocado en contra. También se ha detectado la presencia de otros aspectos que han contribuido a excluir o reducir el influjo de la optimización. Uno de ellos es la identificación de una estrecha vinculación, aunque no siempre directa, del derecho afectado con la dignidad humana, valor cuya presencia produce la huida de cualquier lógica maximizadora, según veremos enseguida.

¹⁵⁶ BVerfGE 108, 282, en SCHWABE (2009), pp. 195-196.

¹⁵⁷ BVerfGE 125, 39, párr. 91-95, en PETERSEN (2017), p. 179.

¹⁵⁸ Véase el artículo 4º de la Ley Fundamental, en relación al artículo 139 de la Constitución de Weimar (que protege los domingos y fiestas), norma que pervive en virtud del artículo 140 de la Constitución vigente, el cual dispone que (“Las disposiciones de los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919 son parte integrante de la presente ley fundamental”).

¹⁵⁹ BVerfGE 125, 39, en PETERSEN (2017), p. 179.

4. La dignidad y el contenido esencial de los derechos dejan fuera al test, salvo la ponderación entre valores estimados equivalentes

El TC ha identificado especialmente dos bienes constitucionales que deja fuera del alcance de la ponderación, en el entendido que se trata de bienes tan sensibles que no son susceptibles de quedar sujetos a un test optimizador. Incluso, en algunos casos en que el TC ha comenzado a operar bajo la lógica ponderativa, esta ha debido cesar frente a la constatación de que la regulación estatal podría afectar la *Dignidad humana* y/o cercenar el *contenido esencial o la esfera más sensible* de los derechos fundamentales.

Sobre la primera, ha sido categórico en sostener que *“la dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular”*¹⁶⁰. Ha añadido que el poder público no puede adoptar medidas que desconozcan el valor que cada persona merece por el hecho de su dignidad, que no puede ser mancillado en pos de alcanzar fines ulteriores, *“ni siquiera en aras de la efectividad de la administración de justicia o con el objeto de investigar la verdad de los hechos”*¹⁶¹, valor que debe ser respetado *“independientemente de determinadas convicciones religiosas o filosóficas, respecto de las cuales el orden jurídico de un Estado (...) no tiene porqué juzgar”*¹⁶².

En cuanto al contenido esencial de los derechos, el TC ha señalado que dicho ámbito resguardado tampoco es susceptible de optimización. Así lo expresa, por ejemplo, en *Reproducción de una grabación secreta* (1973): *“ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que se encuentra protegido en forma absoluta; no es posible una valoración de conformidad con el principio de proporcionalidad”*¹⁶³. La misma idea está presente en *Asesinatos de soldados de Lebach* (1973), donde el interés público por la información adquiere prevalencia general respecto de la protección de la personalidad del delincuente, pero debe respetar *“la inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida”*, por lo que bajo esta perspectiva no optimizadora no sería proporcional *“nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente”*¹⁶⁴.

¹⁶⁰ BVerfGE 93, 266, en SCHWABE (2009), p. 223.

¹⁶¹ BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), p. 390.

¹⁶² BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 126.

¹⁶³ BVerfGE 34, 238, en SCHWABE (2009), p. 60.

¹⁶⁴ BVerfGE 35, 202, en SCHWABE (2009), p. 251: “Tratándose de reportajes sobre delitos graves de actualidad, el interés del público por la información adquiere prevalencia en general respecto de la protección de la personalidad del delincuente. Sin embargo, además de considerar la inalienabilidad

En otros casos aludidos, *Vigilancia acústica en domicilio* (2004), por ejemplo, también se ha visto que la interferencia en el “núcleo inviolable” del derecho fundamental a la vida privada, “no puede ser relativizada mediante una ponderación con los intereses del Estado”¹⁶⁵. Algo similar tuvo lugar en *Protección de monumentos* (1999), donde se afirmó que no obstante el legítimo fin buscado por la regulación protectora de ciertos inmuebles históricos y arquitectónicos, el “núcleo de la garantía de la propiedad no puede quedar socavado”¹⁶⁶.

