

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y SU APLICACIÓN AL ESTUDIO DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

**THE PRINCIPLE OF REASONABLENESS AND ITS APPLICATION TO THE EXAM OF
THE VALIDITY OF LAWS**

Mauricio Maldonado Muñoz *

Resumen: Este artículo aborda el principio de razonabilidad desde dos perspectivas. La primera que intenta explicar al derecho como orden en su contenido válido. La segunda, consecuencia de la primera, que usa el principio como método interpretativo para determinar la validez y constitucionalidad de las normas jurídicas, valiéndose de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad stricto sensu. A estos, en tanto son también juicios, les hemos sumado los de finalidad y de respeto al contenido esencial de los derechos, siguiendo la propuesta del profesor Sapag. En tanto la razonabilidad sirve de método interpretativo, se alude a ella en relación a la teoría del anticonflictivismo en los derechos fundamentales, que sostiene que no existen verdaderos conflictos de derechos y que, en realidad, dicha colisión se produce solamente entre intereses o pretensiones.

Palabras clave: Razonabilidad, validez del derecho, anticonflictivismo, interpretación de derechos fundamentales, armonización de derechos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito). Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Autor de varias publicaciones sobre derecho tributario, derecho constitucional y filosofía del derecho. Presidente AED-PUCE 2010. Investigador en la CEP. mmaldonadomunoz@gmail.com

Abstract: *This article approaches the principle of reasonableness from two perspectives. The first perspective attempts to explain the law—as a human order—in its valid content. The second perspective, which is a consequence of the first one, uses the principle as an interpretive method to determine the validity and constitutionality of legal rules, applying the sub-principles of adequacy, necessity and proportionality stricto sensu. Additionally, we have added an analysis of finality and of respect to the essential content of rights. In this sense, the principle of reasonableness is used as an interpretive method, that alludes to the anti-conflictivism theory of fundamental rights, which supports that conflicts of rights do not exist, and that, in fact, such a collision takes place only between interests or pretensions.*

Key words: *Reasonableness, Validity of law, anti-conflictivism, interpretation of fundamental rights, harmonization of rights*

Fecha de recepción: 29-01-2013

Fecha de aceptación: 10-05-2013

Fecha de publicación electrónica: 26-06-2013

Sumario. *I. Planteamiento general. II. El principio de razonabilidad en el Ecuador. III. El principio de razonabilidad. IV. El principio de razonabilidad y la armonización de derechos y bienes públicos. La teoría anticonflictivista de derechos fundamentales. V. El principio de razonabilidad y sus exigencias particulares para el control de validez de las normas jurídicas. VI. Pautas para la determinación del contenido de los derechos en un análisis de igual jerarquía de derechos y/o bienes públicos. VII. Conclusiones. Referencias.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Desde una visión fundamental, este trabajo busca acercarse al principio de razonabilidad, al menos desde dos perspectivas. La primera, que intenta explicar el derecho—como orden humano—en su contenido válido. La segunda, consecuencia de la primera, que plantea el uso del principio como herramienta hermenéutica

para determinar la validez y constitucionalidad de las normas jurídicas, valiéndose de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Traducidos, estos, en determinados juicios a los que nosotros, siguiendo a Sapag, hemos sumado los de finalidad y de respeto al contenido esencial de los derechos. Dicha incorporación será luego justificada en este trabajo. (Aclaremos desde ya que el principio de razonabilidad, en su esfera de método de interpretación de validez de las normas jurídicas, suele ser denominado de esta manera sobre todo en Argentina y en Estados Unidos, donde también se le llama ‘debido proceso sustantivo’. A su vez, el derecho continental europeo, conoce a éste como ‘principio de proporcionalidad’. Para esta última tradición, la razonabilidad es una pauta de interpretación sustantiva. Más adelante aclararemos por qué hemos escogido, de modo general, esta última denominación).

Por referencia abordaremos la necesaria relación que debe tenerse de la razonabilidad —como método interpretativo— con la teoría del anticonflictivismo, opuesta a la ampliamente difundida teoría conflictivista de los derechos fundamentales. Esto nos permitirá acceder de mejor manera a más convenientes procesos hermenéuticos.

Este trabajo pretende, de la misma manera, contribuir a un mejor entendimiento y a la correcta aplicación del principio de razonabilidad en el Ecuador, donde su estudio ha sido prácticamente nulo.

II. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL ECUADOR

En la legislación ecuatoriana se alude al principio de razonabilidad en tanto método interpretativo de validez de las normas jurídicas. Tal cosa ocurre con la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, específicamente en su artículo 3 núm. 2, que se refiere al *principio de proporcionalidad* que, como veremos, es el mismo de *razonabilidad* pero así

nominado por la tradición del derecho continental europeo. El aspecto de su denominación será, sin embargo, abordado también en este trabajo, prefiriendo siempre el término ‘razonabilidad’ por los fundamentos que posteriormente se explicarán.

Al respecto de la norma citada, merece la pena señalar que, en todo caso, la incorporación del principio resulta dudosa por la dispersión de los métodos de interpretación constitucional que dicha ley prevé¹ y por la confusión que nace de lo que señala la Constitución de la República en torno a su propia interpretación².

Analógicamente, como se verá más adelante, la razonabilidad —en perspectiva intrasistemática y desde el punto de vista de la no restringibilidad de los derechos— por cuanto en el ordenamiento argentino suele ubicarse en el artículo 28 de la Constitución Nacional, bien podría hallarse, en el derecho ecuatoriano, en el artículo 11 núm. 4 de la Constitución de la República.

No obstante lo dicho, en el Ecuador el principio de razonabilidad —y la interpretación que de él surge— no ha sido tratado con profundidad, si acaso de modo referencial en pocos precedentes jurisprudenciales que tampoco se han ocupado en desarrollarlo y que, en muchos casos, han pretendido hacer del principio una desviación³. Mucho menos ha sido analizada la

¹ Cfr. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 3.

² Cfr. Constitución de la República del Ecuador, art. 427. Inconsistentemente la Constitución ecuatoriana llama a aplicar el método gramatical, lo que es ajeno, generalmente, a la doctrina constitucionalista.

³ En la sentencia n. 022-10-SCN-CC, la Corte Constitucional declaró la *constitucionalidad condicionada* de la norma que instituyó el afianzamiento tributario en el Ecuador. En ella señaló que las normas deben perseguir “una finalidad legítima que respete los derechos constitucionales”, y sin embargo mantuvo el requisito que antes había reconocido que violentaba el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva. Cfr. Maldonado Muñoz, 2011, págs. 125-140.

posibilidad de definir al derecho por su razonabilidad —lo que yo luego llamo *razonabilidad general*—.

III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

III.1. La razonabilidad y su aproximación a la definición del derecho como orden humano justo

El profesor Bidart Campos sostiene que «lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad». Así entendido, el principio es una exigencia de justicia jurídica. El mismo doctrinario apunta, precisamente, a la equivalencia del concepto a la garantía del *debido proceso sustantivo*, de lo que se sigue que su finalidad es “resguardar al valor justicia en el contenido de todos los actos de poder, y también de los particulares»⁴ (Bidart Campos, 2008, pág. 71).

El mismo autor ha manifestado, en otro de sus escritos, que “la razonabilidad y lo razonable superan las formalidades para internarse en un contenido sustancia que no es “puesto” discrecionalmente por quien dicta la norma y adopta las medidas “razonables”, sino que se anuda a patrones axiológicos superiores y objetivos” (Bidart Campos, 2007, pág. 54); o, lo que es lo mismo, que el derecho válido se supone razonable por cuanto se arregla a ciertos valores y principios.

Como yo lo veo, esto empata con lo que el profesor Sapag ha señalado en torno a la razonabilidad, en tanto ella de algún modo caracteriza al derecho, de lo que se entiende que “[d]esde que el derecho es un orden humano requiere el recurso a la razón; de aquí se deriva la idea de que el derecho es un orden racional y será orden humano en la medida que sea razonable” (Sapag, 2008, págs. 160-161).

