

CAPÍTULO SEGUNDO

DE TODO HAY EN LAS METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN: ALTERNATIVAS AL TEST DE PROPORCIONALIDAD

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior he planteado diversas críticas al test de proporcionalidad que se relacionan tanto con la justificación de algunas de las premisas fundamentales de la teoría alexiana como con la estructura formal del test que defiende Alexy y gran parte de la doctrina y la jurisprudencia. Queda claro, por ejemplo, que el test de proporcionalidad, al igual que el test de maximalidad que desarrollo, exige ciertas determinaciones para las que no existe una metodología bien definida. Es cierto, por tanto, que la aplicación del test de proporcionalidad abre enormes márgenes de discrecionalidad para las personas operadoras que emplean esta metodología.

Se ha visto, además, que incluso si aceptamos las premisas fundamentales de la teoría alexiana, lo cierto es que su versión del test no es útil para lograr la finalidad última planteada por el propio Alexy: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo jurídica y lo fácticamente posible. Es falso que la versión tradicional del test —con las gradas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, y que ha permeado tanto en la teoría del derecho como en la práctica jurisdiccional, sea realmente una metodología “necesaria o inevitable”.

Ahora bien, más allá de los problemas que tiene el test de proporcionalidad alexiano tanto en su estructura como en su aplicación, queda una cuestión por responder: ¿hay alternativas al test de proporcionalidad alexiano? O, para plantearlo de otra forma, ¿existen metodologías alternativas al test de proporcionalidad que permitan resolver los casos que Alexy define como colisiones entre derechos fundamentales?

En el presente capítulo abordo esta cuestión y analizo diversas metodologías que la doctrina y la jurisprudencia comparadas han identificado

como alternativas al test de proporcionalidad. En particular, en este capítulo presentaré un análisis y una formalización, cuando ello sea posible, de las siguientes aproximaciones metodológicas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los test o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

Por supuesto, el análisis de este capítulo no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni pretendo analizar todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada,¹²⁰ ni mucho menos realizo un análisis integral de cómo se han aplicado las metodologías analizadas en diferentes jurisdicciones. No busco, por ejemplo, explicar cómo el estándar de malicia actual o efectiva (una metodología *ad hoc*) se ha aplicado en todos los países que han importado el estándar, como tampoco pretendo explicar cómo los escrutinios ordinario, intermedio y estricto operan en todas las materias en las que la Corte Suprema estadounidense los ha empleado. En este capítulo me concentro en algunas de las metodologías que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica de otros tribunales.

Asimismo, es importante notar que estas metodologías alternativas no están exentas de complicaciones. Al igual que el test de proporcionalidad, se trata de metodologías que tienen ventajas y desventajas en diferentes planos. A lo largo de la exposición se irán anotando varias de ellas, pero desde ya conviene precisar que el propósito de este capítulo no es sugerir que existe una metodología alternativa que sea superior al test o a las otras. Simplemente pretendo dar elementos adicionales para defender la tesis de que el test de proporcionalidad no es, ni de cerca, una metodología inevitable o sin rivales serios en la adjudicación constitucional.

En este capítulo haré una comparación entre la estructura del test de proporcionalidad y el resto de las metodologías de adjudicación alternativas. En la medida de lo posible, presentaré una formalización de estas metodologías, a fin de poder identificar de una mejor forma sus similitudes y diferencias con el test alexiano. Este ejercicio, como se verá a lo largo del capítulo, también servirá para echar una luz renovada sobre diversas cuestiones discutidas por la doctrina.

En términos generales, defenderé las siguientes tesis:

¹²⁰ Por ejemplo, no exploro algunas metodologías, usadas con mucho menor frecuencia, tales como las que han recurrido al concepto de la “esfera de lo indecible” de Ferrajoli (2008). Para un caso reciente, proveniente de la jurisprudencia mexicana, véase el trabajo de Aguiar Reynoso y Contreras Medrano (2020).



- 1) Existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como forma de evitar conflictos. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial.
- 2) Existen otras metodologías que son alternativas y que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos pero que los resuelven a partir de parámetros que prescinden de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos.
- 3) Existen, asimismo, aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.
- 4) Existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense.
- 5) Existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad. Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test sólo en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del test (el examen de necesidad).

II. LAS TEORÍAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

1. *Una distinción necesaria: las teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos*

Una de las alternativas más claras respecto al test de proporcionalidad son algunas teorías que recurren al concepto del “contenido esencial” de los dere-



chos fundamentales.¹²¹ El debate sobre este concepto ha sido vigoroso en ciertas jurisdicciones,¹²² sobre todo en aquellas en las que sus respectivos textos constitucionales la reconocen expresamente.

La que probablemente ha generado una mayor discusión es la referencia expresa que hay en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que en su artículo 19(2) señala literalmente lo siguiente: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.¹²³

¹²¹ Enfatizo que sólo algunas teorías que recurren a la noción de “contenido esencial”, “núcleo esencial” o “núcleo” duro son efectivamente alternativas al test de proporcionalidad ya que —como no es sorprendente— estamos frente a concepto(s) ambiguo(s). Hay autores, como Hinojo Rojas (1996, p. 499) que emplean el concepto de “núcleo esencial” no para referirse al núcleo de derechos en específico, sino para referirse a un conjunto de derechos que constituirían el núcleo esencial de *todos* los derechos humanos. Para este autor, el “núcleo esencial” o “núcleo duro se encuentran el derecho a la vida; el derecho a la libertad y a la seguridad personal; el derecho a no estar sometido a esclavitud ni servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”.

¹²² De acuerdo con Petit Guerra (2016, p. 197) las siguientes constituciones o cartas de derechos recogen expresamente el concepto de “contenido esencial”: Albania (art. 17.2), Alemania (19.2), Argentina (28), Chile (19.26), Eslovaquia (13.4), España (53.1), Estonia (11.2), Hungría (8.2), Kirguistán (17.2), Moldavia (54.2), Polonia (30.3), Portugal (18.3), República Checa (4.4), Rumania (49.2), Suiza (36) y Turquía (13). No obstante, este trabajo es un extraordinario ejemplo de cuán elusivo puede ser el concepto y su aplicación a ordenamientos concretos. Baste con decir que el artículo 28 de la Constitución argentina no hace referencia textual alguna al núcleo duro: “Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De hecho, este artículo ha sido interpretado por buena parte de la doctrina argentina como la base constitucional del principio de proporcionalidad (o razonabilidad, como le denominan algunos autores). Por ejemplo, Bouzat (2016, p. 177) señala que el principio de razonabilidad (o proporcionalidad) “brinda un estándar más preciso a legisladores y jueces para determinar el límite a la reglamentación de los derechos constitucionales establecidos en el artículo 28. El principio de razonabilidad constituye una garantía constitucional que exige que las leyes guarden una adecuada proporcionalidad entre el medio escogido y el fin que se propone alcanzar. El mismo es una creación jurisprudencial y doctrinaria que si bien está inspirada en el principio de debido proceso legal sustantivo del derecho constitucional norteamericano se identifica más con el principio de proporcionalidad del derecho constitucional alemán y español”. Y contrástese la redacción de la Constitución argentina con el artículo 19.26 de la Constitución chilena, en la que sí hay una referencia expresa al concepto: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar a los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

¹²³ Echo mano de la traducción al español realizada por Ricardo García Machado y Karl-Peter Sommermann, así como la traducción al inglés, realizada por Christian Tomus-



E igualmente importante para el mundo hispánico ha sido el hecho de que el artículo 53 de la Constitución española reconoce expresamente el concepto de “contenido esencial” en los siguientes términos:

Artículo 53

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

Sin embargo, se trata también de una teoría que ha sido trasladada a otros sistemas jurídicos, incluso en aquellos casos en los que sus respectivas Constituciones no reconocían expresamente el concepto del “contenido esencial”. Ese sería el caso, por ejemplo, de Colombia.¹²⁴

¿Qué suele entender la doctrina por contenido esencial? De acuerdo con Ignacio de Otto, constituye una suerte de “límite a los límites” a los derechos fundamentales. Pero no todas las teorías que recurren al concepto de contenido esencial comparten los mismos supuestos. Desde aquí conviene comenzar a hacer algunas distinciones relevantes, especialmente entre las teorías “absolutas” y “relativas” del contenido esencial.

Como explica Petit Guerra (2016, p. 195), las teorías absolutas parten “del supuesto que cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna, es decir, que existan ‘los elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible’”. Esta concepción implica que los derechos también tendrían una suerte de contenidos “no esenciales” (o blandos), que sí podrían ser sujetos de intervención o restricción, a diferencia de los contenidos “esenciales” (o duros), que no admitirían ningún tipo de intervención. Como apunta Pereira Otero (2014), estas teorías de los derechos fundamentales

arrancan afirmando la posición nuclear que contiene cada uno de ellos, cuya periferia es afectable por las interferencias del poder, mientras que su núcleo

chat, David P. Currie, Donald P. Kommers y Raymond Jerr, publicadas ambas por el Parlamento alemán. La traducción al inglés del artículo 19 (2) es la siguiente: “Article 19 [...] (2) In no case may the essence of a basic right be affected”.

¹²⁴ Como apunta Pereira Otero (2014, p. 73), la teoría del contenido esencial de los derechos “ha sido replicado por la jurisprudencia constitucional colombiana en importantes providencias de tutela y de constitucionalidad, siendo la primera, la sentencia C-556 de 1992, en la cual se examinaba la constitucionalidad de algunos decretos legislativos en Estados de excepción”.



duro es refractario a cualquier embate al poder, por estar constituido de sus elementos esenciales, sin los cuales perdería identidad; así el núcleo esencial garantiza el objeto del derecho, impidiendo su desaparición, anulación, destrucción o desnaturalización. (p. 72)

Como se puede ver, las teorías absolutas sostienen que el contenido esencial es una suerte de “parte intocable”, por lo que “cualquier afectación a su respecto sería ilícita”, mientras que en su parte “blanda” o “contingente” sí es posible “establecer restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas” (Pereira Otero, 2014, p. 79).¹²⁵

En cambio, las teorías “relativas” serían las que postulan que el núcleo duro no es intocable. Como apunta el propio Pereira Otero (2014), estas teorías entienden “que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho afectado como para el bien protegido a través de su delimitación” (p. 79).

Como puede verse, este tipo de teorías relativas no son genuinamente alternativas a la ponderación (o al test de proporcionalidad). Todo lo contrario. De hecho, parecería que lo que se afirma es que el núcleo duro es precisamente un producto posterior del ejercicio de ponderación, o bien, que se trata de la misma cosa. Según el propio Pereira Otero (2014), en las teorías relativas, “el núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental” (p. 79).

Así lo ha entendido también parte de la doctrina alemana. Como apuntan Bumke y Voßkuhle (2019),

[d]e acuerdo con la teoría relativa, la pregunta sobre si el contenido esencial de un derecho ha sido infringido sólo puede ser contestado mediante la ponderación de las normas constitucionales en competencia, tomando en consideración todas las circunstancias del caso individual. De acuerdo con esta

¹²⁵ Por supuesto, incluso las teorías relativas del contenido esencial deben hacerse cargo de la siguiente cuestión: ¿cuáles son los parámetros que permiten determinar si una intervención en el contenido no esencial de un derecho fundamental es válida o no? Algunos autores sostendrían, incluso, que este parámetro no es otro que el test de proporcionalidad. No entro en este (interesante) debate, pues lo que me interesa es explicar las metodologías que son *alternativas* al test de proporcionalidad, y no aquellas que, de algunas u otra forma, terminan incorporándolo.



teoría, no hay una diferencia entre la garantía de la esencia y el principio de proporcionalidad. (p. 70)

Incluso el propio Alexy describe así a las teorías relativas del contenido esencial:

Según estas [teorías relativas del núcleo esencial], una limitación a un derecho fundamental toca el núcleo esencial siempre que sea desproporcionada, es decir, inadecuada, innecesaria o desproporcionada en sentido estricto.¹²⁶

Por tanto, para efectos de este trabajo lo que más interesa son las teorías absolutas del núcleo duro, en la medida en que sólo esta concepción representa una auténtica alternativa al test de proporcionalidad. O, para decirlo en palabras de Bumke y Voßkuhle (2019), interesa analizar teorías del contenido esencial, en tanto ellas asumen que

la interferencia con el componente esencial de un derecho debe ser juzgado independientemente del conflicto normativo existente, y que esta situación debe ser analizada en sus términos. La garantía [del contenido esencial] protege una parte de un ‘derecho fundamental’ independientemente de cómo una interferencia es juzgada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. (p. 70)

Antes de continuar con la exposición, conviene enfatizar que las teorías absolutas han perdido peso con el paso del tiempo. Buena parte de la doctrina y de la práctica jurisdiccional ha terminado por optar por las teorías relativas del contenido esencial o, de plano, dejando a un lado el concepto y optando por el principio de proporcionalidad. Ese parece ser el caso de Alemania y España. Así lo explican los propios Bumke y Voßkuhle (2019):

En la práctica constitucional, la garantía [del contenido esencial] no tiene importancia. El Tribunal Federal Constitucional incluso pudo contestar la pregunta relativa a si la cadena perpetua era constitucional... sin invocar la garantía... La Corte pudo hacer esto gracias al principio de proporcionalidad. Las interferencias con derechos fundamentales que violen este principio no necesitan ser medidas conforme al contenido esencial, y las que pasen el test de

¹²⁶ “According to these [relative theories of the essential core], a limitation of a constitutional right touches the essential core whenever it is disproportionate, that is, if it is unsuitable, unnecessary, or disproportionate in the narrow sense” (Alexy, 2002a, p. 76).



proporcionalidad son también compatibles con la garantía de esencialidad. En todo caso, no hay ningún ejemplo de una interferencia proporcional que viole el art. 19, párr. 2 [de la Ley Fundamental alemana]. El debate sobre el significado preciso de esta disposición es, por tanto, altamente abstracto. (p. 69)

En sentido similar, Rubio Llorente¹²⁷ señala, refiriéndose al caso español, lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha de invocar [la figura del contenido esencial] de manera constante porque está en la Constitución, pero ni esta presencia facilita su tarea, ni el resultado de ésta se vería afectado por su desaparición si con ella no desapareciera también la jurisdicción constitucional. Es, en cierto sentido, una mera figura retórica...