Un caso que combina dignidad humana y contenido esencial es *Interrupción del embarazo I* (1975). Acude al balanceo pero sin acudir al test. El TC declaró inconstitucional una ley que autorizaba abortar dentro de las primeras 12 semanas del embarazo. Al asumir que es “imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido”, el TC concluye que “la decisión debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada”¹⁶⁷.

Dos motivos habrían justificado la prevalencia de un derecho sobre otro: primero, la vinculación de la vida del embrión con la dignidad humana¹⁶⁸ y segundo, la afectación del contenido esencial del *nasciturus*, ya que por “la interrupción del embarazo la vida del no nacido es destruida”. Esto, de acuerdo al principio del más moderado equilibrio, según el cual al verse confrontadas posiciones constitucionalmente protegidas, debe preferirse aquella donde se encuentra comprometido el contenido esencial¹⁶⁹.

Un caso interesante sobre dignidad humana es *Ley de Seguridad Aérea* (2006). El TC resolvió, fundado en dicho valor superior, que la Constitución

de la esfera más íntima de la vida, se debe respetar el principio de proporcionalidad de ahí que no siempre sea admisible el nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente”.

¹⁶⁵ BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), pp. 390 y 391.

¹⁶⁶ BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009), p. 434.

¹⁶⁷ BVerfGE 39, 1, en SCHWABE (2009), p. 118.

¹⁶⁸ BVerfGE 39, 1, en SCHWABE (2009), p. 118: “en la ponderación que debe realizarse ‘deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución’”, por lo que “debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada”.

¹⁶⁹ BVerfGE 39, 1, en SCHWABE (2009), p. 118: “cuando concurren posiciones protegidas constitucionalmente, considerando el principio del art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental debe concederse a la protección del *nasciturus* la preeminencia”.

no ampara, ni siquiera en una situación excepcional como la ocurrida el 11 de Septiembre de 2001, la muerte de pasajeros inocentes de un avión con el fin de evitar otras eventuales víctimas de mayor número¹⁷⁰. No obstante la ausencia de ponderación, la sentencia afirma que *“las leyes pueden vulnerar el derecho a la vida en caso que estén legalmente justificadas bajo el principio de proporcionalidad”*¹⁷¹. Esto se explica en el entendido que para el TC el valor no susceptible de optimización es la dignidad humana, no la vida¹⁷².

A esta noción optimizable sobre el derecho a la vida se arribó en *Interrupción del embarazo II* (1997), luego de acudir al típico razonamiento balanceador, reconociendo que *“la extensión del deber de protección para la vida humana del que está por nacer, se debe determinar a la luz de la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico en cuestión, de una parte y, por otra parte, de los bienes jurídicos con que colisionan”*¹⁷³.

Luego de reconocer el difícil equilibrio entre uno y otro, el fallo estimó que el deber de la mujer –impuesto mediante la sanción penal de aborto– de no interrumpir su embarazo podía devenir en *“casos de conflicto particularmente difíciles, en los cuales incluso se vea amenazada su vida; en estos casos, pueden imponerse intereses jurídicos de la mujer dignos de protección con tal urgencia, que al menos el orden jurídico estatal (...) no puede exigir a la mujer que en dicho caso deba dar prioridad al derecho a la vida del que está por nacer bajo cualquier circunstancia”*¹⁷⁴, como es el caso que justifica el fallo en cuestión por motivo de violación.

Interesante es observar que si bien aquí el TC no acudió *formalmente* al test ni a la proporcionalidad en sentido estricto, de todos modos operó *materialmente* bajo un criterio ponderativo, al decidir sacrificar, aunque sea parcialmente, el deber de brindar protección al embrión humano frente al interés de la mujer para interrumpir su embarazo en calificadas circunstancias, no obstante haber afirmado en la misma sentencia que *“tratándose de la vida del que está por nacer–, lo que está en juego no es un mayor o menor derecho (...) sino todo, es decir, la vida misma”*¹⁷⁵.

¹⁷⁰ LEPSIUS (2006), p. 761.

¹⁷¹ LEPSIUS (2006), p. 767.

¹⁷² BVerfGE 88, 203, a partir del art. 2, párrafo 2, de la Ley Fundamental, se reconoce: *“Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”*.

¹⁷³ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 122.

¹⁷⁴ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 130.

¹⁷⁵ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 129.