⁴ Ya en Aristóteles se puede encontrar esta aproximación al derecho como justicia, esto cuando señala: “La justicia es una necesidad social, porque el derecho es la regla de la vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho” (Aristóteles, p. 22).

En mi propio entendimiento existe, entonces, una caracterización del derecho por su razonabilidad. De allí puede entreverse la existencia de una *razonabilidad general* que resulta en una teoría jurídica que, en postura intelectualista⁵, explica de modo complejo al derecho, en cuanto a su contenido válido, partiendo del concepto lato de 'lo razonable'; es decir, de lo que se considera arreglado, justo y conforme a la razón. Todo lo que supone una equitativa presencia y correlación entre lo que resulta racionalmente justo, empíricamente esperado y lógicamente sensato e idóneo para aprender, prever, exigir o interpretar conceptos que, jurídicamente relevantes para la sociedad, constituyen el orden de una comunidad política, en las relaciones existentes entre los individuos y entre los individuos respecto de la comunidad⁶.

La razonabilidad participa de una exigencia del derecho y de la justicia que, de hecho, define lo jurídico en torno a su función y finalidad⁷. El principio, entendido de ese modo, se corresponde con todo lo que aquí se ha expresado en torno al 'derecho razonable'⁸, o sea válido y justo. Entiendo que la explicación que

⁵ Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, el intelectualismo sostiene que tanto la razón como la experiencia participan de la aprehensión del conocimiento, de modo que resulta en una postura ecléctica entre el racionalismo y el empirismo.

⁶ La caracterización del derecho desde lo razonable procura su mejor entendimiento y mejor definición. De algún modo, entender que el derecho en sí es una exigencia de justicia es sugerir que él, ontológicamente, se define por su esencia y no por sus usos.

⁷ Sobre este punto me referiré en un trabajo posterior sobre razonabilidad en que acudiré a propuestas filosóficas sobre la funcionalidad y la finalidad del derecho, en particular a las formuladas por los profesores John Finnis y Michael S. Moore.

⁸ A ese respecto merece la pena recordar a Santo Tomás de Aquino, quien define a la ley como un "ordenamiento de la razón, orientado al bien común y promulgado por quien tiene el cuidado de la comunidad" (De Aquino, cuestión 90, artículo 4). La noción de "ordenación de la razón", en la visión tomista,

antecede sea la que motiva que el profesor Cianciardo sugiera, respecto de la temática, que “[e]n última instancia se encuentra en juego el concepto mismo de derecho como forma humana coexistencial” (Cianciardo, 2009, pág. 24).

He recogido en este trabajo que la razonabilidad de alguna manera resulta en una explicación del contenido del derecho⁹. En un sentido, esto ocurre porque los principios suprapositivos¹⁰ se entiende que son *intrínsecamente* razonables. Así el principio de libertad, de igualdad o la vida. Ellos están justificados en sí mismos. Las normas positivas, en cambio, no son *per se* razonables o, más bien, no son siempre razonables aunque de hecho puedan serlo, lo que motiva, justamente, que estén sujetas a un examen de razonabilidad para determinar si cumplen con un estándar que los preceptos suprapositivos poseen de suyo. La razonabilidad de las normas positivas válidas es, entonces, *extrínseca*.

Nótese que, en parte como consecuencia de lo que antecede, el principio de razonabilidad puede verse desde dos perspectivas:

refiere a la virtud cardinal de la ‘prudencia’, que en derecho podría asimilarse o entenderse como ‘razonabilidad’.

⁹ Obviamente, este análisis de contenido del derecho que supone la razonabilidad debe aparejarse al hecho de que las normas positivas (no las suprapositivas) deben provenir de autoridad competente o de los acuerdos válidos de los individuos (leyes inter-partes). Incluso, para el caso de las primeras, ellas deben seguir un procedimiento, comúnmente establecido por la Constitución del Estado, o las leyes para algunos actos normativos inferiores, que determina el proceso de formación y aprobación de las normas. Si se prescindiera de éste o se lo desconociera, se incurriría en una inconstitucionalidad formal, que igualmente haría caer a la norma en cuestión. Vale decir, en todo caso, que incluso el contenido de las normas que dictan el procedimiento de formación y aprobación puede ser sometido a examen de contenido de razonabilidad (bien pudiera ser que ellas establezcan plazos indiscriminados).

¹⁰ La idea común a los iusnaturalismos, como lo ha señalado Massini Correas, es aquella que reconoce “al menos un principio suprapositivo jurídico en el que se fundan racionalmente ciertas normas o derechos” (Massini Correas, 1994, pág. 88)

intrasistemática y extrasistemática. La perspectiva intrasistemática corresponde al entendimiento y uso del principio en los diferentes ordenamientos —individualmente considerados—. El segundo caso se refiere a los argumentos en base a los que el principio sería aplicable más allá de cada ordenamiento concreto (Véase: Cianciardo, 2009, págs. 127-128; y, 2000, pág. 315).

Obviamente, comprender a la razonabilidad más allá del ordenamiento puntual de que se trate nos retorna, una vez más, al entendimiento del principio en relación al derecho como orden humano y respecto de su función y finalidad.

De ese modo, en un sentido amplio, y como puede entreverse de lo que aquí hemos esbozado, el estudio de la razonabilidad bien puede alcanzar al estudio del derecho en sus fundamentos y también en sus propósitos. De allí que, en ese contexto, el lugar del estudio de la razonabilidad bien pueda ser la filosofía del derecho, en torno a que ella se ocupa del derecho en su aspecto ontológico, gnoseológico, lógico y axiológico¹¹. De todos modos, por cuanto no es el objeto de este trabajo, no profundizaré más en esta cuestión que he dejado reservada para un trabajo futuro en que me haré cargo extensamente de esta propuesta.

III.2. El principio de razonabilidad aplicado al estudio de validez de las normas. Su denominación. Generalidades.

Nótese que si hemos concluido que el derecho debe ser un orden razonable, es evidente que aquello pueda traducirse a un análisis de sus contenidos. En este punto merece la pena recordar que habíamos indicado que el profesor Bidart Campos señalaba que el término ‘razonabilidad’ suele usarse como equivalente del

¹¹ Lo que de alguna manera implica cuestionarse: ¿qué es el derecho? ¿qué es (o qué comprende) el saber jurídico?, ¿qué estructuras lógicas tiene el derecho?; y, ¿qué es lo que hace valer al derecho o cuáles son sus valores? (derecho en sentido valorativo).

‘debido proceso sustantivo’. Ciertamente esto es así, y así se reconoce en los trabajos de los profesores Sapag y Cianciardo, a quienes he seguido en esta parte (Véase: Sapag, 2008, pág. 163; y, Cianciardo, 2009, pág. 37). Lo mismo puede verse en el trabajo del profesor Linares Quintana (Véase: Linares Quintana, 1989, págs. 12-13). El término razonabilidad —en la acepción en que nos hemos referido en este último acápite— equivale, entonces, al debido proceso sustantivo y ambos pueden usarse de modo indistinto.

Asimismo, el principio de razonabilidad se corresponde con aquel que el derecho continental europeo conoce como ‘principio de proporcionalidad’. Un intento de diferenciarlos, como lo ha apuntado Cianciardo, es inoficioso por cuanto sus distingos son “más aparentes que reales” (Cianciardo, 2009, pág. 27).