Desde este mirador, las teorías relativas del contenido esencial no proporcionan una alternativa metodológica al test de proporcionalidad. Y queda claro, asimismo, que la práctica de los tribunales constitucionales español y alemán parece haber abandonado, en buena medida, el empleo del concepto, al menos como una genuina alternativa al test de proporcionalidad.

La pregunta, entonces, es si dentro de la doctrina es posible encontrar una teoría absoluta del contenido esencial que, además de distinta al test alemán, proporcione una metodología de adjudicación alternativa y viable. Quizá la propuesta más estructurada y ambiciosa que se ha hecho en años recientes sea la teoría absoluta de Juan Antonio García Amado (2016), quien recientemente ha planteado una metodología alternativa al test alexiano.

2. *La teoría (absoluta) de García Amado: una tipología de derechos fundamentales*

La propuesta de García Amado (2016a, pp. 38-45) parte de una concepción alternativa de los derechos, para lo cual traza “una tipología de los derechos fundamentales, de la clase de objeto o bien por cada tipo protegido”,

¹²⁷ De hecho, Rubio Llorente fue particularmente crítico de la incorporación del concepto en la Constitución Española. En su momento, alegó que el “contenido esencial de los derechos y libertades” es “un concepto jurídico indeterminado, muy alejado de nuestras tradiciones y cuya determinación por el juez constitucional es una tarea nada simple y que arroja sobre los integrantes de nuestro futuro Tribunal Constitucional una carga tremenda de responsabilidad” (Rubio Llorente, 1997, p. 56).



además de especificar la forma en que se articula la protección de este tipo de derecho. ¿En qué consiste esta tipología?

Para García Amado (2016a, pp. 38-45), existen cuatro clases o tipos de derechos fundamentales. En primer lugar, tenemos a los derechos de exclusión o derechos-excepción (*derechos-E*). Son derechos cuyo objeto está “normativamente” construido o delimitado. Lo que se delimita (normativamente) es el “contenido positivo mismo del derecho, el propio objeto del derecho”. Sin esta delimitación, “el objeto mismo del derecho no existe, carece de consistencia o no es utilizable jurídicamente”. De esta forma, el ámbito de protección del derecho es un ámbito resguardado frente a *cualquier intromisión*, pues toda intromisión en él se considerará atentatoria contra ese derecho”.¹²⁸ Algunos ejemplos de este tipo de derechos son los siguientes: “derecho a la intimidad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al honor”.

En segundo lugar, existen derechos inclusivos o derechos-regla (*derechos-R*). El objeto de estos derechos es una “actividad «natural»”, esto es, “un objeto «primario» o prenормativo”, tales como “expresarse, moverse por el territorio, tener ideas, opiniones y pensamientos”. En estos casos, casos “lo que normativamente hay que definir son los límites al ejercicio de semejantes actividades «naturales» o espontáneas”. Por tanto, aquí lo relevante es “ver cuáles son las excepciones que operan frente a tales libertades, constituyendo las fronteras de su ejercicio”. García Amado ofrece un ejemplo: “el respeto al honor ajeno [un derecho-E] funciona como excepción y límite a la libertad de expresión [un derecho-R], pues de esa especie de recinto o ámbito constituido por el honor de cada cual queda excluida toda limitación”.

En tercer lugar, existen derechos a un hacer positivo del Estado (*derechos-A*). Este tipo de derechos “requieren una actividad concreta o prestación del Estado”. De esta forma, el “objeto” del derecho —“a lo que la correspondiente norma da derecho”— es justamente “a un *resultado* de esa actividad o prestación”. Por lo anterior, “sin esa actividad o prestación y su correspondiente resultado, no son operativos, pues no tiene otra virtualidad”. Dentro de este tipo de derechos estaría, por ejemplo, el derecho del detenido a ser informado de sus derechos y de la razón de la detención.¹²⁹ De acuerdo

¹²⁸ Énfasis añadido.

¹²⁹ García Amado proporciona otros derechos de este tipo, contemplados en la Constitución española: (i) derecho a que estén orientadas hacia la reinserción social y a la reeducación tanto las penas privativas de la libertad como las medidas de seguridad; (ii) derecho a la tutela judicial efectiva o a derecho al debido proceso, y (iii) derecho a un proceso público



con García Amado, este tipo de derechos “no están limitados por la concurrencia de otros derechos que se doten de contenido por relación a ellos”. En estos casos, el único contenido —y, por ende, también su contenido esencial— lo constituye la obligación de hacer por parte del Estado.¹³⁰

En cuarto lugar, existen los derechos a una omisión o abstención del Estado (*derechos-O*). Este tipo de derechos “exigen omisiones del Estado”, esto es, le imponen la obligación de “abstenerse de determinadas cosas”. No son la “secuela o reverso de obligaciones de hacer, sino de derechos fundamentales que comprometen al Estado directamente con un deber de omitir ciertas acciones o actividades”. Entre los derechos que entrarían dentro de esta categoría estarían, de acuerdo con García Amado, el derecho a no ser obligado a declarar, el derecho a no ser torturado, así como los derechos a los que no se aplique como pena ni la pena de muerte ni los trabajos forzados.

3. *Las relaciones entre los diferentes tipos de derechos*

¿Cuáles son las relaciones entre este tipo de derechos? García Amado (2016a, pp. 38-45) explica algunas relaciones relevantes. Por una parte, los derechos regla (*derechos-R*) son limitados por los derechos excepción (*derechos-E*). Esto es así porque los derechos-R “tienen en principio un campo amplísimo, que abarca toda la extensión de una actividad «natural», como expresarse [o] moverse”. Por ejemplo, el campo de la libertad de expresión (un derecho-R) “viene dado por todas y cualesquiera expresiones” que una persona pueda decir. Pero ese amplio campo (que no tiene, en principio, límites) se le “extraen trozos al dotar de campo propio a otros derechos”. Por ejemplo, el derecho al honor ajeno (derecho-E) “resta” a ese campo inicial del derecho a la libre expresión (un derecho-E). Así pues, parecería que, en estos casos, la adjudicación constitucional debe proceder de la siguiente forma: primero determinar el campo “inicial” del derecho-

sin dilaciones indebidas, en el que se informe sobre las acusaciones y ante un juez ordinario predeterminado por la ley.

¹³⁰ Es por ello que, de acuerdo con García Amado (2016, pp. 38-45), “someter estos derechos a ponderación y consiguiente derrota cuando otros pesan más supondría algunas consecuencias realmente nefastas y aborrecibles: Siempre que aquí se traigan a colación otros derechos o principios contra estos derechos-A, será con la intención de que el respectivo derecho-A sea derrotado y, con ello, de exonerar, en el caso, al Estado del cumplimiento de esa obligación que constituye el contenido esencial y único del correspondiente derecho fundamental”.



R; posteriormente delimitar el campo de todos los derechos-E que sean relevantes para el campo del derecho-R; para finalmente estar en condiciones de determinar el campo “restante” o “final” del derecho-R.

Por otra parte, los derechos excepción (derechos-E), no son limitados por los derechos-R. Un derecho-E, como el derecho al honor, “no tiene un campo o ámbito en principio específico que se vea restringido o recortado por el alcance de otro derecho”. Se trata, por así decirlo, de una suerte de campo “autónomo”, en la medida en que “el campo de un derecho-E es precisamente aquel que resulta inmune o se define como protegido frente al ejercicio de otro derecho”. Para usar un ejemplo del propio García Amado: “No es que la libertad de expresión limite el derecho al honor, sino que el derecho al honor es lo que pone límite a la libertad de expresión”. Por tanto, parecería que, en el proceso de adjudicación constitucional, la delimitación del campo de un derecho-R puede realizarse de manera autónoma (o, al menos, sin la necesidad de determinar el campo de otros derechos R).

Debido a lo anterior, un conflicto entre un derecho-R (como la libertad de expresión) y un derecho-E (como el honor) se resuelve mediante una subsunción, esto es, verificando si los hechos probados del caso pueden subsumirse bajo la “norma protectora” del derecho-E (el honor). En caso de que esto sea así, entonces podrá concluirse que se está frente a un “ejercicio ilegítimo” del derecho-R (esto es, de la libertad de expresión). En palabras de García Amado, en una situación como la descrita, el “derecho-E [el honor] vence en el conflicto, sin que haya más que ponderar o valorar”. Se trata, por tanto, de una protección que podría calificarse de absoluta, en la medida en que “nunca se va a afirmar que el honor sufrió daño, pero que ese daño queda compensado por el peso que en el caso tiene la libertad de expresión”. Más precisamente, para García Amado, en general puede decirse que “los derechos-E son derechos absolutos, pues no admiten afectación negativa en el ámbito que los define y les da sentido”.

Tratándose de derechos a un hacer positivo del Estado (derechos-A), de acuerdo con García Amado, por lo general no se está frente a casos de “conflictos entre derechos fundamentales”. Dicho de otro modo, en este caso “los conflictos jurídicos se suscitan únicamente por referencia a los mismos y a la interpretación de sus normas”. Por ejemplo, el derecho de una persona a ser informado de los motivos de la detención “dependerá en su modo de concretarse [...] de cuál se interprete que debe ser esa información que se [l]e dé y cómo, pero no admite excepción en razón del alcance de otro derecho que de esa manera se esté delimitando”. Por tanto, parecería que, en el proceso de adjudicación constitucional, el contenido del derechos-A



también puede determinarse de manera autónoma (esto es, sin referencia a derechos de otro tipo).

Finalmente, en el caso de los derechos a una omisión o abstención estatal (derechos-O), de nueva cuenta estamos frente a derechos absolutos. Se trata de derechos que, en términos de la propuesta de García Amado, no pueden ser derrotados o ponderados frente a otros derechos o principios. De igual forma, en el proceso de adjudicación constitucional, parecería que el contenido de los derechos-A (al igual que el de los derechos-O) puede ser determinado sin referencia al contenido de otros derechos.

4. Alcances y límites de la teoría absoluta de García Amado

La de García Amado es, como puede verse, una tipología de derechos que en buena medida apuesta por la delimitación de los derechos fundamentales, como una estrategia para evitar posibles colisiones entre derechos. Asimismo, en esta teoría la principal herramienta para la adjudicación de casos es la subsunción (y no la ponderación). En términos generales, lo que busca García Amado es evitar la posibilidad de que, vía ponderación, cualquier derecho pueda ser derrotado y, con ello, admitir afectaciones al “mismísimo núcleo de significado de esa norma o, dicho de otro modo, en la esencia palmaria de ese derecho”.

De hecho, como apunta el propio García Amado, tres de los cuatro tipos de derechos fundamentales (los derechos-E, derechos-A y derechos-O) son absolutos, en la medida en que una vez que se ha delimitado “el contenido o alcance ese bien mediante la interpretación de la respectiva norma iusfundamental, *no admiten que pueda ser constitucionalmente legítimo ningún daño a dicho bien o contenido esencial y definitorio del derecho*”. De esta forma, la resolución de casos que involucran a este tipo de derechos se resuelve mediante la interpretación y la subsunción.

García Amado echa mano del ejemplo de la tortura para ilustrar lo anterior. Para saber si un hecho H puede calificarse o no como tortura, un operador jurídico deberá, mediante la interpretación de las disposiciones constitucionales relevantes, determinar cuáles son las “características definitorias” ($C_1, C_2, \dots, C_n$) de los supuestos de tortura. Posteriormente, deberá verificar si H cuenta o no con dichas características ($C_1, C_2, \dots, C_n$). Si la respuesta es afirmativa, entonces es posible subsumir H bajo el supuesto de tortura. Y ahí habrá terminado la tarea del operador jurídico. El derecho a no ser torturado, bajo esta concepción, sí es un derecho absoluto.



Asimismo, conviene precisar que, bajo esta concepción, los derechos son absolutos en un segundo sentido: el contenido esencial de un derecho *D* no cambia dependiendo de las características particulares de los litigantes. En palabras de García Amado, “[n]o puede haber un núcleo esencial de *D* distinto para sujeto o grupo social, sino un único núcleo esencial con validez para todos”.

Finalmente, habría que decir que esta es una teoría en la que no existen contenidos “no esenciales”. Aunque García Amado constantemente señala que en su teoría “los derechos fundamentales sí son absolutos, sí ofrecen protección absoluta: cada uno protege absolutamente lo que constituye su núcleo o contenido esencial”, lo cierto es que, al menos en el caso de los derechos-E, derechos-A y derechos-O, el contenido del derecho y el contenido esencial del derecho son lo mismo.

¿Qué valoración puede hacerse de la teoría de García Amado? En primer lugar, habría que decir que, al menos en su trabajo aquí analizado, García Amado no termina de explicar por qué no es posible que exista un conflicto entre los derechos absolutos (o sus núcleos o contenidos esenciales, con la salvedad que ya se ha apuntado).¹³¹ Y esto, a final de cuentas, es una ausencia importante, pues parecería que nada impide que se presenten colisiones o antinomias entre los tres tipos de derechos que él denomina como absolutos: derechos-E, derechos-A y derechos-O.

Un ejemplo sirve para ilustrar lo anterior. Supongamos que, frente a la pandemia por la COVID-19, el Estado impone como medida la vacunación obligatoria para toda población. Se trata, como es claro, de una medida que busca garantizar un derecho fundamental: la salud individual y colectiva de la población. Y, al mismo tiempo, se trata de una medida que podría afectar otro derecho fundamental: la integridad física.¹³²

¹³¹ García Amado (2016) dice abiertamente que esa es una cuestión pendiente de respuesta: “¿[Y] en caso de conflicto entre esos derechos [absolutos] o sus núcleos o contenidos esenciales? ¿No tendrá necesariamente que verse uno de ellos limitado por el otro? No. Pero para explicarlo tendríamos que retornar a la tipología de los derechos y a las maneras en que pueden surgir o no conflictos entre los derechos de uno y otro tipo, aun partiendo que, como ya he señalado, los conflictos entre derechos fundamentales son no son la regla, sino la excepción muy puntual, cuando nuestros tribunales deciden sobre derechos fundamentales y cuando nuestro [tribunal constitucional] resuelve recursos de amparo. Pero sobre cuándo y qué tipo de derechos puede haber conflicto genuino y sobre si alguna vez y por excepción puede ser un método útil y no el perfecto subterfugio para un activismo judicial malévolamente encubierto habrá que escribir otro día” (pp. 38-45).