Lo expuesto muestra que no obstante el carácter inviolable de la dignidad humana, no susceptible de ponderación bajo el test, ha considerado que dicho valor puede ser desplazado si lo que está en juego es, asimismo, otro aspecto de la misma dignidad humana. Así, *Interrupción del embarazo II* (1993), dedica buena parte de sus considerandos a subrayar la intangibilidad del derecho a la vida del no nacido y su protección a la luz de la dignidad humana: “*El no nacido goza ya de dignidad humana; la vida humana goza de dignidad desde antes del nacimiento y desde antes que se desarrolle la personalidad*” y añade que éste “*constituye el derecho más elemental e imprescriptible emanado de la dignidad humana*”¹⁷⁶. Con todo, a renglón seguido, el TC modera el carácter irreductible de la dignidad del concebido al confrontar este valor “*con otros bienes jurídicos en colisión con aquél*”, entre los que se encuentran “*el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana*”¹⁷⁷.

Lo expuesto, no sólo muestra que la dignidad es ponderable con la dignidad, por lo que la dignidad de un ser humano puede ser esgrimida legítimamente para desconocer la dignidad de otro ser humano¹⁷⁸, sino también que es observada como un valor que puede operar para reforzar unos derechos fundamentales por sobre otros y de este modo destrabar algunas colisiones generadas entre éstos¹⁷⁹. Esto se explica desde que el TC ha reconocido que cualquier derecho fundamental puede contener una “*porción*” que se encuentra garantizada por el artículo 1.1 que protege la dignidad humana, como sucedió en *Vigilancia acústica en domicilio* (2004)¹⁸⁰ y en *Crucifijo* (1995)¹⁸¹.

¹⁷⁶ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 126.

¹⁷⁷ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 128.

¹⁷⁸ BVerfGE 88, 203, en SCHWABE (2009), p. 130. El TC procede a balancear la vida del que está por nacer con el derecho de la mujer embarazada y concluye que dada la existencia de bienes jurídicos contrapuestos y a la imposibilidad de dar satisfacción absoluta a ambos, se decide “suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño (...) en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud”.

¹⁷⁹ COVARRUBIAS (2014), pp. 155-157.

¹⁸⁰ BVerfGE 109, 279, en SCHWABE (2009), p. 389: “Por medio de la interpretación jurídica se debe determinar de manera independiente –en el marco de cada uno de los derechos fundamentales– qué porción del derecho fundamental concreto se encuentra garantizada por el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental”.

¹⁸¹ BVerfGE 93, 1, en SCHWABE (2009), p. 180: “la libertad de culto se encuentra subordinada al mandato de la tolerancia, ligada en especial a la dignidad humana (...)”.

5. Conclusiones

1. El modo en que el TC alemán aborda los casos precedentemente expuestos muestran que dicho tribunal no asume los supuestos originarios de la propuesta de Robert Alexy, ni emplea el test de proporcionalidad conforme al enfoque promovido por él y buena parte de sus seguidores, particularmente en nuestro país.

2. El TC no reconoce la distinción entre principios y reglas, del modo formulado por el autor alemán. Si bien admite que los derechos fundamentales son portadores de valores y principios, que pueden colisionar entre sí y cuyo abordaje debe hacerse mediante la ponderación, este criterio no es el único concurrente para la adjudicación, además de que no concibe los derechos como principios del todo susceptibles de optimización.

3. Para el referido tribunal hay derechos fundamentales o aspectos medulares de su contenido que no son observados como mandatos derrotables, ya sea porque encarnan un bien intrínsecamente valioso, como la dignidad humana, ya sea porque estima que determinados aspectos de su esfera protegida, como es el contenido esencial, no son sacrificables frente a la contraposición de otro derecho o de cara a los fines regulativos estatales.

4. Incluso en aquellas ocasiones en que la ponderación puede operar con soltura, puede constatarse que su despliegue es variable: va desde la ausencia del test de proporcionalidad, una aplicación parcial o secundaria del mismo, hasta observarse como uno de los criterios determinantes del caso, en concurrencia con otros estándares, tales como la delimitación de los derechos y el principio de concordancia práctica.

