

PONDERACIÓN, TEST DE NECESIDAD E “INTENSIDAD” DE LA INTERVENCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Mijail Mendoza Escalante*

SUMARIO: I. Introducción; II. Intervención” e “intensidad” de la intervención; III. Su análisis en el examen de *necesidad*; IV. Su análisis en el examen de *ponderación*; V. Comparación de su análisis en los exámenes de necesidad y de ponderación; IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la variable “intensidad de la intervención” en la estructura del principio de proporcionalidad. Esta variable constituye un elemento consustancial a toda *intervención* en los derechos fundamentales, por lo tanto su presencia tiene lugar independientemente del principio de proporcionalidad, sin embargo, en este trabajo circunscribiremos su estudio al ámbito de este principio. Asimismo, hemos de delimitar su análisis a las *intervenciones normativas*, esto es, a las que son originadas por *normas*.

Esta variable participa en los exámenes de necesidad y de ponderación. Tal participación presenta las siguientes características comunes: aparece como un elemento consustancial o constante (no contingente) en ambos exámenes, presupone una comparación y, por tanto, la variable presenta al menos dos magnitudes distintas –que han de ser comparadas-.

La tesis que fundamentaremos es que el test de necesidad y el de ponderación se caracterizan por constituir una comparación entre “intensidades” de intervención y que, planteados en estos términos, ellos presentan una identidad estructural. Se considera que la comprensión de estos test, en particular, de la denominada ponderación, en términos de comparación de intensidades de intervención, podría resultar más adecuada para su cabal entendimiento.

II. “INTERVENCIÓN” E “INTENSIDAD” DE LA INTERVENCIÓN

La intervención viene a ser una *prohibición* o un *mandato* que restringe o afecta el ejercicio o el goce de un derecho fundamental. Usualmente, se trata de una prohibición que restringe o limita el ejercicio de una libertad o de un mandato de una acción que afecta un derecho. Por esta razón, en la definición de la intervención sólo participan dos operadores deónticos: el *mandato* y la *prohibición*. El operador deóntico *permisión* no participa, por definición, en una intervención.

* Doctor en Derecho por la *Universidad Complutense de Madrid*, Diplomado como Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España, Consultor en Derecho Constitucional.

El concepto intervención sólo denota la restricción o afectación de un derecho, pero ello no implica que, por definición, una intervención sea inconstitucional. La constitucionalidad de una intervención ha de depender de que ésta cumpla con las exigencias del principio de proporcionalidad. La “intervención” constituye, así, un concepto descriptivo, que no presupone que ella sea constitucional o inconstitucional.

Como supuestos de intervención en derechos fundamentales puede nombrarse, por ejemplo, la prohibición de tránsito de vehículos pesados en determinadas zonas, prohibición que constituye una intervención en la libertad de tránsito; la prohibición de comercio ambulatorio en la zona histórica de una ciudad, prohibición que representa una intervención en la libertad de trabajo; el mandato de pagar el impuesto a la renta sobre el 35 % de los ingresos, mandato que representa una intervención en el derecho de propiedad; la prohibición de manifestaciones colectivas públicas de protesta en el zona histórica de la ciudad, prohibición que representa una intervención en la libertad de reunión; o, en fin, la prohibición de fumar en lugares públicos, prohibición que constituye una intervención del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Como se advierte, en toda intervención de derechos fundamentales aparecen dos elementos: por un lado, el *derecho intervenido* y, por otro, el *derecho interviniente*, *bien constitucional interviniente*. El derecho intervenido es aquel sobre el que incide o afecta la norma, es decir, sobre el que opera la intervención. El derecho o bien constitucional interviniente es aquel que justifica la intervención, es decir, el que justifica el establecimiento de la prohibición o del mandato dispuesto por la norma. En la estructura del principio de proporcionalidad, este elemento viene a ser el *fin* que justifica la prosecución del *objetivo* que el legislador pretende con el establecimiento de una norma. Como es sabido, en el establecimiento de una norma el legislador pretende la prosecución de un *objetivo* (un estado de cosas), ahora, la prosecución de tal objetivo se justifica en la realización o protección de un derecho fundamental, de un principio o de un bien constitucional. Este derecho, principio o bien viene a ser el *fin* de la intervención. Como se advierte, el *fin* constitucional constituye el principio que justifica o del que se deriva la intervención. Dado que se trata del principio en base al cual se establece la intervención, puede ser denominado como derecho, bien o principio constitucional *interviniente*.