¹³² La doctrina española reconoce que la vacunación obligatoria incide en dicho derecho. Véase, por mencionar un ejemplo relativamente reciente, el trabajo de Ruiz Sáenz



En la tipología de García Amado, el derecho a la protección individual y colectiva de la salud sería un derecho-A, en la medida en que se trataría de un derecho a un hacer positivo del Estado y que requiere de una acción concreta o prestación: en este caso, a todas las medidas concretas para aplicar vacunas a la población, de tal forma que se reduzcan los contagios y de esta forma se proteja el derecho a la salud de la población. Por otra parte, el derecho a la integridad física sería, en la tipología de García Amado, un derecho-O, ya que dicho derecho exigiría una omisión o abstención del Estado: específicamente la de no tomar ninguna acción, como la vacunación forzada, en contra de la voluntad de las personas, o bien, la de no disponer del cuerpo de las personas.

El problema es que, como puede verse, el ejemplo mencionado implica la posible colisión entre un derecho-A y un derecho-O, esto es, dos tipos de derechos que en la teoría de García Amado tendrían un carácter absoluto. ¿Cómo habría que resolver este tipo de casos o conflictos? Por desgracia, parece que esta teoría, al menos en su desarrollo actual, no permite dar una respuesta a este tipo de problemas que distan mucho de ser hipotéticos.¹³³

En segundo lugar, la teoría de García Amado parece tener un riesgo por demás alto: la limitación excesiva de los derechos-R mediante la ampliación de los derechos-E. Si, como él afirma, los derechos-E “extraen trozos al dotar de campo propio a otros derechos” y por lo tanto sus campos resultan “inmunes” frente al ejercicio de otros derechos, entonces sería posible reducir muy significativamente el alcance de cualquier derecho-R (como la libertad de expresión) mediante el ensanchamiento del campo de un derecho-E (como el derecho al honor).

(2011), quien señala que “en el caso de la vacunación obligatoria, la controversia tiene lugar entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física” (p. 171).

¹³³ Ruiz Sáenz (2011) proporciona el siguiente ejemplo, en el cual, ante un brote de sarampión, un juzgado administrativo ordenó la vacunación forzosa de niños en contra del deseo de sus padres: “con fecha 24 de noviembre de 2010, en una decisión sin precedentes en España, el Juzgado de lo contencioso administrativo no. 5 de Granada, ante la existencia de un brote de enfermedad de sarampión en la ciudad de Granada y solicitada vacunación forzosa por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, resolvió autorizar la vacunación forzosa de 35 niños cuyos padres se habían negado a vacunarlos o no habían cumplimentado el requerimiento de recibir la dosis de la vacuna, amparando su decisión en la regulación contenida en la LOMESP [Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública]. Se produce en el presente supuesto... una confrontación entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física amparado en el artículo 15 de la CE [Constitución Española]” (p. 176).



De esta forma, creo que nada impide que, por la vía de la interpretación constitucional o de la concreción legislativa, se expandan de manera notable los alcances al derecho al honor —por ejemplo, para incluir una prohibición absoluta de publicar en la prensa notas negativas o insultantes sobre funcionarios públicos—, lo cual generaría limitación extraordinariamente alta y seguramente inaceptable en prácticamente cualquier democracia constitucional. De nuevo, este tipo de iniciativas no son meramente hipotéticas, para las cuales la teoría de García Amado desafortunadamente parece no dar una respuesta satisfactoria.¹³⁴

En tercer lugar, no queda claro que la tipología de García Amado sea adecuada para poder abarcar y articular las diferentes dimensiones que tienen los derechos humanos. Para García Amado, un derecho fundamental D tiene distintas dimensiones (en su notación: d^{1D} , d^{2D} , ..., d^{nD}) que se acogen todas bajo la etiqueta de D . Por ejemplo, sigue García Amado, el “derecho a la libertad religiosa abarca cosas tales como mi derecho a creer algún credo religioso, el que sea, o en ninguno, mi derecho a realizar gestos o portar objetos que den testimonio de mi fe, mi derecho a participar en los cultos y ritos propios de mi fe, etc.”.

El problema con la posición de García Amado, sin embargo, es que hay derechos que tienen dimensiones de naturaleza distinta y que eventualmente pueden entrar en tensión. Retomo el ejemplo de las vacunas contra la COVID-19 y me concentro ahora en el derecho a la salud. Diversos tribunales constitucionales han reconocido que el derecho a la protección de la salud tiene dimensiones tanto individuales como colectivas,¹³⁵

¹³⁴ Véase, por ejemplo, el caso de una diputada local en México, que propuso la expedición de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen del Estado de Sonora. La propuesta de redacción del artículo propuesto señalaba literalmente lo siguiente: “la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana”.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, el siguiente criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la tesis con el rubro EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009) (Tesis P. VII/2010). En dicho criterio, la Corte sostuvo lo siguiente: “El derecho a la salud está integrado por diversas acciones positivas y negativas por parte del Estado, entre las que destacan: 1) la obligación de prevenir la existencia de enfermedades, y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, debe garantizar el tratamiento y, en caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla. Esto implicaría que como parte del derecho a la salud debe entenderse que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación,



amén de que incluye acciones positivas y también negativas por parte del Estado.¹³⁶

Pues bien, si una autoridad estatal ordenara una campaña de vacunación obligatoria contra la COVID-19 y una o más personas se niegan a ser vacunados, es claro que podría existir una tensión entre el derecho de los pacientes a rechazar tratamientos (una dimensión individual del derecho, que exige una omisión por parte del Estado y que en la tipología de García Amado sería un derecho-O) y la obligación estatal de prevenir las enfermedades (una dimensión colectiva del derecho a la salud, que exige acciones positivas estatales y que sería un derecho-A). De nuevo, estaríamos frente un conflicto entre dimensiones de un derecho que, de acuerdo con la tipología de García Amado, tendrían un carácter absoluto. ¿Cómo se resolvería el caso? La teoría, al menos en su estado actual, desafortunadamente no nos brinda una respuesta.

Podría decirse, en resumidas cuentas, que la teoría absoluta de García Amado es quizá uno de los esfuerzos contemporáneos más ambiciosos para ofrecer una alternativa a la concepción alexiana de los derechos humanos y del test de proporcionalidad. Se trata, para decirlo pronto, de una teoría que apuesta por la delimitación de los derechos fundamentales y no por su ponderación; trata de evitar las colisiones entre derechos; apuesta por la interpretación y la subsunción, y rechaza la ponderación entre derechos. En el corazón de esta teoría está una tipología entre diferentes tipos de derechos que tienen el carácter de absolutos (derechos-E, derechos-A y derechos-O), mientras que otro tiene un carácter residual (derechos-R).

Aunque, en efecto, aparenta ser una teoría que tiene la virtud de delimitar el contenido de los derechos para así evitar colisiones o conflictos entre

violando así el contenido básico del propio derecho. Cabe destacar, que el derecho a tratamiento (rehabilitación) comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de auxilio en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra enfermedades infecciosas, pero en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr otros fines del derecho penal, por compleja o estigmatizada que sea la enfermedad relacionada con el comportamiento del individuo”.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, el siguiente criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la jurisprudencia con el rubro DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL (Tesis 1a./J. 8/2019 (10a.)).



ellos, lo cierto es que, en su estado actual de desarrollo, presenta al menos tres grandes problemas: (i) su aparente incapacidad de procesar casos en los que exista un conflicto entre dos derechos distintos que tengan el carácter de absoluto, (ii) el riesgo de que derechos como la libertad de expresión (un derecho-R) sea limitado muy severamente por la ampliación de derechos como el honor (un derecho-E) y (iii) su aparente incapacidad de resolver casos en los que entran en tensión distintas dimensiones que, pese a ser parte de un mismo derecho, tienen una naturaleza distinta conforme a la propia clasificación de García Amado.

III. LA TEORÍA DE LOS CASOS PARADIGMÁTICOS

En diversos trabajos, José Juan Moreso ha defendido una alternativa a la ponderación alexiana para resolver conflictos entre derechos.¹³⁷ El punto de partida para Moreso es la existencia de dos concepciones de la racionalidad práctica, que resultan incompatibles entre sí y que se traducen igualmente en dos formas de aplicar las normas que establecen derechos fundamentales.

1. *La concepción subsuntiva o especificacionista*

La primera concepción de la racionalidad práctica es la que Moreso (2006, p. 15) denomina “subsuntiva”. Esta concepción busca “reconstruir adecuadamente las pautas que han de guiar nuestra conducta y una vez realizada dicha operación de delimitación de nuestras pautas, aplicarla al caso concreto”. De esta forma, la “apelación a la pauta moral adecuada, junto con la afirmación de que el supuesto en cuestión es subsumible en ella, permite justificar la decisión”. Siguiendo una analogía del propio Moreso, se podría decir que, si hay que elegir entre un extraordinario libro de cocina y un extraordinario cocinero, la concepción subsuntiva opta por la primera alternativa.

¹³⁷ Específicamente, en Moreso (2006), Moreso (2009), Moreso (2010), Moreso (2012) y Moreso (2013). En dichos trabajos, Moreso analiza diversas sentencias, entre las que se encuentran el caso *Niño Marcos*, del Tribunal Constitucional español (sentencia STC 154/2002, de 18 de julio, y publicada en el BOE del 7 de agosto de 2002); el caso *Titanic*, del Tribunal Federal Constitucional alemán (BverfGE vol. 86, 1); así como el caso *Cura de Hío*, del Tribunal Constitucional Español (STC 20/1992, de 14 de febrero).



Para esta concepción, sigue Moreso (2006), la aplicación del derecho consiste fundamentalmente en un ejercicio subsuntivo: “se trata de mostrar que [un] caso individual es una instancia de un caso genérico al que la norma aplicable correlaciona con [una] consecuencia jurídica” (pp. 16-17). De tal forma, todos los casos (o supuestos individuales) que comparten un conjunto de propiedades o características relevantes —establecidas, en principio, por el legislador mediante normas generales— deben tener la misma consecuencia normativa.¹³⁸ De acuerdo con este autor, no son pocas las bondades de esta concepción e incluso afirma que “[n]ociones como las de generalidad y abstracción de las leyes, o la igualdad en la aplicación de la ley, *presuponen* esta concepción de la racionalidad”.¹³⁹

¿Cómo resolver conflictos o colisiones entre normas de derechos fundamentales bajo esta concepción? Según Moreso (2006), en esta concepción de los derechos no existen colisiones entre derechos fundamentales:

Se trata... de delimitar adecuadamente el contorno de los comportamientos incluidos en cada una de las normas que establecen derechos fundamentales de forma que encajen perfectamente entre sí. Una vez realizada esta *formidable* tarea interpretativa, las normas fundamentales nunca colisionan entre sí: no es que los derechos no tengan límites, sino que deben ser adecuadamente delimitados. (p. 17)¹⁴⁰

Se trata de una posición que, en un trabajo posterior, Moreso (2010) tildaría de “especificacionista” (p. 824) y que, como se ha mostrado en el apartado anterior, bien podría comprender a la teoría de García Amado. Y es, además, una postura que frente a la disyuntiva entre reducir el alcance de un derecho y reducir su fuerza, opta por la primera opción. De esta forma, mediante la reducción del alcance de los derechos se evita el conflicto. En palabras del propio Moreso:

Reducir el alcance de los principios conservando su fuerza representa considerar la formulación de los principios como incompleta y *expandirla* de modo

¹³⁸ Formalizando, se podría decir que una determinada norma N_i , que señala que ante un supuesto de hecho S_i , la consecuencia C_i , tiene una estructura de la forma $S_i \rightarrow C_i$. En ese sentido, se puede afirmar que se está frente al supuesto de hecho S_i si en el caso se encuentran presentes un conjunto de propiedades relevantes $p_1, p_2, \dots, p_n$.

¹³⁹ Énfasis añadido.

¹⁴⁰ Según Moreso, esta es la concepción que subyace en los trabajos de autores como Ignacio de Otto, Gregorio Peces-Barba, Antonio Luis Martínez Pujalte, Juan Cianciardo, Andrés Ollero, así como Pedro Serna y Fernando Toller.



que, conservando el alcance, los principios debidamente formulados no entren ya en conflicto.

El problema es que, como se ha visto, este tipo de concepciones suponen que, en palabras de Moreso (2006), “es posible realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellos regulados encajen perfectamente entre sí” (p. 18). (Una empresa que, como se ha visto al analizar la teoría de García Amado, parece muy complicada si no es que francamente imposible).

2. *La concepción particularista*

Moreso (2006, p. 15) denomina como “particularista” la segunda concepción de los derechos fundamentales. Según ésta, “no hay tal cosa como pautas universales en las cuales anclar la corrección moral de las acciones”, por lo que “hay que atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan entrelazadas las circunstancias y *ponderarlas* con el objeto de percibir la solución correcta para dicho caso”. Continuando con la analogía, para esta segunda concepción, es mejor optar por un buen cocinero y no por un excelente libro de recetas.

De acuerdo con Moreso (2006) “el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia” (p. 18).¹⁴¹ En esta concepción, la corrección de una acción “no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén moldeadas en ese caso concreto las circunstancias”. De hecho, no es exagerado decir que se trata de una posición que lleva el casuismo al extremo: “[l]a relevancia de las propiedades depende enteramente de las circunstancias del caso concreto y nada es posible obtener para su relevancia en casos futuros”.¹⁴²

¹⁴¹ Moreso (2006), pone el siguiente ejemplo: “Normalmente causar dolor de manera intencionada hace una acción más incorrecta, pero si mi hija de cuatro años se clava en la playa las púas de un erizo, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle las púas no hace mi acción más incorrecta si no hay otro modo de hacerlo, no la hace incorrecta en lo absoluto” (p. 18).