Téngase en cuenta que un intento de separar definitivamente a la razonabilidad y a la proporcionalidad olvidaría el paralelismo en el desarrollo que del principio ha realizado la jurisprudencia norteamericana —y argentina— y la europea, llegando a conclusiones similares y en uso casi de idénticos razonamientos. Es cierto que la razonabilidad vale en más sentidos¹², pero es porque ella —en la aproximación que propuse en el acápite 3.1— explica el contenido del derecho de modo complejo, de lo que se sigue que el control de razonabilidad de las normas no es sino una

¹² El profesor Bernal Pulido señala que la razonabilidad “se erige como un concepto ambiguo (...) De esta manera, no puede hablarse de un significado unívoco y constante del concepto de razonabilidad” (Bernal Pulido, 2008, pág. 68). Aunque, según él, son dos los conceptos que adquieren mayor relieve, y son la razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad y la razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad. Nótese, sin embargo, que el profesor Bernal Pulido parte de la concepción de la razonabilidad desde el criterio del Tribunal Constitucional español y desde la visión de la corrección de las decisiones en su racionalidad y contra de su arbitrariedad. Me parece, por eso mismo, que la visión que expresa es acotada. Y respecto de la falta de univocidad del concepto, he señalado en este trabajo que eso ocurre, justamente, porque la razonabilidad vale en muchos sentidos, aunque siempre concretizados a partir de una *razonabilidad general* que define al derecho.

aplicación concretizada del principio a modo de examen normativo para determinar su validez.

En cualquier caso, para efectos de este trabajo, preferiré siempre usar el término *razonabilidad*, pues es aquel que considero nominalmente más idóneo para referirnos al principio en cuestión. Esto ocurre porque que sólo la denominación ‘razonabilidad’ puede alcanzar de algún modo autonomía nominal, acercándose de mejor manera al instituto que buscamos caracterizar. Lo antedicho tiene valor puesto que de las tres formas en que podemos referirnos a dicho principio¹³ —en su vertiente interpretativa del contenido de las normas—, es la única que no requiere distinguirse de una institución diferente o de uno de los subprincipios devenidos del propio principio¹⁴. Me refiero a que el término *razonabilidad* pervive por sí mismo, mientras que el debido proceso debe calificarse de ‘sustantivo’ para diferenciarlo del puramente procesal (‘adjetivo’); y, siendo que la denominación ‘principio de proporcionalidad’ debe distinguirse de aquella del subprincipio de ‘proporcionalidad *stricto sensu*’. La denominación *razonabilidad*, entonces, resulta en una mejor identificación del principio, además de que deviene de cierta comprensión del derecho en que sus fines lo caracterizan desde lo razonable pudiendo someterse a este examen a las normas, de modo que se pueda determinar si ellas cumplen con éste estándar.

III.3. Otros enfoques del principio de razonabilidad

En otras posturas la razonabilidad es vista desde un enfoque de diversas fuentes. Así, señala el profesor Luther que “[l]as reflexiones de los constitucionalistas acerca de la razonabilidad se dificultan al determinar la fuente jurídica del “cánon” o “criterio”

¹³ Esto es, (1) *razonabilidad*; (2) *proporcionalidad*; y, (3) *debido proceso sustantivo*.

¹⁴ Como se vio en el acápite número 1 y como se explicará más adelante, los subprincipios son: (1) *adecuación*; (2) *necesidad*; y, (3) *proporcionalidad stricto sensu*.

de razonabilidad, reenviando en modo pragmático a los juicios habituales de los jueces constitucionales o, en modo dogmático, a los principios fundamentales de la Constitución, en Italia sobre todo al principio general de igualdad o a la esencia de la justicia, en Alemania también a un principio general de libertad o a la esencia de los derechos fundamentales” (Luther, 2006, pág. 2).

También el principio de razonabilidad ha sido tratado en términos generales del principio de igualdad¹⁵. En cuanto a esto último, estimo que esta conceptualización no es errónea, en tanto que como lo refiere el profesor Nino, prácticamente todas las definiciones de discriminación que se han propuesto “incluyen una referencia abierta a la razonabilidad” como criterio para diferenciar las discriminaciones legítimas de las ilegítimas (Nino, 2005, pág. 419). En sentido similar el profesor Martínez Tapia ha dicho que “[l]a racionalidad entendida como razonabilidad es (...) el concepto eje alrededor del cual gira la discusión moderna acerca de la igualdad en la ley, hasta el punto que el juicio de la razonabilidad de la desigualdad y juicio de constitucionalidad coinciden: sólo la desigualdad razonable es constitucional” (Martínez Tapia, 2000, pág. 99).

En todos los casos, entiendo que de estas caracterizaciones debe seguirse que de la razonabilidad deviene la igualdad y no al contrario.

De otro lado, al menos de acuerdo a cierta práctica jurisprudencial¹⁶, el control de razonabilidad se incluye dentro del control de constitucionalidad en cuanto las normas irrazonables resultan inconstitucionales. Así lo ha señalado también el profesor Mercader Uguina, quien dice que “[e]l factor razonabilidad es un

¹⁵ El profesor Sapag ha anotado que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha diferenciado el *due process clause* del *equal protection clause*. En tanto la primera mira a la justicia de las normas en general y la segunda a la justicia de las distinciones que hacen las normas que realizan un tratamiento desigual (Sapag, 2008, pág. 167).

¹⁶ Entre otros: C.S.J.N., “Ercolano”, Fallos: 136:161 (1922), C.S.J.N., “Cine Callao”, Fallos: 247:121 (1960). C.S.J.N., “Peralta”, Fallos: 313:1513 (1990).

formidable instrumento discursivo de la justicia constitucional, hasta el punto de que se ha hecho coincidir juicio de razonabilidad con juicio de constitucionalidad, tanto en su contenido como en su límite” (Mercader Uguina, 2008, pág. 132).

El principio de razonabilidad, a estos efectos, se constituye en el aspecto sustantivo del control de constitucionalidad.

IV. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LA ARMONIZACIÓN DE DERECHOS Y BIENES PÚBLICOS. LA TEORÍA ANTICONFLICTIVISTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La suposición de que los derechos se encuentran en conflicto, como base de la teoría conflictivista y las propuestas de interpretación que de ella surgen, ha sido ampliamente difundida y, de hecho, se encuentra presente en muchos trabajos sobre derechos fundamentales que toman como punto de partida estos supuestos (Véase: Guastini, 2010; Moreso, 2009; Prieto Sanchís, 2009; y, Ruiz Ruiz, 2006/2007). Lo propio ha ocurrido con alguna jurisprudencia¹⁷.

¹⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia n. 067-12-SEP-CC, donde la Corte Constitucional ecuatoriana señaló en reiteradas ocasiones que existen conflictos de derechos, en el sentido siguiente: “...dentro de un caso concreto pueden suscitarse conflictos entre derechos constitucionales que entren en colisión; es por ello que corresponde a los jueces constitucionales emprender un juicio hermenéutico que permita solventar este conflicto entre derechos” (Corte Constitucional, sentencia n. 067-12-SEP-CC, caso n. 1116-10-EP). Sin embargo, otros pronunciamientos jurisprudenciales en Ecuador han manejado mejor terminología, acercándose de manera más adecuada a este problema, así lo hizo la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso “Andrade Medida c./ EMELMANABI”, donde dijo: “La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, *en apariencia, se encuentran en conflicto*” (C.S.J., *Ius Humani*, v. 3 (2012/13), p. 150

Sin embargo, según entendemos, los profesores Toller y Serna¹⁸ han demostrado que no existen verdaderos conflictos de derechos, pues esa suposición vulnera, en sí, un principio lógico y además resulta inconveniente desde la hermenéutica.

Efectivamente, presuponer que los derechos se encuentran en conflicto olvida el principio de no contradicción, en virtud del cual no se puede ‘ser’ y ‘no ser’ al mismo tiempo y en el mismo sentido (dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas, a la vez, verdaderas). Del principio de no contradicción se sigue que en los supuestos conflictos de derechos, donde exista un *derecho* habrá un contrario *no derecho* o, más precisamente, no podrán ser los dos, al tiempo, ‘derechos’. Hay que hacer hincapié en que el ya citado principio lógico es universalmente válido, además de evidente y verdadero en sí mismo (Véase: Toller, 2006, 138-181).