La “intensidad” de la intervención constituye una variable que denota el grado, mayor o menor, que ella ocasiona en el ejercicio o goce de un derecho fundamental. Esta valoración de los grados o magnitudes de una intervención siempre puede ser efectuada, debido a que constituye una característica consustancial a ella. Así, sobre los ejemplos nombrados, puede afirmarse que la prohibición de tránsito de vehículos, en general, en una zona determinada de la ciudad, representa una intervención *grave* de la libertad de tránsito, con respecto a una prohibición de tránsito de vehículos que sólo opera sobre vehículos de elevado tonelaje, que representaría sólo una intervención *leve*. Una acumulación de ruidos en una zona de discotecas, pubs, cantinas y bares, durante las horas de la noche y de la madrugada, puede representar una afectación de intensidad *grave* del derecho al medio ambiente y, concretamente, a un entorno acústicamente sano, de las personas que habitan en zonas aledañas, con respecto a los ruidos que podrían ocasionar la sola circulación nocturna o de madrugada de los vehículos, que representaría sólo un caso de afectación *leve* del derecho al medio ambiente.

La intensidad de una intervención puede ser catalogada como *grave*, *leve* y *media*. La adjudicación a la intervención de alguno de estos valores resulta necesaria a efectos de posibilitar la comparación. La calificación de la intensidad se sustenta en premisas de diversa naturaleza. Así, en valoraciones éticas, en datos científicos, en apreciaciones

comúnmente aceptadas o generalizadas o, simplemente, en afirmaciones *plausibles*. Sobre ellas no vamos a tratar aquí, pues ello excede el específico propósito de este trabajo.

III. SU ANÁLISIS EN EL EXAMEN DE NECESIDAD

El examen de necesidad consiste en una *comparación de medio a medio*. Por “medio” se entiende aquí a la medida que incide o interviene en los derechos fundamentales. Los medios que han de compararse son al menos dos: el medio adoptado por el legislador y el hipotético alternativo que podría haber adoptado. Como resultado de esta comparación sólo puede haber dos posibles conclusiones: (a) que el medio hipotético alternativo *no ocasione intervención* alguna en derechos fundamentales; o, (b) que el medio hipotético alternativo *ocasiona una intervención* en derechos fundamentales¹.

Si se trata del primer supuesto (a), no se requiere la introducción de la variable intensidad de la intervención, debido a que la existencia de un medio hipotético alternativo igualmente idóneo al medio adoptado por el legislador conduce a concluir en la inconstitucionalidad de este último, en tanto se demuestra que el legislador disponía al menos de un medio alternativo que podía alcanzar el objetivo buscado por aquél, pero sin necesidad de infligir u ocasionar una intervención en un derecho fundamental. Si tal es la conclusión, el medio es inconstitucional y no hay, en absoluto, necesidad de análisis adicional alguno.

Por contrario, de tratarse del segundo supuesto (b), la variable “intensidad” de la intervención se incorpora plenamente en el análisis de la necesidad de la medida. La *comparación medio a medio* puede plantearse, con significativos convenientes, en términos de una *comparación de intensidad de intervención a intensidad de intervención*, o simplemente, en una *comparación entre intensidades de intervención*.

En efecto, cuando en el examen de necesidad se compara entre el medio adoptado por el legislador y el medio hipotético alternativo lo que tiene lugar es una comparación entre el grado o magnitud de la intervención en derechos fundamentales ocasionada por el medio adoptado por el legislador y el grado de incidencia hipotético que podría haber generado un medio alternativo. Es decir, la comparación entre medios consiste, en realidad, en una comparación entre intensidades de intervención.

Desde tal perspectiva, la comparación entre el medio adoptado por el legislador y el medio hipotético alternativo se convierte aquí en una comparación entre la intensidad de la *intervención real* y la intensidad de la *intervención hipotética*. Se designa como *intervención real* a la ocasionada por el medio adoptado por el legislador y como *intervención hipotética* a la que ocasionaría el medio hipotético alternativo².