¹⁴² La misma idea está presente en Moreso (2010, p. 823), en donde señala que los particularistas “[s]ostienen que los contextos se comportan de modos muy diversos y que, por lo tanto, no hay manera de atrapar un principio moral válido en todos los contextos de manera invariable. Esta conclusión produce cierta desazón cuando se traslada a la teoría del derecho, puesto que conllevaría el corolario de que en la aplicación de las pautas que establecen los



Es precisamente en este punto que Moreso introduce la relación entre particularismo y ponderación. Para ello, echa mano precisamente del trabajo de Alexy y la distinción entre los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios que ya se ha explicado con detalle en el primer capítulo de este libro. De acuerdo con Moreso (2006, pp. 18-19), los conflictos entre normas y las colisiones entre principios no son otra cosa que antinomias normativas, pero que son resueltas de forma distinta, tal como plantea el propio Alexy:

- 1) Los conflictos entre reglas pueden solucionarse de dos formas, sea introduciendo una excepción en (al menos) una de las reglas, o bien, dejando sin validez (al menos) una de las reglas.
- 2) Los conflictos entre principios se solucionan “según la dimensión del peso y no según la dimensión de la validez”, esto es, determinando cuál de los dos principios en conflicto tiene más “peso” en el caso concreto (o, para decirlo de otra forma, cuál debe tener precedencia, sin que alguno de los dos pierda validez).

En el capítulo primero de este libro ya se ha presentado un desarrollo más completo sobre las relaciones de precedencia que pueden existir entre dos principios en colisión. Para efectos de este capítulo baste con recordar que si hay una norma de derechos fundamentales que tiene la naturaleza de principio P_1 cuya consecuencia normativa es $\mathcal{N}_1$, y que colisiona con otro principio P_2 cuya consecuencia normativa es $\mathcal{N}_2$, entonces pueden existir dos relaciones de precedencia **P**. Esto es, que P_1 tenga precedencia sobre P_2 ($P_1 \mathbf{P} P_2$), o bien, que P_2 tenga precedencia sobre P_1 ($P_2 \mathbf{P} P_1$). En esta visión particularista, las relaciones de precedencia dependen de las circunstancias del caso concreto. Así, dadas las circunstancias C_1 , en las que P_1 tiene mayor “peso” que P_2 , la relación de precedencia será $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_1$. Pero, dado otro conjunto de circunstancias C_2 , en las que P_2 tiene mayor “peso” que P_1 , la relación será $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_2$.

Por lo tanto, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, pueden derivarse dos reglas:

- 1) Primera regla (R_1): $C_1 \rightarrow \mathcal{N}_1$
- 2) Segunda regla (R_2): $C_2 \rightarrow \mathcal{N}_2$

derechos constitucionales, la solución dependería siempre del contexto, dejando a los destinatarios de las normas al arbitrio de los aplicadores”.



Lo anterior, como puede verse, no es otra cosa que la reiteración de la idea alexiana consistente en que las circunstancias o condiciones C_1 (o, paralelamente, C_2) bajo las cuales un principio P_1 (o P_2) tiene precedencia sobre otro principio P_2 (o P_1) no son otra cosa que el supuesto de hecho de una regla R_1 (o R_2) cuya consecuencia normativa es N_1 (o N_2).¹⁴³

El problema con esta concepción, como apunta Moreso (2006), es que “si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para ese supuesto” (p. 20). Llevado al caso extremo, se podría decir que una concepción particularista radical implicaría que potencialmente existen tantas reglas $R_1, R_2, \dots, R_n$ como conjuntos de circunstancias particulares $C_1, C_2, \dots, C_n$.

Acto seguido, Moreso (2006) afirma que “[o]tras ideas referidas a cómo funciona la operación de la ponderación de acuerdo con Alexy llevan a la misma conclusión” (p. 20). En particular, describe los tres pasos del test (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la escala triádica para los grados de afectación de un derecho, así como la regla de desempate (a favor del legislador), para luego concluir que “las anteriores ideas muestran que la ponderación es concebida como una operación dependiente del contexto, como una estrategia particularista”.

Conviene apuntar, además, que esta concepción es también el contrario de la estrategia especificacionista, en la medida en que no opta por reducir el alcance de los derechos para evitar sus colisiones. Así, se trata de una concepción que opta por mantener el alcance de los derechos, al precio de reducir su fuerza. Así lo explica Moreso (2010):

¹⁴³ Esta afirmación, no obstante, probablemente deba ser matizada. Queda claro que el conjunto de circunstancias C_1 en el cual la regla R_1 tiene precedencia sobre la regla R_2 debe ser diferente (y más amplio) que la conjunción de (i) las circunstancias que conforman el supuesto de hecho S_1 de R_1 y (ii) las circunstancias que conforman el supuesto de hecho S_2 de R_2 . Esto es así porque S_1 y S_2 son condiciones necesarias de la colisión o antinomia; dicho de otro modo, sin la existencia de S_1 y S_2 no habría colisión o antinomia, y en consecuencia no habría que establecer una relación de precedencia entre R_1 y R_2 . Ahora bien, debe haber uno o más hechos que formen parte del conjunto de circunstancias C_1 . De lo contrario, es decir, si C_1 sólo fuera la conjunción de S_1 y S_2 , entonces R_1 siempre prevalecería sobre R_2 , lo que implicaría que siempre que hay una colisión o antinomia el principio P_1 siempre tienen precedencia sobre el principio P_2 , lo cual es contrario a la lógica de la ponderación alexiana (esto es, que dependiendo de las circunstancias del caso uno u otro principio puede tener precedencia). La implicación de lo anterior no es menor: señala que la ponderación exige que el operador jurídico considere hechos adicionales a los establecidos en S_1 y S_2 ; lo cual es de por sí problemático, pues exige que se determine —de manera discrecional— cuáles son los hechos adicionales que resultan relevantes.



Reducir la fuerza de los principios comporta considerar que los principios propiamente cubren los casos en los cuales varios de ellos pueden entrar en conflicto, pero en dichos supuestos uno de los principios resulta vencedor, conserva su fuerza, mientras que el otro —el vencido— pierde su aplicabilidad al caso concreto. (p. 823)

3. *La concepción alternativa de Moreso*

Para Moreso (2006), las dos concepciones que se han descrito —la subsuntiva y la particularista— generan el siguiente dilema:

o bien tenemos justificación subsuntiva de las decisiones con el precio de asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las pautas que establecen derechos fundamentales, una reconstrucción inalcanzable para seres humanos como nosotros; o bien tenemos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional. (p. 21)

Frente a estas dos maneras de concebir los derechos fundamentales, Moreso (2006, pp. 15-21) propone una tercera concepción, que llama “intermedia” y que busca “rescatar lo mejor de ambas y superar sus debilidades”. Sobre esta tercera opción, convendría apuntar desde ahora que Moreso (2006, pp. 21-22) acepta la tesis alexiana consistente en que existe una diferencia estructural entre reglas y principios. Sin embargo, para explicar esta distinción no recurre a Alexy, sino al trabajo de Atienza y Ruiz Manero.¹⁴⁴ De esta forma, considera que las normas relativas a los derechos fundamentales sí tienen una estructura de principios, entendiendo a éstos como “pautas con las condiciones de aplicación abiertas”, en tanto que su contrario serían las reglas, que se entienden como “pautas con las condiciones de aplicación clausuradas” (2006, p. 22).

A partir de estas premisas, Moreso ofrece una metodología que permite pasar de los principios (las normas de derechos fundamentales) a las reglas (a partir de las cuales es posible hacer ejercicios de subsunción). ¿En qué consiste específicamente esta vía intermedia? La metodología de Moreso contempla los siguientes cinco pasos:

¹⁴⁴ Como se ha apuntado en el primer capítulo, estos dos autores distinguen entre (i) principios en sentido estricto y (ii) directrices o normas programáticas, esto es, normas que estipulan “la obligación de perseguir determinados fines” (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 1-44).



- 1) Delimitación del ámbito del problema normativo.
- 2) Identificación de las pautas *prima facie* aplicables a ese ámbito.
- 3) Consideración de casos paradigmáticos (reales o hipotéticos) del ámbito normativo previamente seleccionado.
- 4) Establecimiento de las propiedades relevantes de ese ámbito.
- 5) Formulación de las reglas “que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso”.

4. La aplicación de la concepción alternativa: el caso *Titanic*

Para ilustrar cómo se aplica la concepción alternativa Moreso conviene echar mano de uno de los ejemplos que utiliza tanto este autor como Alexy: el caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Así describe Moreso la forma en que se resolvió dicho caso:

El caso *Titanic* es un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado ‘asesino nato’ y, en otra edición posterior, ‘tullido’ a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser convocado de nuevo para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional alemán consideró que mientras llamar al oficial ‘asesino nato’ era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar ‘tullido’ a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que por este segundo apelativo únicamente estimó el Tribunal el recurso de amparo.

¿Cómo se resolvería con los cinco pasos de la metodología propuesta por Moreso? A continuación, resumo cada uno de ellos.

El primer paso consiste, como se ha dicho, en la “delimitación del ámbito del problema normativo”.¹⁴⁵ De lo que se trata, según el propio Moreso (2010, p. 826) es de “hacer el problema manejable” mediante la delimitación de un subconjunto de “acciones y omisiones”, que forma parte del conjunto

¹⁴⁵ Cuando Moreso habla de delimitar “el problema normativo” o “el ámbito del problema normativo” echa mano de lo que Alchourrón y Bulygin (2012) refieren por la delimitación del “universo del discurso”.



de todas las acciones y omisiones imaginables. En el caso *Titanic*, Moreso delimita así el ámbito del problema normativo: “acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas”.

El segundo paso implica la “identificación de las pautas *prima facie* aplicables a ese ámbito”. En esta etapa, Moreso (2010) propone identificar las normas (positivas) que en principio podrían ser aplicables para la resolución del caso. En el caso concreto, dichas pautas serían “el principio que establece la libertad de expresión e información”, por un lado, y “el principio que protege el derecho al honor de las personas”, por el otro (p. 826).

El tercer paso es la “consideración de casos paradigmáticos (reales o hipotéticos) del ámbito previamente seleccionado”. Cuando Moreso (2010, p. 826) se refiere a la consideración de “casos paradigmáticos” hace referencia a situaciones en las que resulta claro (o hasta evidente) que uno de los dos derechos fundamentales (o principios) debe prevalecer en el caso concreto.¹⁴⁶ De esta forma, este tipo de casos “tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyan los casos paradigmáticos adecuadamente”.¹⁴⁷ Más aún, los “casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, *a menudo inarticulado*, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar”.¹⁴⁸

En este sentido, ¿cuáles serían los casos paradigmáticos que servirían para resolver casos dentro del ámbito identificado (las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas)? Moreso proporciona los siguientes dos casos paradigmáticos para el caso *Titanic*. Por un lado, alega que “publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil” sería un caso en el que indudablemente el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión. Por el otro, “publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio

¹⁴⁶ Para justificar la utilidad de los “casos paradigmáticos”, Moreso recurre a los trabajos de Dworkin (1986, pp. 255-257) y de Hurley (1989, p. 212).

¹⁴⁷ Moreso afirma que los casos paradigmáticos son incluso una forma de entender el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. En sus palabras: “el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de la cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáticos” (2006, p. 22).

¹⁴⁸ Énfasis añadido.



de la concesión para construir una autopista” sería un caso, en el que, por el contrario, la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor.

El cuarto paso implica el “establecimiento de las propiedades relevantes” del ámbito seleccionado. De acuerdo con Moreso (2010, pp. 826-827), la determinación de estas propiedades es lo que posibilita la determinación de las soluciones normativas. Para las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas Moreso afirma —sin brindar mayor explicación¹⁴⁹— que “son claramente relevantes” las siguientes tres propiedades: (i) la “relevancia pública de la noticia”, (ii) la “veracidad” de la noticia, esto es, que sea “verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada”¹⁵⁰ y (iii) el carácter no injurioso de la noticia.

El quinto y último paso consiste en la “formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso”. A partir de las propiedades relevantes previamente definidas, y buscando que puedan reconstruir adecuadamente los casos paradigmáticos, Moreso (2010, p. 827) formula las siguientes dos reglas:

- 1) “R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas”.
- 2) “R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado”.

5. Alcances y limitaciones de la teoría de los casos paradigmáticos

Para Moreso, la teoría de los casos paradigmáticos es una solución intermedia. Los cinco pasos de su metodología “constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad”. A final de cuentas, el producto del ejercicio es una serie de reglas a partir de las cuales es posible hacer un ejercicio de subsunción.

¹⁴⁹ Clérico (2012, p. 143) realiza una crítica prácticamente idéntica cuando señala que “Moreso se permite en su artículo algunas apelaciones a la aceptabilidad de la plausibilidad de premisas que sostiene, pero que no justifica; suele decir, respecto de la relevancia de las propiedades, que ‘son claramente relevantes las siguientes...’ y las enumera, pero no justifica su relevancia”.

¹⁵⁰ Como reconoce el propio Moreso, se trata del test articulado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan*, que será explicado con mayor detalle en un apartado subsecuente.



¿Qué tanto se gana abandonando el modelo alexiano y optando por la teoría de los casos paradigmáticos? Moreso (2010, p. 827) señala, por ejemplo, que una de las ventajas de su aproximación es que “no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia”. Sin embargo, en realidad esto está lejos de ser una ventaja (o una diferencia) respecto del modelo alexiano. Como se ha visto con detalle en el capítulo pasado, Alexy no defiende un modelo de ponderaciones exclusivamente en abstracto, sino todo lo contrario: para el test de proporcionalidad alexiano la parte clave de la ecuación es la determinación del peso *concreto* de los derechos en colisión y no así el peso abstracto. En ese sentido, la metodología de Moreso ni se diferencia mucho de teoría alexiana, ni tampoco parece aportar mucho en este aspecto.

Moreso (2010, p. 827) también alega que su teoría se distingue en la medida en que “requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*”, esto es, “seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas”.¹⁵¹ Pero lo cierto es que esto mismo sucede con el test alexiano. Como se mostró en el capítulo primero, la aplicación del test de proporcionalidad alexiano tiene como producto una regla en la que (i) el supuesto de hecho son las circunstancias *C* en las que un principio *P₁* toma precedencia sobre otro principio *P₂* y (ii) el consecuente son las consecuencias legales *Q* a la que da lugar el principio *P₁*. Lo que Moreso denomina “propiedades relevantes” no es otra cosa que lo que Alexy denomina “circunstancias”. Aquí tampoco es posible advertir, por tanto, una mejora respecto del modelo alexiano.

De hecho, el modelo de Moreso parece compartir, en este sentido, los mismos problemas que la teoría alexiana. Como se ha mostrado, Alexy no da ninguna metodología para delimitar o seleccionar las “circunstancias” específicas en las que un principio toma precedencia sobre otro. Y, de la misma forma, son pocas las pistas que da Moreso para determinar cuáles son las “propiedades relevantes” que se deben considerar en la formulación de reglas. En uno y otro caso, estamos frente a determinaciones en las que existe un alto grado de discrecionalidad.