Es posible, sin embargo, encontrar derechos con puntos de contacto que por su naturaleza dicen necesaria relación con otros derechos (tal contacto, por supuesto, no implica un conflicto). No obstante ese supuesto, la mayoría de los derechos no se encuentren ni en contacto, menos aún en colisión o conflicto. A este respecto, los precitados autores señalan que si bien existe contacto evidente entre, por ejemplo, el derecho al honor y el derecho a la libertad de prensa, no es posible advertir que tal relación exista, verbigracia, entre el derecho de autor y el derecho de huelga. La mayoría de los derechos, y también su ejercicio, perviven sin necesaria colisión de unos y otros.

Los conflictos, siempre según Serna y Toller, no ocurren entre derechos, sino ya acaso entre pretensiones o intereses individuales. De allí, señalan que “[e]n rigor, el extendido mito

Sala de lo Contencioso-Administrativo, res. 168-07, 11/04/2007, R.O. Suplemento n. 339 - 17/05/2008). El énfasis es añadido.

¹⁸ En contra de la posición conflictivista, véase también la postura del profesor De Domingo, que ha señalado que “el intérprete debe tener la convicción de que, al no estar ante un verdadero conflicto, la solución que aplique no puede entrañar la lesión de algún derecho fundamental” (De Domingo, 2001, pág. 377).

del conflicto se da sólo aparentemente entre los *derechos* —en abstracto y en concreto— y realmente entre las *pretensiones* —tanto en general, como en sentido procesal— y entre los *intereses* individuales de cada una de las partes” (Serna & Toller, 2000, pág. 37).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha sostenido, a este respecto (en pronunciamiento que puede extrapolarse —lógicamente— a cualquier ordenamiento), que para que exista legitimación para actuar en una causa, debe existir un interés suficientemente concreto, distinto de los demás, inmediato, sustancial, particular y diferenciado (no el mero deseo genérico de la legalidad) —ello cuando se trata de conflictos individuales—¹⁹. De esto se desprende que siempre debe verificarse la existencia de un “caso”²⁰.

En efecto, si bien los órganos jurisdiccionales siempre se encuentran abiertos a las peticiones de los ciudadanos, lo que *activa* la jurisdicción es el interés de quien acude en calidad de parte presentado sus *pretensiones*. El conflicto, entonces, ocurre entre aquello que las partes *pretenden como derechos*. No obstante, lo que en realidad están buscando es la realización de sus *intereses* que, en tanto sean contrarios, no pueden ser ambos verdaderos, porque si lo fueran —lo que de todos modos es imposible— no tendría sentido que un tercero (el juez) sea el

¹⁹ Pudiendo diferenciarse a estos de los intereses colectivos y de los intereses individuales homogéneos. Cfr. C.S.J.N., “Halabi”, Fallos: 332:111 (2009), cons. 9.

²⁰ En “Halabi” la Corte Suprema consideró: “En todos esos supuestos [cuando existan intereses individuales, individuales homogéneos y de incidencia colectiva], la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos”. C.S.J.N., “Halabi”, Fallos: 332:111 (2009), cons. 9.

encargado de determinar dónde tiene asidero el derecho de la parte que jurídicamente está asistida de razón —en los casos en que corresponda—.

En esta propuesta, los métodos que parten del conflictivismo deben reemplazarse por uno que satisfaga estas exigencias y razonamientos. Los métodos de jerarquización²¹, en un caso, y de *balancing test* o ponderación²², en otro, se deducen justamente del conflictivismo. Empero, si lógicamente hemos inferido que no existen conflictos de derechos y, además, se sabe que los derechos fundamentales poseen unidad —y perviven en necesaria coexistencia—, entonces debe inferirse que la mejor interpretación no debe jerarquizar o balancear, sino *armonizar*.

La armonización, en un ordenamiento constitucional, se entiende que deviene del concepto ampliamente difundido de la unidad y organicidad de la Constitución. En efecto, se sabe que la Constitución es un *todo orgánico*²³ que, además, es principio de validez y unidad del ordenamiento jurídico. De ello se entrevé que todas las disposiciones de una norma constitucional son igualmente válidas, lo que se hace aún más patente en cuanto a los derechos fundamentales que ella protege. Esta realidad se puede observar también en la Constitución del Ecuador, específicamente en su artículo 11, número 6, que reza:

²¹ El método de jerarquización implica poner, *a priori*, una escala de derechos supuestamente superiores en importancia ante otros que, se entiende inferiores a los primeros, no pueden preferirse en detrimento de ellos sino, por el contrario, que deben sacrificarse. La jerarquía, en ese sentido, es abstracta, absoluta, previa y rígida. Y así se aplica al examen de los derechos fundamentales.

²² La ponderación, como dice Guastini, «[n]o consiste en “poner de acuerdo” a los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación parcial o en el sacrificio parcial de los dos principios. Uno de los principios se aplica, el otro es decididamente descartado» (Guastini, 2010, pág. 89).

²³ De lo que se sigue que la interpretación de la Constitución debe ser siempre sistemática.

Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía²⁴.

Nótese que aplicar la Constitución en parte, y no aplicarla en otra, sería desconocer el valor de cierto precepto constitucional, lo cual no es procedente. Como se dijo, los preceptos de la Constitución son todos igualmente válidos: justamente a esto —en el ámbito de los derechos fundamentales— acude la propuesta de armonización²⁵.

Esta propuesta, que busca que la *armonización* se imponga a la *jerarquización* y al *balanceo* o *ponderación* implica que no podrá sostenerse la teoría de los “límites externos”,²⁶ de los

²⁴ En el Ecuador, entonces, el método de jerarquización está proscrito. Sin embargo de esto, la Corte Constitucional ecuatoriana consideró en la sentencia n. 067-12-SEP-CC, que si bien esta jerarquía no existía en abstracto, podía establecerse cierta jerarquía variable con base en una *axiología móvil* que supone, conforme la sentencia, “atender a los elementos fácticos y a las peculiaridades del caso concreto para sopesar un derecho en relación a otro” (Corte Constitucional, sentencia n. 067-12-SEP-CC, caso n. 1116-10-EP). Obviamente, de acuerdo a la postura que hemos adoptado en nuestro trabajo no podemos concordar con esas afirmaciones. De hecho, si se analiza correctamente la sentencia, se verá que la misma decisión a la que arribó la Corte podía lograrse por vía de la armonización, pero sin las confusiones teóricas allí surgidas.

²⁵ En parte la propuesta de armonización empata con el *principio de concordancia práctica*, utilizado como parte de los principios de los que se sirve el llamado *método tópico* de interpretación constitucional que, además de partir del principio citado, acude a los principios de “unidad de la Constitución”, de “corrección funcional”, de “función integradora” y “de fuerza normativa de la Constitución” (cfr. Pérez Royo, 2007, pág. 128). La forma de interpretación de la concordancia práctica, en la que no puede ceder un precepto constitucional ante otro —porque terminaría anulándose— es, igualmente, consecuencia de la unidad constitucional y de la organicidad de la norma suprema.

²⁶ La idea de los límites externos emergería de la colisión de un derecho y otro. Esto, según el profesor Cianciardo, impide la consecución de uno de los fines principales de los derechos: “la resistencia a la limitación”. Cfr. Cianciardo, 2000, pág. 367.

derechos, sino una de “límites internos”, de lo que se entrevé que hay que acudir, para el examen de los derechos fundamentales, a su *contenido esencial* (lo que nosotros entenderemos como el contenido mismo del derecho). Es posible, a este respecto, diferenciar la teoría absoluta de la teoría relativa del contenido esencial.

La teoría absoluta del contenido esencial de los derechos asimila *contenido esencial* con *núcleo duro* del derecho. O sea que esa teoría supone que existe una parte disponible o accesorio y otra propiamente esencial que está integrada, dice la profesora Villaseñor Goyzueta —citando al profesor Prieto Sanchís—, por aquellos elementos “absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal” (Villaseñor Goyzueta, 2011, pág. 68). En la teoría absoluta hablamos de un contenido esencial inmóvil y permanente y de un contenido disponible por el legislador.