Ahora bien, la comparación que ha de efectuarse en el examen de necesidad debe llevarse a cabo bajo la exigencia del principio de menor gravosidad de la intervención, es decir, bajo el imperativo de que la intervención en los derechos sea estrictamente indispensable. Este elemento del examen de necesidad es de carecer normativo porque indica en qué dirección debe efectuarse la comparación entre intensidades. Por ello es equivalente a la *ley de ponderación* que, como es sabido, indica el sentido en el que debe efectuarse esta operación. Debido a ello, con sólo propósito operativo y a efectos

¹ Lo aquí planteado no desconoce que un paso previo al de la determinación de la intensidad de la intervención es la idoneidad del medio hipotético alternativo.

² En otro lugar hemos planteado la estructura de la ponderación aplicando el par de conceptos *intervención real* e *intervención hipotética*. Vid. Mendoza Escalante, Mijail *Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 100 y sgte.

destacar la función normativa idéntica que la ley de ponderación y el principio de menor gravosidad desenvuelven en el examen de ponderación y de necesidad, respectivamente, puede denominarse a este principio como *ley de menor gravosidad*.

La ley de menor gravosidad conduce a que la intensidad de la intervención real deba ser siempre menor a la de la intervención hipotética o, a la inversa, que la intensidad de la intervención hipotética deba ser siempre mayor a la de la intervención real. De no satisfacerse esta ley la norma –y la intervención en ella contenida– resultará inconstitucional. Esta ley podría ser enunciada en estos términos:

La intensidad de la intervención real debe ser menor que la intensidad de la intervención hipotética

Como consecuencia de la comparación entre la *intensidad de la intervención real* (Ir) y la *intensidad de la intervención hipotética* (Ih), bajo la exigencia de la ley de menor gravosidad, puede concluirse en que:

- a) La norma es constitucional, si la intervención real es de *menor intensidad* que la intervención hipotética; o,
- b) La norma es inconstitucional, si la intervención real es de *mayor intensidad* que la intervención hipotética.

El conveniente de esta forma de plantear el examen de necesidad es que, como veremos posteriormente, permite advertir su evidente identidad estructural con el examen de ponderación.

IV. SU ANÁLISIS EN EL EXAMEN DE PONDERACIÓN

La ponderación consiste en una *comparación* entre la *intensidad de la intervención real* y la *intensidad de la intervención hipotética*, conforme a la *ley de ponderación*. La intervención real viene a ser la ocasionada por el legislador. La intervención *hipotética* es la “hipotética intervención que se operaría sobre la ‘intervención real’”, esto es, la “hipotética prohibición de ésta”³. Se trata, en suma, de la prohibición de la intervención real.

A efectos de esclarecer la intervención hipotética acudamos a algunos ejemplos. Una norma prohíbe la explotación de minas en zonas que estén aledañas a poblaciones, debido a que como consecuencia de tal actividad se afecta el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente de sus pobladores. En el caso, la *intervención real* está representada por la prohibición de la explotación de minas, tal prohibición es una intervención en la libertad de empresa y se justifica en un *fin* legítimo: la protección del derecho al medio ambiente y a la salud. Por el contrario, la intervención hipotética es la prohibición de la intervención real, esto es, la “prohibición de la prohibición de la actividad minera”, lo cual conduce simplemente –dada la doble negación: “prohibición de la prohibición”– a la “permisión” de la actividad minera. En consecuencia, la *intervención hipotética* viene a ser, aquí, la permisión de la actividad minera.

La intensidad de la intervención real (*prohibición* de actividad minera) está representada por la *magnitud* de la intervención en la libertad de empresa, es decir, por la intensidad de la intervención en la libertad de empresa (en el derecho *intervenido*). En este contexto, la *prohibición* de la actividad minera puede revestir o significar una limitación, de mayor o menor gravedad, de libertad de empresa.

³ Ibid., p. 100.

La intensidad de la intervención hipotética (*permisión* de la actividad minera) está representada por la magnitud de la intervención en el derecho a la salud y en el derecho al medio ambiente como consecuencia de la *permisión* de la actividad minera, es decir, por la intensidad de la intervención en el derecho a la salud y al medio ambiente (en el derecho *interveniente*). En este contexto, la *permisión* de la actividad minera puede significar una afectación, de mayor o menor gravedad, del derecho a la salud y al medio ambiente.