5. En efecto, en aquellos casos donde el test ha sido aplicado con todas sus reglas, su influjo va habitualmente precedido de una labor de delimitación de los deslindes de los derechos involucrados, por lo que difícilmente la aplicación del test representa un intento alternativo o de superación de la subsunción como criterio de adjudicación constitucional, sino más bien un estándar complementario.

6. Así, la proporcionalidad en sentido estricto aplicada por el TC alemán suele estar determinada por el propósito de que el acto estatal examinado ajuste al interés público el derecho sujeto a regulación, a condición que ésta deje subsistente, no sacrifique ni impida el ejercicio de un aspecto medular del derecho fundamental.

7. Lo anterior se explica no sólo porque existen aspectos del contenido de los derechos fundamentales que son inmunes a toda incursión del test, sino también porque el TC concibe al bien común no sólo como el fundamento para limitar los derechos sino también para resguardarlos, en el entendido que éstos también forman parte constitutiva del bien común.

8. En dichas ocasiones, la modalidad en que la proporcionalidad en sentido estricto es empleada por el TC alemán parece ser más afín a las versiones alternativas de la proporcionalidad que a la propuesta optimizadora promovida por el autor alemán y habitualmente por sus seguidores.

9. Tampoco se observa que el tribunal emplee la regla de la ponderación, esto es, la proporcionalidad en sentido estricto, bajo el enfoque triádico promovido por el autor alemán, ni acuda a determinar el peso, considerando las clases diferenciadas de interferencias y satisfacciones.

10. Así, para el TC alemán la regulación que afecta un derecho fundamental no se resuelve prioritariamente sopesando grados de afectación del derecho fundamental con grados de satisfacción del derecho o principio contrario, por lo que una norma puede estimarse desproporcionada con prescindencia de la fortaleza y relevancia del derecho o fin que aparecen como contrapuestos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXANDER, Gregory (2006): *The Global debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence* (Chicago, Chicago University Press).

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

_____ (1994): "Derechos individuales y bienes colectivos", en: GARZÓN, Ernesto y Malem. *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona, Gedisa), pp. 179-207.

_____ (2002a): *A Theory of Constitutional Rights* (New York, Oxford U. Press).

_____ (2002b): "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Vol. XX, N° 66), pp. 13-64.

_____ (2003): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá).

_____ (2003a): "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en: *Revista Ratio Juris* (Vol. 16), pp. 433-449.

_____ (2003b): "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", en: *Revista Ratio Juris* (Vol. 16), pp. 131-140.

_____ (2009): "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Vol. 11), pp. 3-14.

ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Estudios Constitucionales* (Vol. 10, N° 1), pp. 65-116.

- BENDA, Ernesto; VOGEL, Horst; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang, y MAIHOFFER, Werner (1996): *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BLAAUW-WOLF, Loammi (1999): "The Balancing of Interests, Proportionality and Güterabwiigung: comparative analysis", en: *South Africa Public Law* (Vol. 14), pp. 178-214.
- BOROWSKY, Martín (2000): "Las restricción de los derechos fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 159), pp. 29-56.
- BUITELAAR, Hans (2012): "Privacy: back to the roots", en: *German Law Journal* (Vol. 13, Nº 03), pp. 171-202.
- CAAMAÑO, Eduardo (2006): "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXVII, Nº 1), pp. 19-44.
- CHARRÍA SEGURA, Juan Manuel (2013): "La ponderación como método para resolver conflictos de principios y derechos laborales", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Vol. 4, Nº 7), pp. 97-117.
- COHN, Margit (2010): "Legal Transplant Chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom", en: *The American Journal of Comparative Law* (Vol. 58), pp. 583-629.
- CONTESSE SINGH, Jorge (2002): "Reglas y Principios en Chile", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Vol. 20), pp. 53-93.
- _____ (2017): "Proporcionalidad y derechos fundamentales", en P. Contreras y C. Salgado (edit.) *Manual sobre Derechos Fundamentales* (Santiago, LOM), pp. 285-322.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2009): *Poder privado y derechos. Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales* (Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado).
- _____ (2013): "Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile", en: *Revista Internacional de Derechos Humanos* (Año III, Vol. 3), pp. 103-127.
- CORDERO MENESES, Mario y CORVALÁN SOTO, Jorge (2010): *La jurisprudencia en el Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales en la Nueva Justicia Laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, N° 2), pp. 447-480.
- _____ (2014): "¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?", en: *Revista Actualidad Jurídica* (N° 29), pp. 147-165.
- CRUZ, Luis Miguel (2009): "La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo", en: *Díkaion* (Año 23, Vol. 18), pp. 11-31.
- DÍAZ GARCÍA, L. Iván (2011): "Aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 36), pp. 167-206.
- DOLZER, Rudolf (1976): *Property and Environment: The Social Obligation Inherent in Ownership A Study of the German Constitutional Setting* (Morges, Switzerland, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources).
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András, y BAER, Susanne (2003): *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (Minnesota, Thomson Reuters) Second Edition.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2007): "La distinción entre reglas y principios aplicada al problema de la jerarquía de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Vol. 25), pp. 147-163.
- GAMONAL, Sergio (2008): *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, segunda edición).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009): "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en: García Manrique, Ricardo (Editor) *Derechos sociales y ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 249-332.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2009): "Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional", en: *Estudios Constitucionales* (Año 7, N° 1), pp. 137-175.
- HARTWIG, Matthias (2010): "La Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", en: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y otros (coord.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo I), México, pp. 781-791.
- ISLER SOTO, Carlos (2011): "Una crítica Finnisiana al principio de proporcionalidad", en: *Ius Publicum* (N° 26), pp. 31-52.