La teoría relativa del contenido esencial sostiene, por su parte, que las restricciones a los derechos fundamentales deben justificarse en un análisis de proporcionalidad. En esta visión, “[e]l contenido esencial de un derecho fundamental resulta de su ponderación con aquellos bienes y derechos que justifican su limitación. Por tanto, no existe un núcleo permanente (...) La única razón para hablar de un contenido esencial es el juicio de constitucionalidad de la justificación al límite o injerencia en el derecho fundamental” (Villaseñor Goyzueta, 2011, pág. 66).

Una tercera posibilidad, que bien mirada se colige de lo que se ha venido esbozando, es identificar un ámbito “amplio de ejercicio razonable de un derecho” o, lo que es lo mismo, identificar *contenido esencial* con *contenido del derecho*, lo que supone definir al derecho en general y determinarlo en las circunstancias concretas para que no sea alterado o restringido (Véase: Serna & Toller, 2000, págs. 19-21).

Vale indicar, una vez que hemos explicado la teoría en cuestión, que estos mismos razonamientos sirven cuando el

contacto se produce entre derechos y bienes públicos, como la libertad y la seguridad. Tampoco allí existe conflicto e, igualmente, la mejor interpretación deberá seguir el camino trazado por la armonización.

Un análisis, cualquiera que fuese, que involucre derechos, deberá partir de estas premisas para su mejor enfoque y entendimiento. No escapará a los lectores que la teoría propuesta (el anticonflictivismo), si bien contradice a una mayoritaria imperante, parte de algunos supuestos lógicos y, en último término, cierra del mismo modo su argumentación. La propuesta es, a mi gusto, la mejor explicación al largo trajinar discursivo respecto a la temática. Las razones las he detallado sumariamente pero he procurando dar una visión global del tema en cuestión.

V. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y SUS EXIGENCIAS PARTICULARES PARA EL CONTROL DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

El examen de los contenidos del ordenamiento jurídico para conocer si ellos se adecúan a las exigencias de razonabilidad del derecho como orden humano puede denominarse “control de razonabilidad”. Esto que he señalado descansa en un argumento hermenéutico. De hecho, conforme opina la profesora Flores Galindo, “[l]a razonabilidad es una actitud de la razón práctica que trata de llegar a la toma de decisiones por la argumentación” (Flores Galindo, 2006, pág. 189).

El profesor Finnis, a ese efecto, ha señalado que “comprender un sistema jurídico, y por supuesto participar en su mantenimiento, aplicación y desarrollo, supone comprometerse con la razón práctica” (Finnis, 2001, págs. 17-18).

La razonabilidad, desde luego, y en consecuencia de lo señalado, se infiere como facultad de la propia concepción filosófica de la razón práctica. Su efectivización se traduce en

modo de interpretación como requisito para examinar qué normas (argumentos, razones, juicios, premisas) resultan razonables y cuáles escapan a esta naturaleza: siendo irrazonables.

La interpretación que de la razonabilidad surge es, asimismo, una consecuencia de la razón media; no de las posturas *a priori* concebidas. En ese sentido, el profesor Mercader Uguina, siguiendo al profesor Zagreblesky, ha señalado que “[l]a razonabilidad alude, en todo caso, a la capacidad de «adaptación» de alguien respecto de algo, con el fin de evitar conflictos mediante soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Se trata, pues, «no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida que sea posible)»” (Mercader Uguina, 2008, pág. 133).

En esta medida, algunos teóricos²⁷, una parte de la jurisprudencia²⁸ e incluso alguna legislación²⁹ reconocen cierto

²⁷ V. gr.: Sapag y Cianciardo (en sus trabajos sobre razonabilidad que aquí hemos citado). Cfr. también Toller, Sapag & Maqueda, 2012.

²⁸ El caso “Aceval Pollachi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho: “Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad”. C.S.J.N., “Aceval Pollachi”, Fallos: 334:799 (2011), cons. 8. En la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros” la Corte sostuvo: “el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (C.S.N.J., “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros”, (2009) cons. 10). Asimismo son casos de aplicación del control de razonabilidad: “Arriola” (C.S.J.N., Fallos: 332:1963 (2009)), “Hooff” (C.S.J.N., Fallos: 327:5118 (2000)) y otros.

²⁹ Cfr. art. 3 núm. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador. En cuanto a esta norma, nótese que ella equivoca el uso del término restricción, pues eso mismo está prohibido desde la perspectiva del artículo 11 núm. 4 de la Constitución de la República.

método que debe seguir el control de razonabilidad; así, es generalmente aceptado que existen tres pautas o juicios propios del examen y que se han esquematizado en forma de subprincipios: i) adecuación (idoneidad); ii) necesidad; y, iii) proporcionalidad *stricto sensu*.

Estos subprincipios se basan, en primer lugar, en la relación de dos aspectos que se pueden entrelazar de cualquier tipo de norma o regulación: los medios y los fines³⁰. Claramente existe una relación entre los medios que se usan y los fines que se buscan. Así, un medio puede ser más efectivo, eficiente y proporcionado para lograr cierto fin, mientras que otros pueden ser totalmente ajenos a tal cometido. Se impone, por tanto, a vista de los subprincipios ya citados, analizar cómo ellos interactúan para conocer si se enmarcan o no en lo razonable.

Este control sólo puede hacerse a través de ciertos juicios y mediante una metodología que satisfaga el objetivo indicado. En ese orden, se trata de analizar si un medio puede lograr un fin, si además no es un medio restrictivo y si no es desproporcionado. Sobre todo, en una mejor interpretación, no sólo deben analizarse las relaciones del medio con el fin, sino el fin y el medio en sí mismos.

³⁰ En cuanto a esta relación, véase lo señalado en el caso “Hoofit” de la Corte Suprema de la Nación argentina: “...La mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada” (C.S.J.N., “Hoofit”, Fallos: 327:5118 (2000), cons. 6). En este caso, la Corte ha aplicado lo que la Corte Suprema norteamericana ha denominado *sistema de escrutinios*, tratándose, en el caso, de un sistema de escrutinios ‘estricto’ (*strict scrutiny*). Cfr. Giardelli, 2006, pág. 36.

Por estas razones, y siguiendo a Sapag, en nuestro análisis, el control de razonabilidad deberá referirse a cinco juicios: i) finalidad; ii) adecuación; iii) necesidad; iv) proporcionalidad *stricto sensu*; y, v) contenido esencial del derecho (ya habíamos señalado la relevancia y la necesidad de determinar lo relativo a este aspecto³¹).

V.1. Finalidad

El análisis de finalidad requiere examinar si el fin y objetivo que persigue la norma es lícito y constitucional. Obviamente, si la razonabilidad es una exigencia del derecho y también de su función y sus fines, entonces ha de ser menester realizar, en primer lugar, un examen teleológico. Nótese que este juicio posee relevancia por cuanto el control de razonabilidad se trata de la comparación y relación entre medios y fines, por lo que parece lógico que estos últimos mentados deban ser puntualmente analizados y no solamente presupuestos. La mayoría de tratadistas, sin embargo, señalan que al analizar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se debe suponer que existe una finalidad constitucional. Esto, empero, aparece como un contrasentido, puesto que no se puede partir de la idea de que debemos comparar medios y fines y no comenzar por determinar cuáles son estos.