Otro ejemplo puede ser una norma que prohíba la apertura de discotecas y de establecimientos análogos durante determinadas horas de la noche y de la madrugada (1 a.m. a 7 a.m), en una zona determinada de una ciudad, debido a que, como consecuencia de la elevada contaminación acústica acumulada en dicha zona, se afecta el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente de los vecinos de la zona. En el caso, la *intervención real* está representada por la prohibición de apertura de discotecas y de establecimientos análogos durante determinadas horas, tal prohibición es una intervención en la libertad de empresa y se justifica en un fin legítimo: la protección del derecho al medio ambiente y a la salud. Por su parte, la *intervención hipotética* vendría a ser la prohibición de la *intervención real*, es decir, la “prohibición de la prohibición de apertura de discotecas durante ciertas horas”, la cual, se convierte –como advertimos en el ejemplo anterior-, en la “*permisión*” de la apertura de discotecas, sin límites de horario.

La intensidad de la *intervención real* (*prohibición* de apertura de discotecas en horarios de madrugada) viene a ser el grado de la intervención en la libertad de empresa (en el derecho *intervenido*). En tal contexto, esta *prohibición* puede representar una limitación, de mayor o menor gravedad, de libertad de empresa.

La intensidad de la *intervención hipotética* (*permisión* de la apertura de discotecas, sin límites de horario) está representada por la magnitud de la intervención en el derecho a la salud y en el derecho al medio ambiente, la cual es ocasionada por la *permisión* de apertura ilimitada de discotecas, es decir, por la intensidad de la intervención en el derecho a la salud y al medio ambiente (en el derecho *interveniente*). En este contexto, la *permisión* en cuestión puede significar una afectación, de mayor o menor gravedad, del derecho a la salud y al medio ambiente.

Como se aprecia, la *intervención hipotética* en la ponderación viene a ser la *permisión* de una acción que, por el contrario, está prohibida por la *intervención real*. En los ejemplos, la *intervención real* está constituida por la *prohibición* de una actividad y la *intervención hipotética* por la *permisión* de tal actividad. La *prohibición* de la actividad se justifica en la protección de ciertos derechos fundamentales (derecho *interveniente*) y la *permisión* de ella constituye directamente el ejercicio o goce de un derecho fundamental (derecho *intervenido*).

En este contexto, la intensidad de la *intervención real* viene a ser la mayor o menor gravosidad que la *prohibición* de una acción ocasiona en el *derecho intervenido*. Por su parte, la intensidad de la *intervención hipotética* vendrá a ser la mayor o menor gravosidad que la *permisión* de esa acción ocasiona en el *derecho interveniente*. Al margen de estos ejemplos, adviértase, sin embargo, que no sólo hay derechos “*intervenientes*”, sino también “*principios*” o “*bienes constitucionales*” *intervenientes*, con lo cual el análisis de la intensidad de la *intervención hipotética* puede estar referido también al grado de afectación de principios o bienes constitucionales.

Ahora bien, la comparación que debe efectuarse en el examen de ponderación debe realizarse bajo la exigencia de la *ley de ponderación*. Para un mejor entendimiento de

esta ley, plantearémos su formulación en otros términos. Como es sabido, esta ley establece lo siguiente⁴:

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

Bajo este enunciado, los términos “no satisfacción” y “afectación” equivalen al concepto “intervención real”, ello debido a que la “no satisfacción” o la “afectación” de un derecho vienen a ser la *intervención real*. La alusión al “grado” de afectación viene a ser lo que conocemos como “intensidad” de la intervención. Por otra parte, el concepto “satisfacción del otro” es equivalente al de “intervención hipotética” y el de “importancia” al de “intensidad”. Según esto, la ley tendría el siguiente enunciado:

cuanto mayor es la intensidad de la intervención real, tanto mayor ha de ser la intensidad de la intervención hipotética

De lo anterior se infiere que la intervención hipotética siempre debe ser mayor a la intensidad de la intervención real o, a la inversa, que la intensidad de la intervención real debe ser menor a la intensidad de la intervención hipotética. Por razones de operatividad y claridad, puede resultar más conveniente formular la ley de ponderación en estos términos. En tal sentido, la ley de la ponderación tendría el siguiente enunciado:

La intensidad de la intervención real debe ser menor que la intensidad de la intervención hipotética

Ahora bien, como consecuencia de la comparación entre la *intensidad de la intervención real* (Ir) y la *intensidad de la intervención hipotética* (Ih), bajo la exigencia de la ley de ponderación, puede concluirse en que:

- a) La norma es constitucional, si la intervención real es de *menor intensidad* que la intervención hipotética; o,
- b) La norma es inconstitucional, si la intervención real es de *mayor intensidad* que la intensidad de la intervención hipotética

La ley de ponderación constituye un elemento de carácter normativo porque indica en qué dirección debe realizarse la comparación entre intensidades y, por tanto, de su aplicación se concluye en la *validez* de la intervención real o, en su caso, en la *invalidéz* de ella.