En igual sentido, las teorías de Alexy y Moreso sólo permiten formular reglas tentativas o *prima facie*. Alexy es claro cuando señala que siempre es posible que en casos futuros se contemplen factores adicionales que re-

¹⁵¹ Y, de hecho, lo mismo podría decirse de la manera en la que se delimite el universo del discurso. ¿Cómo determinarlo? ¿Qué tan amplio o estrecho debe ser? Por desgracia, Moreso prácticamente no da ninguna pauta sobre cómo se debe proceder en este primer paso.



viertan la relación de precedencia entre los principios en colisión. La posición de Moreso es casi idéntica. En sus palabras:

Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, *o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.*¹⁵²

De la misma forma, habría que decir que las reglas que se generan con la metodología de Moreso son igual de casuísticas que las reglas que se generan con el test alexiano. El caso *Titanic* sirve para ilustrar lo anterior. De acuerdo con Moreso, en ese tipo de casos tres factores son relevantes para determinar si la difusión de una noticia está permitida (**Pd**) o, bien, si su transmisión genera la obligación de indemnizar (**Oi**):¹⁵³ la relevancia pública de la noticia (F_1), la veracidad de la noticia (F_2) y el carácter no injurioso de la noticia (F_3). Y, a partir de esas tres características, Moreso formuló dos reglas, que podríamos formalizar de la siguiente manera:

- (1) $(F_1 \wedge F_2 \wedge F_3) \rightarrow \mathbf{Pd}$
- (2) $(\neg F_1 \vee \neg F_2 \vee \neg F_3) \rightarrow \mathbf{Oi}$

Como puede verse, las reglas que se derivan de la aplicación de la metodología de Moreso son perfectamente traducibles a las reglas que genera la aplicación del test alexiano. Si definimos los elementos de Moreso como $C_1 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3)$, $C_2 = (\neg F_1 \vee \neg F_2 \vee \neg F_3)$, $Q_1 = \mathbf{Pd}$ y $Q_2 = \mathbf{Oi}$, entonces las dos reglas pueden ser expresadas con la notación de Alexy:

- (1) $C_1 \rightarrow Q_1$.
- (2) $C_2 \rightarrow Q_2$.

Habría que decir que, además, hay una clara desventaja de la metodología de Moreso: el hecho de que tanto la selección de las propiedades

¹⁵² Énfasis añadido.

¹⁵³ Aquí utilizo una notación que incorpora a los operadores modales de obligatorio (**Op**, “es obligatorio p”), prohibido (**Fp**, “está prohibido p”) y permitido (**Pp**, “está permitido p”).



relevantes y la formulación de las reglas dependa, necesariamente, de la existencia de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, en los que sea claro o evidente cuál principio debe prevalecer. Por supuesto, en algunos casos, esto no es problemático, pues en efecto los casos evidentes se encuentran disponibles.

Pero en otros estamos frente a un problema significativo. Moreso recurre, por ejemplo, a un caso sin duda paradigmático que ha tenido una difusión nada despreciable en el mundo —el *New York Times v. Sullivan*, en donde la Corte desarrolló la doctrina de malicia actual o efectiva— para identificar sus propiedades y reglas. Pero una cosa es la importancia o difusión de un caso, y otra muy distinta es que su resolución sea evidente. El optimismo de Moreso contrasta con las muchas críticas razonables que se han hecho a este precedente¹⁵⁴ y con el hecho de que en diversas jurisdicciones se haya rechazado abiertamente la incorporación de una regla así.¹⁵⁵ No queda claro, pues, que todo caso paradigmático sea de resolución clara y evidente. Y más allá de la valoración de este caso concreto, como se ha señalado, los casos paradigmáticos con frecuencia están ausentes por completo cuando se trata de casos “novedosos o trágicos” (Clérico, 2012, p. 144).

Finalmente habría que apuntar a que la teoría de los casos paradigmáticos trata de un procedimiento que en efecto permite prescindir de la aritmética ponderativa, pero que la termina sustituyendo por una suerte de intuición educada. No hay nada en el procedimiento de Moreso que nos diga, más allá de los casos paradigmáticos, cómo han de resolverse los casos que no son evidentes o claros.

¿Qué balance puede hacerse, entonces, de la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso? Quizá habría que decir que estamos frente a un intento relativamente limitado para ofrecer una alternativa para el test alexiano. Como se ha visto, (i) las supuestas ventajas de este modelo —como la no necesidad de considerar el peso abstracto de los principios— son cuestionables, en el mejor de los casos; (ii) el modelo comparte buena parte de los pro-

¹⁵⁴ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, posiciones de Kalven (1964), Lewis (1983), Epstein (1986), Cass (2013) y Lewis y Ottley (2014).

¹⁵⁵ Aunque ciertamente hay un debate en la literatura sobre la difusión de la doctrina en algunos países, parece innegable que en algunas jurisdicciones se ha rechazado abiertamente la adopción de la malicia actual o efectiva. Como explica Hsu (2013), la “doctrina de la malicia actual... se desvía de sus contrapartes en casi todas las democracias avanzadas, como Australia, Canadá, el Reino Unido, Japón y Alemania”. En ese sentido, enfatiza que, “[e]n términos del extraordinario peso dado a la libertad de expresión, Estados Unidos es un caso atípico [outlier]”.



blemas más significativos de la teoría alexiana, tales como la falta de pautas para seleccionar los factores o características relevantes para la formulación de las reglas que resuelven los casos; (iii) la propuesta de Moreso presenta problemas adicionales, como la notable dependencia del modelo en casos paradigmáticos que no siempre estarán disponibles, sobre todo en casos novedosos o trágicos, y (iv) se trata de una metodología que prescinde de la aritmética ponderativa, pero que la sustituye con una suerte de intuicionismo educado. Dicho de otra manera, estamos frente a una metodología alternativa que presenta tanto problemas propios como los heredados del modelo alexiano.

IV. TEST *AD HOC* PARA EVALUAR VIOLACIONES A PRINCIPIOS O DERECHOS ESPECÍFICOS

Otra alternativa para resolver conflictos entre principios es lo que la doctrina ha denominado de diferentes formas: “test de pasos múltiples” (*multi-pronged tests*) (Aleinikof, 1987), metodologías “*ad hoc*” (Fallon, 2019) o doctrinas que responden a un “estilo formulista” (*formulaic style*) (Nagel, 1985). En términos generales, puede decirse que son aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), ni tampoco un procedimiento estandarizado para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos.

En este capítulo me concentro en algunos test que se han utilizado —y quizá se seguirán utilizando— para analizar violaciones a derechos o principios específicos de la Constitución de Estados Unidos.¹⁵⁶ Por supuesto, es posible encontrar test similares —o idénticos, en algunos casos—¹⁵⁷ en otras

¹⁵⁶ De acuerdo con Nagel (1985, pp. 166-168), la Corte Suprema estadounidense ha empleado el estilo formulista en áreas como “la libertad de expresión, la separación de iglesia y estado, la soberanía estatal, la igualdad de protección, el debido proceso (tanto sustantivo como procedimental), el requisito de casos y controversias, el poder de comercio, la cláusula de contratos, la cláusula de privilegios e inmunidades del artículo IV, el derecho de la quinta enmienda en contra de la autoincriminación, y la cláusula de tratos crueles e inhumanos”.

¹⁵⁷ Quizá el mejor ejemplo sea el estándar de “malicia efectiva”, que ha gozado de una difusión nada despreciable, al grado que ha sido importado por diferentes tribunales nacionales y supranacionales. Diversos trabajos han documentado esta expansión: en Youm (2002) y Youm (2014), por ejemplo, se documenta la influencia del estándar en Argentina, Bosnia, Hungría, Pakistán, Filipinas, Taiwán, India, Corea del Sur y el Sistema Interamericano de



jurisdicciones, pero el caso estadounidense es particularmente rico en ejemplos. En este apartado, analizo dos test concretos: (i) el empleado para resolver restricciones a la libertad de expresión con motivo de discursos difamatorios de la actuación de servidores públicos y (ii) el que empleó la Corte Suprema estadounidense para analizar violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado.

1. *Restricciones a la libertad de expresión con motivo de discursos difamatorios a la actuación de servidores públicos*

Quizá uno de los ejemplos más notables de la estrategia *ad hoc* sea el test empleado por la Corte Suprema para resolver el célebre caso *New York Times v. Sullivan*.¹⁵⁸ En ese caso, la Corte tuvo hacer frente, por primera vez en

Derechos Humanos; en Carter (2013), en la Corte IDH; en Hsu (2013), en Taiwán; en Tushnet (2014), en Canadá y Nueva Zelanda, y en Cárdenas Soriano (2021), en México. Entre las cortes que han importado el estándar de la malicia efectiva se encuentra la Suprema Corte mexicana. La Primera Sala ha argumentado que conforme a la doctrina de la “real malicia” o “malicia efectiva” “la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios, corresponde exclusivamente a aquellos casos en que existe ‘información falsa’ (en el caso del derecho a la información) o que haya sido producida con ‘real malicia’ (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión), esto es, con la única intención de dañar”. Más importante aún, precisó que “la doctrina de la ‘real malicia’ requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar”. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR. (Tesis 1a./J. 80/2019 (10a.)). En vista de lo anterior, parece difícil defender la posición de Tushnet (2006, p. 70), quien en su momento alegó que ninguna de las doctrinas desarrolladas por otros tribunales constitucionales era tan restrictiva como el estándar de malicia efectiva de la Suprema Corte estadounidense.

¹⁵⁸ 376 U.S. 254 (1964). El juez Brennan escribió la opinión de la mayoría. Como explica Chemerinsky (2015, p. 1016), “[l]a Corte ha sostenido reiteradamente que la responsabilidad civil por discurso, incluso en el contexto de un litigio civil privado, es una interferencia con el discurso y, en consecuencia, debe cumplir con el escrutinio de la Primera Enmienda. En *New York Times v. Sullivan*, la Corte sostuvo que una ley estatal sobre difamación estaba limitada por la Primera Enmienda”. Asimismo, sobre la cuestión relativa a la naturaleza privada del derecho de daños (*torts*), el propio Chemerinsky (2015, p. 1097) explica lo siguiente: “Si bien los litigios de responsabilidad civil [*tort litigation*] generalmente se dan entre dos partes privadas, sí existe una acción estatal en la medida en que es una ley estatal, ya sea de fuente legislativa o de derecho consuetudinario, que permite la recuperación [*recovery*]. Además, es una rama del gobierno, la judicatura, la que impone la responsabilidad por el discurso”.



su historia, a la cuestión sobre “en qué medida las protecciones constitucionales para el discurso y para la prensa limitan el poder de un Estado para otorgar daños en una acción por difamación presentada por un funcionario público en contra de críticos de su desempeño oficial”.¹⁵⁹

El accionante de este caso fue L. B. Sullivan, comisionado de Asuntos Públicos en la ciudad de Montgomery, Alabama, quien demandó a cuatro personas afroamericanas y a la compañía que publicaba el diario *New York Times*. En la primera instancia, el jurado otorgó daños por el monto total reclamado por Sullivan (\$500,000 dólares estadounidenses) y esta determinación fue confirmada por la Corte Suprema del Estado de Alabama.

La Corte Suprema estadounidense revocó la sentencia dictada por la corte estatal. En términos generales, la Corte Suprema concluyó que la primera y la decimocuarta enmienda de la Constitución estadounidense requieren “una regla que prohíba que un funcionario público recupere daños y perjuicios por afirmaciones falsas difamatorias [*defamatory falsehood*] relacionadas con su actuación oficial, a menos que demuestre que la declaración se hizo con ‘malicia expresa’ [*actual malice*] —esto es, con conocimiento de que era falsa o con desprecio imprudente [*reckless disregard*] sobre si era falsa o no”—.¹⁶⁰

Expresado lo anterior, la Corte la razonó que la ley estatal de Alabama “aparentemente requiere la prueba de malicia real para una indemnización por daños punitivos”. Pero la corte también señaló que la legislación local “presumía” la malicia tratándose de “daños generales”. En ese sentido, concluyó que “[t]al presunción es inconsistente con la regla federal”, pues la demostración de la malicia “no se presume, sino que debe ser una cuestión de prueba por parte del demandante”. Finalmente, la Corte concluyó lo siguiente:

Dado que el juez de primera instancia no dio instrucciones al jurado para diferenciar entre daños generales y punitivos, puede ser que el veredicto haya sido una indemnización de uno u otro tipo. Pero es imposible saberlo, en vista

¹⁵⁹ “We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State’s power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct”.

¹⁶⁰ “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’—that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.



del veredicto final que fue devuelto. Debido a esta incertidumbre, la sentencia debe ser revocada y el caso devuelto.¹⁶¹

Como puede verse, en este caso la Corte Suprema estadounidense estableció un estándar específico para demandas de responsabilidad civil relacionadas con críticas al desempeño de funcionarios públicos. Específicamente, la corte concluyó que el otorgamiento de daños será compatible con el derecho a la libertad de expresión siempre y cuando:

- 1) El actor (servidor público) *pruebe la falsedad* de las críticas que se le hicieron.
- 2) El actor pruebe la existencia de *malicia real o efectiva (actual malice)*, esto es, que pruebe (i) que el demandado tenía conocimiento de que la crítica era falsa, o bien, (ii) que el demandante hizo la crítica con desprecio imprudente (*reckless disregard*) sobre si era falsa o no.

Como puede verse, estamos frente a una aproximación diferente (y alternativa) al test de proporcionalidad.¹⁶² La Corte estadounidense no empleó ningún tipo de razonamiento que refleje la intención de determinar la idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto de la medida bajo análisis. Para ilustrar lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cómo hubiese tenido que resolver la Corte Suprema estadounidense el caso si hubiese seguido la metodología alexiana?

Para contestar a la anterior pregunta, conviene enfatizar que la cuestión *normativa* que resolvió la Corte Suprema fue si la presunción contenida en la legislación local —según la cual la malicia se presumía tratándose de daños generales— era compatible o no con los derechos a la libertad de expresión y de prensa.¹⁶³

¹⁶¹ “Since the trial judge did not instruct the jury to differentiate between general and punitive damages, it may be that the verdict was wholly an award of one or the other. But it is impossible to know, in view of the general verdict returned. Because of this uncertainty, the judgment must be reversed, and the case remanded”.