V.2. Adecuación

El análisis de adecuación se refiere a la eficacia. En otras palabras, conforme al subprincipio de adecuación, la regulación debe lograr el fin que busca. Aquí importa la existencia de una relación clara de medio a fin que permita entrever que el medio escogido satisface la exigencia del fin previsto, en cuanto dicho medio debe poder alcanzar el cometido de la norma. En este

³¹ Un puntual análisis al respecto consta en el trabajo sobre razonabilidad del profesor Sapag. Cfr. Sapag, págs. 186-194.

terreno aún no estamos en los aspectos propiamente relativos a la justicia del medio, sino sólo a los atinentes a la posibilidad fáctica de que dicho medio pueda realizar el que hemos establecido como fin. Por ejemplo, el agua es un medio adecuado para apagar una fogata, no lo es la gasolina. No discutiremos si es el mejor medio, sólo si es un medio idóneo.

En lo jurídico (al menos en torno al más común de los casos que suele presentarnos el derecho, o sea la aplicación de una sanción ante una inconducta jurídica), demostrar esta situación resulta de un análisis que en parte es intuitivo y que, en otro aspecto, se sigue de un fenómeno psicológico que tiene incidencia en el ámbito de aplicación del derecho. En cuanto a lo que se intuye, debe suponerse que una sanción se justifica ante cierta conducta dañosa. Lo mismo, la sola prescripción de la sanción opera para que ella pueda evitarse mediante la llana amenaza de punición. En torno al aspecto psicológico, como lo ha demostrado el conductismo (Véase: Skinner, 1994, pág. 113), en gran porción —aunque no exclusivamente— los seres humanos reaccionamos ante la condición consecucional producida por una causa, de lo que resulta que, si el efecto se torna dañoso, es probable que de modo general tratemos de evitarlo. En lo que nos interesa, el temor a la sanción puede, en varios casos, condicionar nuestra conducta para no incurrir en ella. O sea que, en nuestro terreno, entendemos que el régimen sancionador del que el derecho se sirve es en principio adecuado para acceder a sus fines.

En cuanto a nuestro análisis específico, las condiciones de adecuación deben conducirnos a determinar un nexo causal (o sea el establecimiento de las condiciones que producen de las causas a los efectos una relación intrínseca). La aptitud de causar cierto efecto es la razón por la que un medio es antecedente de un fin o una consecuencia. Esta es la idoneidad que el análisis de adecuación pretende examinar.

Esta relación de adecuación o idoneidad de los medios con los fines se refiere a una condición abstracta y general, aunque

entendemos que también pueden hacerse referencias a situaciones concretas de aplicación de las normas. En ese sentido, la eficacia puede ser vista —a partir de un acercamiento que podríamos considerar *sociológico*— también desde cierto enfoque que analiza la eficacia fáctica de una regulación (o sea la medida en que ella se aplica en la realidad)³².

No obstante, téngase en cuenta que debe analizarse siempre, en primer lugar, la aptitud del medio para cumplir el fin, más allá de las circunstancias fácticas de su eficacia en la realidad. Esto ocurre porque siendo las normas respuestas legislativas a necesidades sociales, su dictado implica una manifestación en favor de atender dichas necesidades, aunque las normas no constituyan por sí mismas la resolución de aquellas. Es decir que en los casos en que se requiera, la ulterior eficacia puntual de la norma dependerá de la aplicación de ciertas políticas públicas o de la puesta en ejecución de determinadas acciones.

En otras palabras, en cuanto al análisis de adecuación, importa primordialmente definir la capacidad abstracta del medio para llegar al fin; no tanto las circunstancias concretas fácticas, pues ellas pueden depender, en buena medida, de la implementación o de la mejor ejecución de políticas públicas, proyectos o planes, que son propiamente actos y no abstracciones. Me parece, por lo tanto, que el examen de razonabilidad en torno a la adecuación se efectiviza en el terreno de la teoría del derecho y de la argumentación lógica junto a la experiencia que nos permite determinar, racionalmente, la relación causal de un medio (en tanto *'es causa de'*) respecto de un fin. De hecho, como quedó señalado más arriba, el análisis fáctico de eficacia normativa es más propio de la sociología jurídica (o del aspecto *fenomenológico del derecho*³³) y si bien tal cosa importa para la

³² Como se verá en el acápite siguiente, esas circunstancias fácticas serán parte de nuestras consideraciones, pero sobre todo para efectos ilustrativos.

³³ Conforme el profesor Bobbio, “[l]a investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico social, y mientras se orienta

toma de decisiones y correctivos necesarios (sobre todo en sus efectos *ex post*), no es menos cierto que tal cosa no es primordial para el análisis de idoneidad desde el punto de vista del principio de razonabilidad, y me parece que no podría serlo.

V.3. Necesidad

El análisis de necesidad supone verificar si el medio para lograr el fin que se ha escogido además de poseer eficacia es eficiente³⁴ o, más bien, si aquél no constituye un medio restrictivo de entre todos los mecanismos igualmente eficaces, idóneos o adecuados. En cuanto a la necesidad de las sanciones, de acuerdo al subprincipio homónimo, los medios elegidos deben satisfacer un estándar en el cual tienen que resultar menesterosos, no meramente convenientes o eficientes desde el utilitarismo. La

al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como la de la más típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho” (Bobbio, 1992, págs. 20-24)

³⁴ Antes habíamos dicho, ejemplificando, que el agua es un medio eficaz para apagar una fogata, sugiriendo que la adecuación de los medios con los fines que persiguen las normas jurídicas debe seguir esa misma pauta de eficacia. O sea la posibilidad abstracta de un medio para lograr un fin. Convendremos en que, sin embargo, una pequeña fogata podría apagarse bien con una cubeta de agua o con la intervención de los bomberos. Esto último, no obstante, sería absurdo, aunque sería eficaz; por supuesto, esto no sería eficiente, necesario o menesteroso. Supongamos, ahora, ya en el terreno de lo jurídico, que cierta conducta merezca una sanción y que la valía de los bienes atacados por dicha conducta implique una pena de prisión que se estime necesaria a vista de los bienes de que se trate. Habría entonces eficacia y eficiencia, adecuación y necesidad. Por el contrario, si la prisión no fuese necesaria, sino tan sólo, por ejemplo, una multa, la sanción (prisión) sería adecuada, pero no necesaria, desde el punto de vista del principio de razonabilidad. Luego, si fuese necesaria, la medida (extensión) de la prisión sería, en cambio, materia del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

eficiencia de la que hablamos es jurídica, es decir la que aparece de entre todas las opciones como aquella no limitativa de derechos³⁵, teniendo en cuenta, previamente, a vista del análisis de adecuación, que el medio elegido sea igualmente eficaz.

V.4. Proporcionalidad stricto sensu

Conforme entiende el profesor Bernal Pulido este juicio trata “de la comparación entre dos intensidades o grados, el de realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico” (Bernal Pulido, 2008, pág. 136). Nótese, en todo caso, que conforme nuestra postura, en que hemos adherido al anticonflictivismo, entendemos que la afectación no puede ocurrir en el derecho como tal. Las afectaciones no pueden y no deber ocurrir sobre el derecho en su ámbito de ejercicio razonable porque ello resultaría en un desmedro del propio concepto que hemos tratado de delimitar.

V.5. Contenido esencial del derecho

Conforme lo enseña el profesor Toller, el contenido esencial del derecho es un concepto adoptado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, específicamente en su artículo 19. Advierte, sin embargo, que tal concepto estaba ya anticipado casi cien años antes en la Constitución de la Nación Argentina el artículo 28, que

³⁵ No debe olvidarse que en este trabajo hemos adherido a la teoría del anticonflictivismo por lo que entendemos que el mejor lenguaje para explicar este subprincipio debe tener claro que el medio elegido no debe ser restrictivo en modo alguno. Contrariamente, la doctrina mayoritaria suele señalar que el medio debe ser el menos restrictivo. En nuestro caso, sin embargo, eso es siempre inexacto. Se trata, siempre, de mantener a los derechos indemnes y no desvirtuar el alcance de lo que propiamente debemos entender por dichos derechos.

prevé la inalterabilidad de los derechos. En realidad, como explicaré en la parte pertinente, preferiré siempre esta última denominación por cuanto es más exacta y concordante con este estudio.