- KOMMERS, Donald and MILLER, Russell A. (2012): *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, Duke University Press).
- KUNIG, Peter (1983): "German Constitutional Law and the Environment", en: *Adelaide Law Review* (Vol. 8, N° 3), pp. 318-332.
- LEPSIUS, Oliver (2004): "Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany", en: *German Law Journal* (Vol. 5), pp. 435 y 443.
- _____ (2006): "Human dignity and the downing of aircraft: the German Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the New Air Transport Security Act", en: *German Law Journal* (Vol. 7, N° 9), pp. 771-776.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2006): "Los derechos fundamentales como valores", en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Vol. 10), pp. 207-228.
- MAURER, Hartmut (2006): *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München, Beck).
- MELLA CABRERA, Patricio y DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro (2012): "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 39), pp. 177-219.
- MELIS VALENCIA, Christian (2009): *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago, Legal Publishing).
- MILLER, Russell A. (2010): "Balancing Security and Liberty in Germany", en: *Journal of National of Security Law & Policy* (Vol. 4), pp. 369-396.
- MORESO, Juan José (2012): "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism", en: *Revista Ratio Juris* (Vol. 25, N° 1), pp. 31-46.
- MOSTERT, Hanri (2002): *The Constitutional Protection and Regulation of Property and its Influence on the Reform of Private Law and Landownership in South Africa and Germany. A Comparative Analysis* (Heidelberg, Springer Verlag).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en: Carbonell, Miguel (Coord.) *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (Santiago, Librotecnia), pp. 353-403.
- PETERSEN, Niels (2017): *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RIVERS, Julian (2006): "Proportionality and Variable Intensity of Review", en: *Cambridge Law Journal* (Vol. 65, N° 1), pp. 174-207.

- SALGADO, Constanza (2017): "Límites y restricciones a los derechos fundamentales", en P. Contreras y C. Salgado (edit.) *Manual sobre Derechos Fundamentales* (Santiago, LOM), pp. 207-255.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia* (Tesis para optar al Grado de Doctor, Universidad Autónoma de Madrid) Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246> [visitado el 6/06/2017].
- SCHLINK, Bernhard (2012): "Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?", en: *Duke Journal of Comparative & International Law* (Vol. 22), pp. 291-302.
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung).
- STENDER-VORWACHS, Jutta (2004): "The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004, Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space", en: *German Law Journal* (Vol. 5), pp. 1337-1348. Disponible en: <http://www.germanlawjournal.com> [visitado el 6/06/2017].
- SUSNJAR, Davor (2010): *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers* (Leiden, M. Nijhooff).
- TETTINGER, Peter J., y MANN, Thomas (2007): *Grundgesetz: Kommentar* (Munich, Beck, 4ª ed.).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2007): "La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro", en: *Revista de Derecho* (Vol. 20, N° 2), pp. 49-67.
- _____ (2009): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- _____ (2011a): "Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 36), pp. 141-164.
- _____ (2011b): "Privacidad, trabajo y derechos fundamentales", en: *Estudios Constitucionales* (Año 9, N° 1), pp. 13-36.
- _____ (2011c): *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad* (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca (España). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=26589> [visitado el 6/06/2017].