¹⁶² Como bien apuntado Aleinikoff (1987, p. 1001), “aunque algunos han caracterizado *Sullivan* como un caso de ponderación, claramente no lo es. La Corte... no ponderó los intereses de la Primera Enmienda [del periódico] en contra del interés de proteger la reputación [del servidor público]”.

¹⁶³ Derechos que se derivan de la interpretación de la en la primera enmienda de la Constitución estadounidense y que resultan aplicables a los estados en virtud de la decimocuarta enmienda.



Pues bien, bajo la metodología del test de proporcionalidad, la Corte Suprema hubiese tenido que determinar, en ese sentido, las siguientes cuestiones:

- 1) Si la medida (la regla local consistente en que la malicia se presumía tratándose de daños generales) *afectaba* o *incidía* los principios constitucionales relevantes (las libertades de expresión y de prensa).
- 2) Si la medida perseguía una *finalidad legítima* (cuestión no abordada en la sentencia).
- 3) Si la medida era *idónea* para alcanzar dicha finalidad (algo tampoco abordado en la sentencia).
- 4) Si la medida era *necesaria*, esto es, si no existía una medida alternativa que fuera igualmente idónea para alcanzar el fin legítimo, pero que fuera menos restrictiva de los principios afectados (las libertades de expresión y de prensa).
- 5) Si la medida era *proporcional en sentido estricto*, esto es, si la ganancia en términos del fin legítimo era mayor que el costo en términos de la afectación a los principios afectados (las libertades de expresión y de prensa).

No me detengo aquí a especular sobre cómo hubiese tenido que contestar la Corte Suprema cada una de estas cuestiones. Lo que me interesa enfatizar es que la metodología empleada por la Corte Suprema —esto es, el establecimiento de un test con dos partes: prueba de falsedad y de malicia actual— en efecto se trata de una forma diferente de resolver los conflictos entre derechos fundamentales.

Por supuesto, el *resultado* de una y otra metodología podría ser el mismo. Teóricamente, nada impide que un tribunal que echa mano del test alexiano decida que las circunstancias particulares que hacen que un principio prevalezca sobre todo sean, precisamente, factores como la prueba de falsedad y la malicia actual. Lo que me interesa es que cada metodología de adjudicación implica un *proceso* distinto. Como se ha visto, la Corte Suprema estadounidense prescinde de elementos que hubiesen sido indispensables para hacer un análisis alexiano de proporcionalidad: el fin legítimo que perseguía la medida, su idoneidad y, sobre todo, la ponderación entre los beneficios generados (en términos de ese fin) y las afectaciones a los derechos fundamentales (libertad de prensa y de expresión).



2. Violación al principio de separación de las iglesias y el Estado

Otro buen ejemplo de este tipo de metodologías *ad hoc* es el “*Lemon test*”, surgido a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema estadounidense al resolver el caso *Lemon v. Kurtzman*.¹⁶⁴ En dicho fallo, la Corte estudió si dos leyes estatales que otorgaban financiamiento a escuelas religiosas¹⁶⁵ violaban, entre otras cuestiones, la cláusula de no establecimiento (*anti-establishment clause*) o de separación de iglesias y el Estado. Esta cláusula está contenida en la primera enmienda de la Constitución estadounidense y señala textualmente lo siguiente: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion”.¹⁶⁶

Pues bien, en *Lemon v. Kurtzman* la Corte razonó, en primer lugar, que el lenguaje de esta cláusula constitucional era “opaco, en el mejor de los casos” y que sus autores buscaron objetivos más amplios que la mera prohibición relativa “establecimiento de una iglesia o una religión estatales”. En cambio, sigue la Corte,

ordenaron que no debería haber ‘ninguna ley respecto al establecimiento de una religión’. Una ley puede ser ‘respecto’ a un objetivo prohibido sin alcanzar su realización total. Una ley ‘respecto’ del resultado prohibido, esto es, el establecimiento de la religión no es siempre fácilmente identificable como una que viola la cláusula. Una determinada ley puede no establecer una re-

¹⁶⁴ 403 U.S. 602 (1971). El ponente fue el juez presidente Burger. Utilizó este test simplemente para ejemplificar este tipo de metodologías alternativas y no me detengo, por tanto, en la discusión sobre cuán vigente se encuentra en este momento en la jurisprudencia estadounidense.

¹⁶⁵ “Pennsylvania has adopted a statutory program that provides financial support to nonpublic elementary and secondary schools by way of reimbursement for the cost of teachers’ salaries, textbooks, and instructional materials in specified secular subjects. Rhode Island has adopted a statute under which the State pays directly to teachers in nonpublic elementary schools a supplement of 15% of their annual salary” 403 U.S. 602, 606-607 (1971).

¹⁶⁶ Como siempre, las traducciones son problemáticas. La traducción oficial al español de la constitución estadounidense —realizada por el Departamento de Estado (Chen, 2013, p. 351)— fija la cláusula de la siguiente forma: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado...”. En cambio, el *National Constitution Center* ofrece la siguiente traducción: “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión...”. El problema con la traducción oficial, como apunta Chen (2013, 369) y lo cual será evidente más adelante, es que la frase “que adopte una religión como oficial del Estado” literamente significa, en inglés, “*which adopts one religion as the official (religion) of the State*”. Esta traducción, continúa Chen, “podría tener una connotación más estrecha”, que la referencia de la Carta de Derechos (“*a law respecting an establishment of a religion*”).



ligión, pero sí ser una ‘respecto’ a ese fin en el sentido de que es un paso que podría llevar a ese establecimiento, y por tanto violar la primera enmienda.¹⁶⁷

La Corte sigue su argumentación señalando que, ante la ausencia de “prohibiciones constitucionales claramente establecidas”, los límites a las acciones estatales deben trazarse a partir de los tres males que busca evitar la cláusula de no establecimiento: “el respaldo, el apoyo financiero y el involucramiento del soberano en actividades religiosas”.¹⁶⁸

Dicho lo anterior, la corte echó mano de sus propios precedentes para establecer lo que más adelante se identificaría como el *Lemon test*. Al respecto, la sentencia señala lo siguiente:

Todo análisis en esta área debe comenzar con la consideración de los criterios acumulativos desarrollados por la Corte durante muchos años. Tres test de este tipo pueden ser extraídos de nuestros casos. Primero, la ley debe tener un propósito legislativo secular; segundo, su efecto principal o primario debe ser uno que ni promueva ni inhiba la religión; finalmente, la ley no deber fomentar “un involucramiento gubernamental excesivo con la religión”.¹⁶⁹

Dicho de otro modo, la Corte Suprema estableció un test específico, según el cual una ley es acorde con la Constitución estadounidense —específicamente, con la cláusula de no establecimiento— siempre y cuando se cumpla con un test con tres elementos:

¹⁶⁷ “The language of the Religion Clauses of the First Amendment is, at best, opaque, particularly when compared with other portions of the Amendment. Its authors did not simply prohibit the establishment of a state church or a state religion, an area history shows they regarded as very important and fraught with great dangers. Instead, they commanded that there should be ‘no law respecting an establishment of religion.’ A law may be one ‘respecting’ the forbidden objective while falling short of its total realization. A law ‘respecting’ the proscribed result, that is, the establishment of religion, is not always easily identifiable as one violative of the Clause. A given law might not establish a state religion, but nevertheless be one ‘respecting’ that end in the sense of being a step that could lead to such establishment, and hence offend the First Amendment”.

¹⁶⁸ “In the absence of precisely stated constitutional prohibitions, we must draw lines with reference to the three main evils against which the Establishment Clause was intended to afford protection: “sponsorship, financial support, and active involvement of the sovereign in religious activity”.

¹⁶⁹ “Every analysis in this area must begin with consideration of the cumulative criteria developed by the Court over many years. Three such tests may be gleaned from our cases. First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion...; finally, the statute must not foster ‘an excessive government entanglement with religion’”.



- 1) El *propósito* de la ley debe ser secular.
- 2) El *efecto* principal o primario de la ley no debe promover o inhibir la religión.
- 3) La ley no debe fomentar un involucramiento excesivo del gobierno con la religión.

¿Cómo resolvió la corte la controversia a partir de este test? Respecto del primer elemento, la corte razonó que ambas leyes estatales —la de Pennsylvania y la de Rhode Island— cumplían con éste, en la medida en que su propósito legislativo no consistía en promover la religión. Por el contrario, la corte concluyó que “las mismas leyes establecen que buscan mejorar la educación secular en todas las escuelas cubiertas por las leyes de asistencia obligatoria”.¹⁷⁰

La corte no analizó el segundo elemento —esto es, si el efecto principal o primario consistía en promover o inhibir la religión— ya que concluyó que se incumplía con el tercero. Específicamente, la Corte concluyó que “el impacto acumulativo de la relación que surge bajo las leyes de cada estado implica un involucramiento excesivo entre el gobierno y la religión”.¹⁷¹

No me detengo en los detalles del resto de la argumentación de la Corte Suprema. Baste con decir que estamos frente a un test *ad hoc*, que sirvió —y quizá todavía servirá—¹⁷² para que las cortes estadounidenses analicen violaciones a un principio constitucional específico: la cláusula de no establecimiento.

¹⁷⁰ “Inquiry into the legislative purposes of the Pennsylvania and Rhode Island statutes affords no basis for a conclusion that the legislative intent was to advance religion. On the contrary, the statutes themselves clearly state that they are intended to enhance the quality of the secular education in all schools covered by the compulsory attendance law”.

¹⁷¹ “We need not decide whether these legislative precautions restrict the principal or primary effect of the programs to the point where they do not offend the Religion Clauses, for we conclude that the cumulative impact of the entire relationship arising under the statutes in each State involves excessive entanglement between government and religion”.

¹⁷² No han sido pocas las voces de la doctrina que han criticado este test. Adside (2020, pp. 535-556), por ejemplo, alega que las cortes estadounidenses han tenido que crear otros seis test diferentes para “compensar” la falta de adecuación del *Lemon test*. Por eso, alega que el test debe ser abandonado y sustituido por otro test *ad hoc*, que él denomina de “coerción directa”, según el cual la violación a la cláusula de establecimiento ocurre cuando el gobierno: (i) requiera un comportamiento religioso ortodoxo o (ii) establezca la obligación de apoyo financiero bajo la amenaza de una sanción. No me interesa entrar aquí a los méritos y problemas del *Lemon test*, sino enfatizar simplemente que este es uno de los test *ad hoc* que ha desarrollado la jurisprudencia estadounidense y que son claras alternativas al test de proporcionalidad alexiano.



Que sea una metodología de adjudicación alternativa al test de proporcionalidad es evidente si consideramos (hipotéticamente, por supuesto) los pasos que se hubieran tenido que seguir para resolver el caso si la Corte Suprema estadounidense hubiera utilizado el test de proporcionalidad. En ese caso, la Corte hubiera tenido que determinar lo siguiente:

- 1) Si las medidas (el otorgamiento de financiamiento público a escuelas religiosas en uno y otro) afectaban el principio constitucional (el principio de no establecimiento).
- 2) Si las medidas perseguían una finalidad legítima (mejorar la educación en todas las escuelas de asistencia obligatoria).
- 3) Si las medidas eran idóneas o adecuadas para alcanzar dicha finalidad (algo que la Corte Suprema no aborda explícitamente).
- 4) Si las medidas eran necesarias, esto es, si no existían en cada estado medidas igualmente idóneas para alcanzar el fin de mejorar la educación, pero que fueran menos restrictivas del principio de no establecimiento.
- 5) Si las medidas eran proporcionales en sentido estricto, esto es, si las ganancias en términos del fin legítimo eran mayores que los costos en términos de la afectación al principio de no establecimiento.

Como puede verse, la argumentación empleada por la Corte Suprema no permite señalar de manera conclusiva si las medidas legislativas hubiesen pasado o no el test de proporcionalidad. Tampoco me interesa, en este espacio, hacer un ejercicio argumentativo para responder a esta pregunta. Baste lo anteriormente expuesto para mostrar, de nuevo, que los test *ad hoc* (como el *Lemon test*), en efecto, son una metodología de adjudicación alternativa al test de proporcionalidad.

3. Reflexiones sobre los test *ad hoc*

En términos generales, ¿qué puede decirse de los test *ad hoc* que se han analizado en este apartado? Lo primero que habría que decir es que este tipo de test sí son una alternativa metodológica al test de proporcionalidad alexiano. Como se ha visto, tanto el test de la malicia efectiva (o *real malice*) como el *Lemon test* fueron creados por la Corte Suprema estadounidense mediante argumentaciones que no necesariamente se pronuncian



sobre los elementos del test alexiano: la finalidad que persiguen las medidas, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. Estamos, para decirlo pronto, frente a argumentaciones que no siguen la lógica del análisis costo-beneficio que está en el corazón del test alexiano.

Lo segundo que habría que decir es que se trata de metodologías mucho más flexibles (o menos estructuradas) tanto en su proceso como en sus resultados y, al mismo tiempo, de alcances más limitado (en tanto buscan establecer estándares para un número limitado de casos). Como se ha visto, las argumentaciones empleadas por la Corte Suprema no están guiadas por la justificación de parámetros mucho más claros y estables como los del test de proporcionalidad. Asimismo, el resultado de dichos test también es mucho más variado. Las reglas que se derivan de la argumentación de la Corte hacen referencia a elementos tan variados como la veracidad o falsedad de ciertas afirmaciones, el conocimiento de hechos por parte de ciertos sujetos o la prudencia con que se condujeron, el tipo (y no la importancia) de los propósitos que persigue una ley, los tipos de efectos (primarios) que generan las normas y el tipo de acciones que demanda por parte de los agentes estatales y su relación con cierto tipo de organizaciones.