Como se advierte, la ponderación no viene a ser sino una comparación de dos variables que se dan en toda intervención de derechos fundamentales, su descripción a través de la idea de una operación de pesar o balancear los derechos o los bienes constitucionales en contraposición tal vez no refleje de modo exacto el tipo de operación que se efectúa y, acaso, lleve más bien a confusiones como aquella de que en supuesto de conflicto deba prevalecer el derecho que tiene mayor peso en el caso. Evidentemente, en un conflicto ha de prevalecer uno de los derechos o bienes constitucionales en juego, pero ello no debido al “mayor peso” que revistan, sino debido a la mayor intensidad de la intervención que tiene lugar sobre ellos.

⁴ Alexy, Robert *Teorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, p. 146.

V. COMPARACIÓN DE SU ANÁLISIS EN LOS EXÁMENES DE NECESIDAD Y DE PONDERACIÓN

La *identidad estructural* entre el test de necesidad y de ponderación reside en que en ambos casos tiene lugar una comparación de intensidades –una real y otra hipotética- en atención a una premisa o exigencia normativa –ley de menor gravosidad y ley de ponderación-.

Sin embargo, en el test de necesidad la intervención hipotética opera siempre sobre el *derecho intervenido* (o afectado), mientras que en la ponderación la intervención hipotética opera sobre el principio, bien o *derecho interviniente* (el que justifica la intervención). En tal sentido, si bien en ambos casos tiene lugar una “comparación entre intensidades”, la intensidad hipotética en uno y otro caso alude a dos términos distintos, pero ella siempre ha de constituir el término con el cual ha de compararse la *intervención real*, tanto en el examen de necesidad como en el examen de ponderación. La ley de la menor gravosidad y la ley de la ponderación tienen el mismo enunciado. En efecto, en ambos casos, ella tiene el siguiente enunciado:

La intensidad de la intervención real debe ser menor que la intensidad de la intervención hipotética

No obstante, como se advirtió la intervención hipotética alude a dos términos diferentes. Hay sólo una identidad semántica, sin embargo, la ley que permanece común en uno y otro caso es que la intervención real debe ser siempre de menor intensidad que aquella del otro término de comparación. Esta exigencia se halla presente en ambos test y es la que prescribe en qué dirección deben ser ambos realizados. La idea de la menor gravosidad posible de la intervención real es así el principio rector de ellos.

VI. CONCLUSIÓN

El test de necesidad y el de ponderación tienen como operación central la comparación entre “intensidades” de la intervención. Esta comparación tiene como principio rector aquel según el cual la intervención en derechos fundamentales se justifica y, por tanto, es constitucional, si y sólo si ella revista la menor intensidad posible o la intensidad estrictamente necesaria para la protección de un derecho, principio o bien constitucional.

El haber desatacado esta característica tiene como propósito esclarecer el test de necesidad y, en particular, la ponderación. Tal propósito de esclarecimiento se justifica en la finalidad de que el Tribunal Constitucional y los jueces, al momento de examinar la constitucionalidad de una norma que interviene en derechos constitucionales, como pueda ser una ley, una ordenanza regional o una ordenanza municipal, sea en un proceso de inconstitucionalidad o sea un proceso de amparo, puedan examinarla en aplicación de estos test. La adecuada comprensión y el empleo correcto de estos principios tienen como propósito la búsqueda de la racionalidad de la argumentación constitucional y, con ello, la legitimidad de la misma y, ciertamente, de la propia justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (editores) *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792.

Alexy, Robert “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik”, en La Torre, M. y Spadaro, A. (editores) *La ragionevolezza nel Diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 9-26.

Bernal Pulido, Carlos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

Clérico, Laura *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 34, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

Hirschberg, Lothar *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981.

Schlink, Bernhard *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.