Aproximándose a una definición, el tratadista explica que el contenido esencial es “la garantía constitucional que tutela el ámbito de funcionamiento razonable del derecho de que se trate (...) y, en virtud de la misma todo menoscabo del derecho, venga de los poderes públicos o de los particulares, es, en consecuencia, una acción inconstitucional” (Toller & De Reina Tartiére, 2002, pág. 6).

Piénsese que lo que se busca al determinar el contenido de los derechos involucrados es que ninguno se sacrifique en aras de otro; verbigracia, si un periodista obtiene fotografías de una persona que acostumbra drogarse en la intimidad de su casa, no diremos que hay un derecho a examinar las acciones privadas de los hombres cubierto por la libertad de prensa. Sí sostendremos, en cambio, que el ciudadano que ha sido fotografiado se encuentra amparado por el derecho a la privacidad. Un ‘no derecho’ frente a un ‘derecho’ —en contacto, pero no en conflicto—; justamente porque ambos no pueden ser a la vez derechos cuando hay pretensiones individuales contrarias. No se puede sostener, razonablemente, que exista un derecho a la libertad de prensa que suponga internarse en las acciones privadas, porque eso mismo implicaría soslayar totalmente el derecho a la privacidad —en su contenido—, lo que sería un contrasentido desde la lógica y desde la visión de razonabilidad que hemos presentado del derecho como orden humano.

V.6. Consideraciones generales sobre la teoría del contenido esencial de los derechos

La idea misma del contenido esencial de un derecho nos traslada a una exigencia en que los derechos fundamentales deben ser reglamentados por normas razonables que permitan conservar

indemne ese contenido; por eso está justificada la incorporación de este juicio al estudio de razonabilidad. Hay que tener en cuenta, eso sí, que en una lógica anticonflictivista y desde una mirada de los derechos fundamentales desde sus límites internos, el *contenido esencial del derecho* es el propio *contenido del derecho* en un ámbito de ejercicio razonable. Rememoremos en este punto que habíamos adherido a una teoría que descarta la teoría absoluta y la teoría relativa del contenido esencial. Ello puesto que en ambos casos (teoría absoluta y teoría relativa) se habla de los derechos fundamentales como si tuviesen, siempre, una parte disponible o restringible. Bien mirado, esto quiere decir que se podría identificar nominalmente a un derecho incluso con sus excesos, o sea con los que no pueden tenerse, en ningún caso, como derechos. De otro modo: ¿qué deberíamos entender como derechos?

De la teoría de la razonabilidad que aquí hemos explicado debe inferirse que sólo pueden integrar el sistema jurídico las normas que, siendo relevantes jurídicamente, poseen además esa característica. En ese sentido, en el campo de análisis que ahora nos ocupa, no se puede decir, por ejemplo, que las calumnias estén cubiertas por la libre expresión, tal como no está cubierta la violación por la libertad sexual o la venta de cosas robadas por el libre mercado. En ese caso no hablamos de derechos, hablamos de “no derechos”. Es claro que estos ámbitos son disponibles por el legislador, como lo son otros de menor alcance. Pero en realidad son disponibles no porque sean partes accesorias del derecho, sino porque no integran el contenido de lo que podemos llamar propiamente derechos. En los mismos casos señalados, desde un enfoque de la teoría relativa, si realizáramos una *ponderación* de bienes y derechos, claramente obtendríamos la misma respuesta: estos no integran el contenido esencial del derecho. ¿Por qué, entonces, habríamos de llamar ‘derechos’, aunque sea por puro nominalismo, a aquellos que no lo son ni esencial ni accesoriamente?

Tómese en cuenta que en una de sus acepciones la palabra derecho implica facultad, o sea ‘tener derecho a’. Bien mirado, sólo *se tiene derecho a* lo que puede justificarse desde la razonabilidad de su contenido. En esa misma línea, los profesores Toller y Serna han señalado acertadamente que debe determinarse el contenido esencial del derecho en un ámbito amplio de ejercicio razonable, de modo que “una vez definido en general y determinado las circunstancias concretas, [éste] es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones *utilitarias*³⁶” (Serna & Toller, 2000, pág. 47).

Por esto que antecede, pienso que sería mejor hablar de la garantía de *inalterabilidad* de derechos o de la *no restringibilidad*, como lo hacen el artículo 28 de la Constitución de la Nación argentina y, a su turno, el artículo 11 núm. 4 de la Constitución de la República del Ecuador. Aunque sea sólo nominalmente, hablar de contenido esencial del derecho sugiere que hay una parte del derecho que no es propiamente derecho, lo que hace un contrasentido.

VI. PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS EN UN ANÁLISIS DE IGUAL JERARQUÍA DE DERECHOS Y/O BIENES PÚBLICOS

Con la salvedad hecha en la parte anterior en que hemos aclarado que contenido esencial es en realidad contenido del derecho y que, en ese sentido, es mejor hablar de *inalterabilidad* o *no restringibilidad* de derechos, en esta parte señalaremos cuál es el método para determinar ese contenido.

El profesor Sapag señala que este examen “requiere que se realice una interpretación teleológica del derecho fundamental a

³⁶ El profesor John Rawls ha encaminado parte de su trabajo a demostrar cómo el utilitarismo en su visión clásica es incapaz de satisfacer ciertas exigencias de justicia, al menos en torno a ella como noción de equidad. Cfr. Rawls, 2003, págs. 129-158.

partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto” (Sapag, 2008, pág. 194). Se dice, en ese sentido, que se trata de un análisis de la *legitimidad intrínseca del medio utilizado* (Véase: Maqueda Fourcade, 2012, págs. 11-12 y 63-66).

Con base en esto tomaremos en cuenta, además, algunas conclusiones a las que hemos arribado antes en este trabajo y que, a nuestro entender, han quedado suficientemente sustentadas. En primer lugar, que los derechos perviven en unidad y son armónicos. Luego, ningún derecho puede sacrificarse en virtud de otro porque eso supondría que a uno de ellos le estaríamos dando un contenido que no tiene y, a otro, le estaríamos restando parte de su contenido. Eso implicaría, desde un análisis constitucional, anular un precepto —o una parte de aquél— lo que no es posible. Para determinar el contenido de un derecho deberemos partir, entonces, de la idea de que todos los individuos poseen la misma aptitud para ejercerlos, o que todos ellos son titulares de derechos fundamentales. En ese sentido tendremos que pensar, por ejemplo, que un ejercicio de libertad no puede atentar contra la vida de un inocente o que, como en el ejemplo al que acudimos antes, la libertad de prensa no puede afectar a la inmunidad de las acciones privadas de los hombres. Asimismo, siempre ejemplificando, una pretendida protección al bien público de la seguridad no puede amparar la tortura de individuos, aún de los considerados peligrosos. No hablamos, por supuesto, desde una óptica meramente consecuencialista o simplemente utilitarista, pues no pensamos en la persona como medio, sino como fin. Piénsese, entonces, que estas consideraciones que hemos hecho nos aproximarán al contenido de cada derecho de modo general.

En segundo lugar, cuando nos encontremos ante el contacto de dos derechos fundamentales —o, en su caso, bienes públicos— deberemos tener en cuenta ya no la abstracción sino la concreción de los planteamientos que las partes interesadas presenten en cada

caso puntual o, en todo caso, los intereses que se infieran de los hechos. Atentaría a nuestro planteamiento que nuestro ejercicio comparativo debiese realizarse en términos de, por ejemplo, libertad de prensa vs. honra y/o privacidad; o, libertad personal y/o ambulatoria vs. seguridad. Al contrario, para este examen deberemos enfrentar cada uno de los intereses o situaciones de los bienes involucrados conforme a los derechos en juego, estableciendo normas hipotéticas para definir si nos encontramos frente a un verdadero derecho y para establecer dónde reside la razón jurídica. Bajo esta metodología, concretizaremos las pretensiones de cada parte para comprobar si a ellas mismas les podríamos llamar derechos³⁷. Claramente, intereses opuestos o pretensiones, no podrán ser ambas llamadas derechos, pues en los casos en que sea aplicable sólo una de las dos afirmaciones podrá ser cierta. La otra violentará, *per negationem* de su contenido, al derecho de que se trate.