Lo anterior no significa que el tipo de razonamiento de estos test, los elementos que emplean o la reglas que se derivan sean totalmente incompatibles con el test alexiano o con otras metodologías. El caso del *New York Times v. Sullivan* es un extraordinario ejemplo de ello. Como se vio en el apartado pasado, Moreso utiliza esta sentencia como uno de sus casos paradigmáticos —esto es, como una fuente de casos de resolución evidente— y, como se ha mostrado, los elementos que conforman la parte del test de malicia efectiva teóricamente podrían incorporarse al test alexiano como las circunstancias relevantes que hacen que, en un caso concreto, un principio tenga prevalencia sobre otro. Esto se debe, en buena medida, a que una y otra aproximación tienen énfasis diferentes. Mientras que Alexy centra su atención en el pesaje de los principios en pugna y da pocas pistas sobre cómo han de seleccionarse y delimitarse las circunstancias especiales que eventualmente serán seleccionadas como supuestos de hecho, en los test *ad hoc* el énfasis está, precisamente, en la generación de reglas y estándares que puedan servir para resolver casos futuros.

Lo anterior sirve para hacer un punto más general. Quizá una de las notas más definitorias que tienen lo test *ad hoc* es su relativa generalidad y vocación de permanencia, lo cual contrasta con el casuismo que, para bien y para mal, suele asociarse con la ponderación alexiana. Como se ha



mostrado, Alexy es enfático al señalar que su modelo nunca genera respuestas definitivas. En ese sentido, aunque el resultado de la aplicación del test de proporcionalidad sea la generación de una regla clara, lo cierto es que en un caso futuro puede concurrir un factor nuevo que genere un cambio en el balance de los principios y, en consecuencia, que derive en una regla con un resultado opuesto. Las diferencias en los resultados que genera una y otra metodología seguramente también están relacionadas con la fuerza que tienen los precedentes en el sistema estadounidense,¹⁷³ pero ciertamente sería un error ignorar las diferencias de fondo que subyacen entre uno y otro modelo. La permanencia y vigencia de un estándar como el fijado en el caso *New York Times v. Sullivan* contrastan con el casuismo que, en la teoría y la práctica, suele asociarse con el test de proporcionalidad alexiano.

V. LOS NIVELES DE ESCRUTINIO ESTADOUNIDENSES

1. *Una breve introducción*

Los niveles de escrutinio estadounidenses son quizá las metodologías alternativas que se mencionan con mayor frecuencia en la literatura y que se emplean con mayor consistencia en la jurisprudencia comparada. Es cierto que, no pocas veces, la doctrina trata como sinónimos o equivalentes a los niveles de escrutinio, la ponderación simple (o *balancing*) e incluso el test de proporcionalidad alexiano. Pero, como mostraré en este capítulo, los niveles de escrutinio son genuinas alternativas al test de proporcionalidad. Aunque comparten algunos elementos comunes, lo cierto es que los niveles de escrutinio suelen incorporar exámenes con una estructura significativamente diferente al test alexiano (y a la ponderación simple y al test de maximalidad, en los términos explicados en el capítulo primero de este libro).

Es importante precisar, en este momento, que los tres niveles de escrutinio —el escrutinio ordinario, el intermedio y el estricto— no son metodologías con un alcance generalizado en la jurisprudencia estadounidense. Aunque teóricamente podrían ser utilizados para analizar la justificación de cualquier intervención a los derechos contemplados en la Constitución estadounidense, lo cierto es que la jurisprudencia ha delimitado su alcance a ciertas materias específicas.

¹⁷³ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Magaloni Kerpel (2001) y de Garner *et al.* (2016).



En particular, las cortes estadounidenses han utilizado los niveles de escrutinio para analizar interferencias en ciertos derechos fundamentales —la libertad de expresión, la libertad religiosa, los derechos protegidos por el debido proceso sustantivo (*substantive due process*),¹⁷⁴ etcétera—, así como las violaciones al principio de igualdad, que en el ámbito estadounidense tiene su fundamento en la cláusula de protección igualitaria (*equal protection clause*).¹⁷⁵ Hay, sin embargo, otros derechos contemplados en la Constitución que son protegidos mediante otras metodologías de adjudicación constitucional que no serán analizadas en este apartado.¹⁷⁶

No es mi intención hacer aquí un recuento exhaustivo o completo de todas las aplicaciones y variantes de los niveles de escrutinio, o de las críticas que han suscitado,¹⁷⁷ pues ello excedería con creces los objetivos de este capítulo.¹⁷⁸ Tampoco haré un recuento de la forma en que tribunales —por

¹⁷⁴ Véase, en general, el trabajo de Chemerinsky (1999) y, en particular, el trabajo de Fleming y McClain (2013).

¹⁷⁵ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Fallon (2006) y Fallon (2019).

¹⁷⁶ Esto, por supuesto, ha generado un caudal de críticas en la doctrina. Como apunta Aleinikoff (1987, p. 1002), “la Corte no ha explicado por qué la ponderación está permitida (o es obligatoria) en algunas áreas del derecho constitucional pero no en otras. Por ejemplo, nadie alega que el derecho conferido por la Quinta Enmienda a no testificar en contra de uno mismo puede ser ‘superado’ en el caso de un crimen particularmente grave... ¿Qué distingue a la Quinta Enmienda de la Primera Enmienda? La Corte nunca ha dado una respuesta”. En la jurisprudencia estadounidense, cada derecho o cláusula constitucional puede generar una metodología de adjudicación diferenciada. Por ejemplo, las violaciones al derecho de privacidad, tal como está contemplado en la cuarta enmienda de la Constitución estadounidense (la cual establece que “[e]l derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable”) suelen ser analizadas bajo un esquema de reglas categóricas (Jackson, 2015), que pueden ser representadas mediante árboles de decisión (Kastellec, 2010). Asimismo, las violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado, como se mostró en el apartado precedente, se analizan a partir de test *ad hoc*, que igualmente se separa de la estructura de los niveles de escrutinio. Finalmente, tampoco me detengo en aquellos casos en los que, a pesar de que parecería que la Corte debía emplear los niveles de escrutinio (como en las categorías sospechosas), se terminó optando por otra metodología (Koppelman, 2014). Aquí vale recordar la precisión antes referida: no pretendo, ni de lejos, presentar un análisis exhaustivo sobre la aplicación de los niveles de escrutinio, ni mucho menos todas las metodologías de adjudicación que coexisten en el derecho constitucional estadounidense. Simplemente tomo algunos ejemplos que me sirven para identificar y formalizar los elementos de esta metodología de adjudicación.

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, el trabajo de Baker (2008).

¹⁷⁸ Baste con decir que hay obras completas que se han dedicado a analizar, exclusivamente, solamente uno de los niveles de escrutinio. Quizá el mejor ejemplo de lo anterior sea el trabajo de Fallon (2019), que concentra su análisis en el escrutinio estricto.



lo general, con poco tino— han generado auténticas mezclas entre los niveles de escrutinio y el test de proporcionalidad.¹⁷⁹

Lo que aquí pretendo hacer simplemente es una reconstrucción conceptual y una formalización de los niveles de escrutinio, que permita identificar su estructura y compararlo con el test de proporcionalidad alexiano. Para ello, analizaré inicialmente tres casos relacionados con la protección a la libertad de expresión. Me concentro en estos casos por tres razones: (i) porque la libertad de expresión fue una de las primeras áreas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comenzó a seguir la lógica de los escrutinios;¹⁸⁰ (ii) porque los tres niveles de escrutinio han sido empleados, en diferentes momentos históricos, para analizar infracciones a este derecho fundamental, y (iii) porque los casos específicos que estudio son un buen ejemplo de los distintos tipos de exámenes que se suelen incorporar en los niveles de escrutinio.

2. *Escrutinio estricto*

La Corte Suprema estadounidense ha sostenido de manera reiterada que las restricciones basadas en contenido (*content-based*) a la libertad de expresión ameritan la aplicación de un escrutinio estricto. La distinción básica que ha trazado la jurisprudencia estadounidense se da entre restricciones neutrales al contenido (*content neutral*), que ameritan empleo de un escrutinio intermedio, y restricciones basadas en contenido (*content based*), que se analizan a partir de un escrutinio estricto. De acuerdo con esta línea, una restricción puede calificarse como neutral al contenido cuando: (a) es neutral al punto de vista (*viewpoint neutral*) y (b) es neutral a la materia (*subject matter neutral*).¹⁸¹

¹⁷⁹ Véanse, en particular, los trabajos de Conesa Labastida (2009) e Ibarra Olguín (2019).

¹⁸⁰ Bomhoff (2013, p. 188) ha apuntado, por ejemplo, que durante su surgimiento “en Estados Unidos la ponderación [entendida en sentido amplio] fue principalmente una característica del derecho de Primera Enmienda”. En igual sentido, véase el trabajo de Schauer (2010).

¹⁸¹ Se trata de una distinción que ha generado no pocos debates y críticas, en buena medida porque la determinación del tipo de regulación (natural o de contenido) depende el nivel de escrutinio a emplear y, por ello, también la probabilidad de que una restricción sea considerada como (in)constitucional. Véanse, por ejemplo los trabajos de Wright (2006, p. 335) (en donde argumenta que las cortes deberían enfocarse en valorar, de manera realis-



Un buen ejemplo de la aplicación del escrutinio estricto a las restricciones basadas en contenido es el caso *Republican Party of Minnesota v. White*.¹⁸² En este asunto, la Corte Suprema estadounidense estudió la constitucionalidad de la “cláusula de anuncio”, un canon de conducta judicial que prohibía que los candidatos a puestos judiciales “den a conocer sus puntos de vista en cuestiones legales o políticas polémicas”.¹⁸³

La Corte Suprema estadounidense señaló que la restricción contenida en la cláusula de anuncio “prohíbe tanto el discurso sobre la base de su contenido” (el “discurso sobre temas legales o políticos”) amén de que generaba una carga en una categoría se encuentra “en el núcleo” de la primera enmienda: “el discurso sobre las calificaciones de los candidatos para cargos públicos”.¹⁸⁴

En consecuencia, la Corte Suprema procedió a aplicar un escrutinio estricto para analizar la constitucionalidad de la cláusula de anuncio. Bajo este test, sigue la Corte, existe la carga de probar que la medida bajo análisis (la cláusula de anuncio) cumple con dos condiciones:¹⁸⁵

- 1) Busca cumplir un interés estatal apremiante.
- 2) Está confeccionada estrechamente para cumplir con dicho interés apremiante. Más específicamente, señaló que para cumplir con el requisito de confección estrecha era necesario que se demostrara que

ta, el “potencial represivo” de las restricciones a la libertad de expresión, y no tanto en si se trata de restricciones neutrales o basadas en contenido, una distinción que, según el autor, está plagada de complicaciones y ambigüedades) y Wright (2015) (quien alega que las tendencias jurisprudenciales recientes “han trastocado cualquier jerarquía inequívoca de rigor entre los escrutinios judiciales [para las restricciones] basadas en contenido y neutrales al contenido”, así como “cualquier claridad, coherencia y valor práctico público” de la distinción). Véase, asimismo, la discusión en Chemerinsky (2000).

¹⁸² 536 U.S. 765 (2002). El juez Scalia escribió la opinión mayoritaria.

¹⁸³ El canon 5(A)(3)(d)(i) del Código de Conducta Judicial de Minnesota, específicamente, el cual establecía que un candidato a una oficina judicial no deberá “den a conocer sus puntos de vista sobre cuestiones legales o políticas en disputa” (“announce his or her views on disputed legal or political issues”).

¹⁸⁴ “As the Court of Appeals recognized, the announce clause both prohibits speech on the basis of its content and burdens a category of speech that is ‘at the core of our First Amendment freedoms’—speech about the qualifications of candidates for public office”.

¹⁸⁵ “The Court of Appeals concluded that the proper test to be applied to determine the constitutionality of such a restriction is what our cases have called strict scrutiny...; the parties do not dispute that this is correct. Under the strict-scrutiny test, respondents have the burden to prove that the announce clause is (1) narrowly tailored, to serve (2) a compelling state interest”.



“no circumscribe innecesariamente expresiones [constitucionalmente] protegidas”.¹⁸⁶

La corte razonó que en las instancias previas se había alegado que la restricción de la cláusula perseguía dos finalidades: (i) “preservar la imparcialidad de la judicatura estatal” y (ii) “preservar la apariencia de imparcialidad de la judicatura estatal”. Asimismo, se alegó que dichos intereses eran apremiantes puesto que el primero “protege los derechos de debido proceso de los litigantes”, mientras que el segundo “preserva la confianza pública en la judicatura”.¹⁸⁷

Ahora bien, para evaluar si la medida bajo análisis (la cláusula de anuncio) se ajustaba a las exigencias del escrutinio estricto, la Corte razonó que era necesario definir el significado de “imparcialidad”. Para ello, utilizó tres posibles entendimientos del concepto. Aquí sólo me concentro en lo que la mayoría denominó el entendimiento “tradicional” y acorde con el “contexto judicial”, pues es precisamente a partir de este entendimiento que la Corte hizo el estudio más extenso sobre la aplicación del test de escrutinio estricto. En el contexto judicial y tradicional —de acuerdo con la Corte— la imparcialidad “es la ausencia de sesgos a favor o en contra de cualquiera de las partes en un procedimiento”. En este sentido, la imparcialidad “garantiza a una parte que el juez que escucha su caso aplicará la ley de la misma manera en que la aplica a cualquier otra parte”.¹⁸⁸

A partir de esta definición, la Corte concluyó que la restricción no se encontraba estrechamente confeccionada para cumplir ninguno de los dos objetivos. De hecho, razonó que “la cláusula apenas está confeccionada para cumplir con ese interés, en la medida en que no restringe el discurso a favor o en contra de *partes* en lo particular, sino más bien discurso a favor o en

¹⁸⁶ “In order for respondents to show that the announce clause is narrowly tailored, they must demonstrate that it does not ‘unnecessarily circumscrib[e] protected expression’”.

¹⁸⁷ “The Court of Appeals concluded that respondents had established two interests as sufficiently compelling to justify the announce clause: preserving the impartiality of the state judiciary and preserving the appearance of the impartiality of the state judiciary... Respondents reassert these two interests before us, arguing that the first is compelling because it protects the due process rights of litigants, and that the second is compelling because it preserves public confidence in the judiciary”.

¹⁸⁸ “One meaning of ‘impartiality’ in the judicial context—and of course its root meaning—is the lack of bias for or against either party to the proceeding. Impartiality in this sense assures equal application of the law. That is, it guarantees a party that the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party”.



contra de *temas* en lo particular”.¹⁸⁹ En consecuencia, al no pasar la segunda etapa del escrutinio estricto, la Corte concluyó que la medida violaba la primera enmienda de la Constitución estadounidense.