- _____ (2011d): “Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Vol.18, N° 2), pp. 361-373.
- URBINA, FRANCISCO (2014): “Is it really that easy? A critique of proportionality and “balancing as reasoning”, en: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (Vol. 27, N° 1), pp. 167-192.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 16, N° 2), pp. 249-272.

NORMA JURÍDICA CITADA

Decreto con Fuerza de Ley, N° 1 del Ministerio de Trabajo y Previsión, Código del Trabajo. Diario Oficial, 16 de enero de 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ALEMANIA: Ley sobre Farmacias (1958) BVerfGE 7, 377, pp. 413-415.
- ALEMANIA: Lüth (1958) BVerfGE 7, 198 (205) y BVerfGE 81, 242 (254).
- ALEMANIA: Seguro médico (1960) BVerfGE 11, 30, p. 329.
- ALEMANIA: Reglamento de Oficios Artesanales (1961) BVerfGE 13, 97.
- ALEMANIA: Extracción de fluidos (1963), BVerfGE 16, 194.
- ALEMANIA: Semanario Blinkfüer (1969) BVerfGE 25, 256.
- ALEMANIA: Aprovisionamiento de Petróleo (1971), BVerfGE 30, 292. Disponible en: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html>.
- ALEMANIA: Mefisto (1971) BVerfGE 30, 173.
- ALEMANIA: Asesinatos de soldados de Lebach (1973) BVerfGE 35, 202, pp. 231-232.
- ALEMANIA: Reproducción de una grabación secreta (1973) BVerfGE 34, 238.
- ALEMANIA: Interrupción del embarazo I (1975) BVerfGE 39, 1.
- ALEMANIA: Asesoría Jurídica (1976) BVerfGE 41, 378.
- ALEMANIA: Pequeñas huertas (1979) BVerfGE 52, 1.
- ALEMANIA: Extracción de arena y grava (1981) BVerfGE 58, 300.
- ALEMANIA: Ruido de tráfico aéreo (1983) BVerfGE 56, 54, p. 80.
- ALEMANIA: Almacenamiento de armas químicas (1987) BVerfGE 77, 170.
- ALEMANIA: Titanic (1992) BVerfGE 86, 1, p. 10.

- ALEMANIA: Interrupción del embarazo II (1993) BVerfGE 88, 203.
- ALEMANIA: Negación del Holocausto (1994) BVerfGE 90, 241, pp. 248-249.
- ALEMANIA: Crucifijo (1995), BVerfGE 93, 1.
- ALEMANIA: Etiquetado de Tabaco (1997) BVerfGE 95, 173.
- ALEMANIA: Cienciología (1998), BVerfGE 99, 185.
- ALEMANIA: Carolina de Mónaco (1999) BVerfGE 101, 361.
- ALEMANIA: Ley de Monitoreo de Telecomunicaciones (1999) BVerfGE 100, 313.
Disponible en: http://www.bverfg.de/e/rs19990714_1bvr222694en.html.
- ALEMANIA: Protección de Monumentos (1999) BVerfGE 100, 226.
- ALEMANIA: Benetton - Publicidad ofensiva (2000) BVerfGE 102, 347.
- ALEMANIA: Grabación de conversaciones telefónicas (2002).
- ALEMANIA: Velo islámico (2003) BVerfGE 108, 282.
- ALEMANIA: Vigilancia acústica en domicilio (2004) BVerfGE 109, 279.
- ALEMANIA: Reclamo de constitucionalidad de la Ley antiterrorista alemana (2006).
- ALEMANIA: Recolección de datos (2006) BVerfGE 115, 320, 357-359.
- ALEMANIA: Esra (2007) BVerfGE 119, 1.
- ALEMANIA: Domingo de Adviento (2009) BVerfGE 125, 39.