VII. CONCLUSIONES

1. Desde cierto punto de vista la razonabilidad delinea el concepto de derecho en tanto es un orden humano que se define por su finalidad y su función. En ese sentido, el derecho tiene como fin lograr lo justo jurídico. Los principios suprapositivos son intrínsecamente razonables. O sea que su razonabilidad se justifica por sí misma en la razón y en evidentes criterios humanos de convivencia. Así, son principios suprapositivos, por ejemplo, la vida, la libertad o la dignidad. A su turno, las normas positivas, para ser válidas, deben ser asimismo razonables; en su caso, no obstante, su razonabilidad es extrínseca. Es decir, estas normas pueden sujetarse a un análisis de razonabilidad, pues en ellas

³⁷ Una referencia a esta metodología ha sido propuesta por el profesor Toller en su cátedra de Derecho Constitucional. A ella he adherido señalando, en lo pertinente, mi propio entendimiento del método de aplicación sugerido.

dicha característica —a diferencia del caso de las normas suprapositivas— no resulta en sí mismo evidente. El control de razonabilidad es, también y de suyo, control de constitucionalidad en su ámbito sustantivo. La jurisprudencia argentina reconoce que la razonabilidad es una garantía constitucional que se ha ubicado de modo general en el artículo 28 de la Constitución Nacional. En el mismo sentido, por ello, es posible hacer un paralelismo con el artículo 11 núm. 4 y el artículo 11 núm. 8 inc. 2º de la Constitución de la República del Ecuador, en torno a la inalterabilidad de los derechos. De otro lado, en cuanto al principio de razonabilidad, en tanto instrumento de análisis de validez de las normas jurídicas, en el derecho ecuatoriano se encuentra recogido en el artículo 3 núm. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el llamado principio de proporcionalidad, que es el mismo de razonabilidad, pero así nominado por el derecho europeo continental, llamado también en la tradición norteamericana como debido proceso sustantivo.

2. El principio de razonabilidad —en su esfera de método hermenéutico para examinar la validez del contenido de una norma— suele asimilarse al debido proceso sustantivo, así como al principio de proporcionalidad. Sin embargo el término ‘razonabilidad’ alcanza autonomía nominal, de modo que constituye una mejor denominación del instituto en cuestión.

3. De modo general se aceptan tres subprincipios propios del contenido del principio de razonabilidad: i) adecuación; ii) necesidad; y, iii) proporcionalidad stricto sensu. Aunque, en una mejor interpretación, los subprincipios citados, traducidos en juicios, deben ser analizados, a la par de dos juicios más: finalidad y contenido esencial del derecho (que entendemos que se refiere al contenido mismo del derecho).

4. En cuanto a la interpretación de derechos fundamentales y bienes públicos, el mejor método hermenéutico deberá armonizar (no jerarquizar ni balancear o ponderar). Esto se sigue de una

teoría anticonflictivista que considera que los derechos no se encuentran en conflicto, de modo que pueden y deben pervivir en unidad. Esta teoría señala, asimismo, que las teorías conflictivistas olvidan el principio lógico de no contradicción, en virtud del cual dos proposiciones contrarias no pueden ser verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido, de manera que en los casos en que exista un derecho, habrá a su vez un ‘no derecho’ o, más precisamente, no podrán ser ambos, a la vez, derechos.

5. El análisis de finalidad supone realizar un examen teleológico de la norma o regulación para determinar si ella persigue una finalidad constitucional y socialmente relevante. Bajo el análisis de adecuación o idoneidad se debe hacer un examen de eficacia del medio usado respecto del fin que se quiere lograr. Este juicio mide la aptitud del medio para lograr el fin. El análisis de necesidad busca determinar si el medio, además de ser eficaz, es eficiente. O sea, en términos jurídicos, comprobar que el medio elegido sea el menos restrictivo de todos los medios igualmente eficaces. El análisis de proporcionalidad en sentido estricto busca realizar un examen de costes respecto de los beneficios de la medida con relación a lo ella supone afectar en los intereses en los bienes implicados, de modo que se observe cierto equilibrio y proporción. El análisis de respeto al contenido esencial del derecho tiene como objetivo definir si la regulación altera de algún modo el contenido del derecho, siendo por eso ilegítima.

A lo largo de este trabajo nos hemos planteado, de modo general, realizar una aproximación al estudio de validez de las normas jurídicas desde su ámbito sustantivo con base en la aplicación de métodos interpretativos que rescatan un análisis prudencial y un entendimiento del derecho desde su función connatural. Por supuesto, esto tiene por objeto preservar al derecho de aquellas normas que pueden amenazar al ordenamiento por vía de arbitrariedad. Esta humilde contribución

nos direcciona en un camino adecuado para arribar a mejores procesos hermenéuticos, a veces tan venidos a menos por malas prácticas jurisprudenciales y por defectuosas técnicas legislativas.

REFERENCIAS

- Aristóteles (1997). *La Política*. Trad. de P. de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bidart Campos, G.J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G.J. (2007). *Nociones Constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- De Domingo, Tomás (2001). *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Estudio preliminar de Antonio Luis Martínez-Pujante*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (2011). Revisando los fundamentos de la razón práctica. *Persona y Derecho*, 64, 15-42.
- Flores Galindo, M.L. (junio 2006). Falibilismo y razonabilidad en la filosofía de la ciencia y en la hermenéutica filosófica. *Andamio*, 2, 181-200.
- Giardelli, L. (2006). *El derecho a la igualdad y el sistema de escrutinios*. Buenos Aires: Pro manuscripto.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2ª ed.. Buenos Aires: Trotta.
- Linares Quintana, J.F.(1989). *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed.. Buenos Aires: Astrea.
- Luther, J. (12 de mayo de 2006). *Ragionevolezza e dignità umana*. *Polis Working Papers*, 591. Tribunale di Alessandria, Università del Piemonte Orientale, Working paper n. 79
- Maldonado Muñoz, M. (2011). *Afianzamiento tributario y solve et repete. Implicaciones procesales y constitucionales*. Quito: CEP.

- Maqueda Fourcade, S. (2012). *Precios de mercado y precios de Estado. Estudio sobre la razonabilidad de los controles de precios máximos*. Buenos Aires: Inédito, tesina presentada en la Universidad Austral.
- Martínez Tapia, R. (2000). *La igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Almería: Universidad de Almería - Servicio de Publicaciones.
- Massini Correas, C.I. (1994). *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mercader Uguina, J. R. (2008). Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 73, 127-146.
- Moreso, J.J. (2009). Conflictos entre principios constitucionales. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed. Madrid: Trotta.
- Nino, C. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (2003). Justicia como equidad. *Revista española de control externo*, 5, 13, 129-158.
- Ruiz Ruiz, R. (2006/2007). La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 53-77.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 17, 157-198.
- Serna, P. & Toller, F. (2000). *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Skinner, B.F. (1994). *Sobre el conductismo*. Buenos Aires: Planeta.
- Toller, F. (2006). Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos. En J. Cianciardo (ed.), *La interpretación constitucional en la era del neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo-Depalma.

- Toller, F. & De Reina Tartiére, G. (1 de agosto de 2002). Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento a menores en materia sexual. *E.D.*, 12-16.
- Toller, F. & De Reina Tartiére, G. (2 de agosto de 2002). Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento a menores en materia sexual. *E.D.*, 1-3.
- Toller, F., Sapag, M. & Maqueda, S. (2012). El principio de razonabilidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A propósito del control de razonabilidad de las restricciones a la libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM. México: publicación pendiente, 25 pp.
- Villaseñor Goyzueta, C.A. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México D.F.: Porrúa.