Aquí me interesa destacar dos cosas sobre la estructura de los exámenes que se suelen emplear en el escrutinio estricto. Por un lado, el primer paso del test de escrutinio estricto opera en el nivel de la *importancia* o del *peso* del interés que persigue la medida. Más específicamente, se establece que la medida debe perseguir una finalidad con un peso o importancia especialmente alta, esto es, que dicha finalidad es apremiante. Y se trata, como puede verse, de una importancia o de un peso de tipo *abstracto* (y no concreto), que no depende de las particularidades del caso concreto. En la sentencia bajo análisis, por ejemplo, la Corte estimó que había dos finalidades apremiantes (preservar la imparcialidad y la apariencia de imparcialidad de la judicatura), sin que en su razonamiento se haga ningún tipo de referencia a la importancia o peso que en el caso concreto tienen.

Por otra parte, el segundo paso de esta versión del test de escrutinio estricto ya no opera en la dimensión de la *importancia* o del *peso*, sino en la de la *confección* o *ajuste*. Aquí lo que la Corte hace es ver si la medida bajo análisis tiene problemas de sobreinclusión (o subinclusión). Dicho de otro modo, la Corte se pregunta si, a la luz de la finalidad, la medida cubre más casos de los que debería (sobreinclusión), o bien, o si cubre menos casos de los que debería (subinclusión).¹⁹⁰ En este caso, la medida es sobrein-

¹⁸⁹ “We think it plain that the announce clause is not narrowly tailored to serve impartiality (or the appearance of impartiality) in this sense. Indeed, the clause is barely tailored to serve that interest at all, in as much as it does not restrict speech for or against particular parties, but rather speech for or against particular issues”.

¹⁹⁰ Schauer (2009, p. 28) utiliza un ejemplo por demás ilustrativo y que más adelante retomo: las normas que buscan “prohibir cierto tipo de razas de perros —los *pit bulls*, más frecuentemente— sobre la base de que algunas razas tienden a ser más agresivas o peligrosas que otras razas”. Este sería un tipo de medida que es, al mismo tiempo, sobreinclusiva y subinclusiva. En palabras de propio Schauer, “[y]a que la mayoría de los *pit bulls* no son peligrosos, sin embargo, la prohibición sería sobreinclusiva, y dado que los perros de otras razas pueden ser peligrosos, la prohibición también sería subinclusiva”. Y, como explica el propio Schauer (2003, p. 123), diferentes medidas pueden ser más o menos sobreinclusivas (o subinclusivas), por lo que estamos frente a “diferencias de grado y no de especie. Una noción análoga es la de *overbreadth* (que quizá se podría traducir como “exceso de amplitud” o “amplitud excesiva”) y que sugiere que “aunque una medida puede ser eficaz para satisfacer ciertos intereses estatales, también va demasiado lejos al dañar los derechos protegidos... La ley restringe demasiadas actividades legítimas y no está adecuadamente confeccionada” (Gunn, 2006, p. 495). Se trata, para decirlo coloquialmente, de “emplear una maza para



clusiva. La Corte razona que si la finalidad es preservar la imparcialidad y la apariencia de imparcialidad —entendiendo a ésta como la ausencia de sesgos a favor o en contra de las *partes*— entonces la medida restringe mucho más de lo que debería, pues no regula la posibilidad de hablar a favor en contra de las *partes*, sino que establece una prohibición más amplia, que impide hablar de *temas* en general.

Los dos puntos señalados serán desarrollados con mayor detalle más adelante, pero desde este momento es importante señalar que estamos frente a un test que difiere notablemente del test alexiano por tres razones. En primer lugar, el test alexiano demanda sólo que la medida persiga un interés legítimo, pero el test de escrutinio estricto demanda que el interés tenga una importancia o peso alto (debe no sólo ser legítimo, sino apremiante).

En segundo lugar, desde el primer paso del test existe una suerte de ponderación implícita y abstracta. Me explico: como se estima que las interferencias basadas en contenido a la libertad de expresión son particularmente importantes, entonces la interferencia sólo se justificará si persigue una finalidad igualmente importante (o apremiante). El uso de diferentes niveles de escrutinio, por tanto, asigna implícitamente un peso o importancia a los derechos afectados. Nótese, en este sentido, cómo esta asignación de pesos (al derecho afectado y a la finalidad que persigue la medida) es abstracta en tanto no depende de las circunstancias del caso: eso implica que siempre que haya una restricción de contenido se utilizará el escrutinio estricto, y siempre que una medida busque preservar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la judicatura estatal se estará frente a finalidades imperiosas. Asimismo, nótese cómo esta estructura difiere notablemente respecto del modelo alexiano, en el que ciertamente se asignan pesos abstractos a los derechos o principios en colisión, pero esto se hace hasta la última etapa del test, esto es, en la proporcionalidad en sentido estricto.

cascar una nuez”, de “matar moscas a cañonazos” o “realizar una amputación con machete”. Eso no quiere decir que el mazo no sirva (o sea efectivo) para cascar la nuez, ni que un cañón no pueda ser útil para matar a una mosca, ni que no se pueda hacer una amputación con un machete. Significa, sobre todo, que la medida abarca más que lo que debería. De la misma forma, el test de exceso de amplitud tiene cierto parecido al examen de necesidad (entendido como la inexistencia de una medida igualmente efectiva y menos restrictiva), pero no son lo mismo. Gunn (2006, p. 495) alega, por ejemplo, que el análisis de la medida menos restrictiva “puede ser vista como una subclase del problema de exceso de amplitud”. Pero es importante tener en cuenta las diferencias: el examen de exceso de amplitud *no* implica necesariamente la comparación con una medida alternativa, mientras que el examen de necesidad sí lo hace.



En tercer lugar, conviene enfatizar que la segunda parte del test de escrutinio estricto —en este caso, la confección estrecha— no se corresponde con ninguno de los exámenes del test alexiano. Esto es así, como ya se ha dicho, porque todos los test del modelo alexiano operan en la dimensión del *peso* o de la *eficacia*, mientras que el segundo paso del escrutinio estricto opera en la dimensión del *ajuste* o de la *confección*. Esto, como se verá más adelante, es una de las diferencias estructurales más importantes entre estas dos metodologías de adjudicación.

3. *Escrutinio intermedio*

Un buen ejemplo de casos en los que la Corte Suprema estadounidense ha empleado el escrutinio intermedio para analizar posibles violaciones a un derecho constitucional son los casos de libertad de expresión en materia comercial.¹⁹¹ El caso más emblemático —y que parece seguir guiando

¹⁹¹ Como se ha apuntado anteriormente, la Corte Suprema estadounidense también aplica el escrutinio intermedio para analizar restricciones neutrales al contenido. Un ejemplo de ello es el caso *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622 (1994), en el cual la Corte utilizó un escrutinio intermedio para analizar la constitucionalidad de un requisito consistente en que las cadenas de televisión deben dedicar algunos canales para estaciones locales. Ahora bien, en el ámbito de la igualdad, la Corte Suprema estadounidense utiliza el escrutinio intermedio para distinciones basadas en sexo o género, aunque esto no sea siempre el caso a nivel local. Como apunta Jones (2019, p. 77), en el caso de Massachusetts, la Corte Suprema de dicho estado ha interpretado la cláusula de igualdad de la declaración de derechos local en el sentido de que a las clasificaciones basadas en sexo se les debe aplicar un escrutinio estricto: “In 1977, the SJC wrote, «in adopting art. 106, the people of Massachusetts have expressed their intention that the strict scrutiny required by the United States Constitution in discrimination cases involving other fundamental First Amendment rights should now be applied to distinctions based on sex»”. El artículo I de la Declaración de los Derechos de los Habitantes del Estado de Massachusetts (Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts) señalaba originalmente lo siguiente: “Todos los hombres nacen libres e iguales y tienen ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables; entre los cuales se puede reconocer el derecho a gozar y defender su vida y libertades; el de adquirir, poseer y proteger la propiedad; en fin, el de buscar y obtener su seguridad y felicidad”. (“All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness”). Esta disposición fue anulada por la enmienda 106 (CVI), a partir de la cual el artículo 1 de la declaración estatal establece lo siguiente: “Todas las personas nacen libres e iguales y tienen ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables; entre los cuales se puede reconocer el derecho a gozar y defender su vida y libertades; el de adquirir, poseer y proteger bienes; en definitiva, la de



las decisiones de la Corte— es *Central Hudson Gas v. Public Service Commission*.¹⁹² En este caso, la Corte analizó si “una regulación de la Comisión de Servicios Públicos del Estado de Nueva York violaba las enmiendas primera y decimocuarta [de la Constitución estadounidense] ya que prohíbe por completo la publicidad promocional de una empresa de servicios eléctricos”.

Lo primero que determinó la Corte en este caso es que el discurso comercial sí estaba protegido por la primera enmienda —la cual resulta aplicable a los estados a través de la décimo cuarta enmienda—. ¹⁹³ No obstante, también reconoció que “la Constitución otorga una protección menor al discurso comercial que a otras expresiones garantizadas constitucionalmente”.¹⁹⁴

Señalado lo anterior, la Corte procedió a su análisis al establecer que no todo discurso comercial goza de la protección de la primera enmienda. Dado que la protección constitucional del comercial “está basada en la función informativa de la publicidad”, la Corte razonó que “no puede haber objeción constitucional a la supresión de los mensajes comerciales que no informan con precisión al público sobre una actividad legal”. En consecuencia, “el gobierno puede prohibir las formas de comunicación con mayor probabilidad de engañar al público que de informarle”.¹⁹⁵

buscar y obtener su seguridad y felicidad. La igualdad ante la ley no será negada ni restringida por motivos de sexo, raza, color, credo u origen nacional”. (“All people are born free and equal and have certain natural, essential and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness. Equality under the law shall not be denied or abridged because of sex, race, color, creed or national origin”). Como se ve, la cláusula de igualdad de la declaración local hace que las distinciones basadas en sexo sean una categoría sospechosa y que, por tanto, el escrutinio estricto es aplicable; situación que, como se ha visto, no sucede a nivel federal. Ahora bien, en cierto sector de la doctrina se afirma que el escrutinio intermedio también se utiliza para casos en los que se discrimina a la comunidad LGTB: “it is clear that the Supreme Court has been utilizing a form of scrutiny more exacting than rational basis—i.e., heightened (or intermediate) scrutiny—when analyzing equal protection claims brought by members of the LGBT community” (Varrige, 2019, p. 620).

¹⁹² 447 U.S. 557 (1980). El juez Powell escribió la opinión mayoritaria.

¹⁹³ En palabras de la propia sentencia: “The First Amendment, as applied to the States through the Fourteenth Amendment, protects commercial speech from unwarranted governmental regulation”. Sobre la incorporación de la primera enmienda véase, por ejemplo, el trabajo de Stern (2020).

¹⁹⁴ “Constitution therefore accords a lesser protection to commercial speech than to other constitutionally guaranteed expression”.

¹⁹⁵ “The First Amendment’s concern for commercial speech is based on the informational function of advertising... Consequently, there can be no constitutional objection to the



Ahora bien, si se determina que el discurso comercial “no es ni engañoso ni está relacionado con una actividad ilegal”, entonces se procede a hacer un escrutinio intermedio. En palabras de la sentencia:

El Estado debe hacer valer un interés sustancial que se alcanzará mediante las restricciones al discurso comercial. Además, la regulación debe tener proporción con ese interés. La limitación de la expresión debe diseñarse cuidadosamente para lograr el objetivo estatal. El cumplimiento de este requisito puede medirse por dos criterios. Primero, la restricción debe avanzar directamente el interés estatal involucrado; la regulación no puede sostenerse si proporciona solo un apoyo ineficaz o remoto para el propósito gubernamental. En segundo lugar, si el interés gubernamental puede ser alcanzado igualmente mediante una restricción más limitada del discurso comercial, las restricciones excesivas no pueden perdurar.¹⁹⁶

Como puede verse, se trata de un test con dos (o tres) partes, según el cual:

- 1) La regulación debe perseguir un “interés sustancial”.
- 2) La regulación debe estar “diseñada cuidadosamente” para alcanzar ese interés. Ello implica que (i) la regulación debe “promover directamente” el interés estatal y (ii) no debe existir una regulación alternativa que sea *igualmente efectiva pero menos restrictiva* que la regulación bajo análisis.

¿En qué se diferencia este escrutinio intermedio de la versión del escrutinio estricto que se analizó en el apartado anterior? Destaca, en primer lugar, que en vez de exigirse un “interés apremiante” (*compelling interest*), el escrutinio intermedio únicamente demanda un “interés sustancial”, esto es, de una importancia comparativamente menor.

suppression of commercial messages that do not accurately inform the public about lawful activity. The government may ban forms of communication more likely to deceive the public than to inform it”.

¹⁹⁶ Énfasis añadido. “The State must assert a substantial interest to be achieved by restrictions on commercial speech. Moreover, the regulatory technique must be in proportion to that interest. The limitation on expression must be designed carefully to achieve the State’s goal. Compliance with this requirement may be measured by two criteria. First, the restriction must directly advance the state interest involved; the regulation may not be sustained if it provides only ineffective or remote support for the government’s purpose. Second, if the governmental interest could be served as well by a more limited restriction on commercial speech, the excessive restrictions cannot survive”.



De nueva cuenta, aquí vemos de nuevo que estamos frente a una ponderación implícita y abstracta. Me explico. Por un lado, el peso que se le da a la libertad de expresión, cuando se trata de discursos comerciales, es menor que la que le da a dicho derecho cuando hay restricciones al discurso político. Y, dada esta menor importancia, para justificar una afectación al discurso comercial basta que una medida bajo análisis persiga un interés “sustancial”, esto es, menos importante que un interés “apremiante” (como sucede en el escrutinio estricto). Dicho de otro modo: intereses menos importantes justifican la restricción porque el peso que se le da al discurso comercial es menor que el del discurso político.

En segundo lugar, el escrutinio intermedio no exige una “confección estrecha” (*narrow tailoring*) de la regulación, sino un “diseño cuidadoso” (*careful design*). Si vemos los dos componentes de este diseño, veremos que hay dos diferencias importantes. La diferencia estriba en que en el escrutinio intermedio —tal cual como fue configurado en este caso— no exige que la regulación no sea sobreinclusiva (*overinclusive*) o subinclusiva (*underinclusive*), esto es, los requisitos de confección estrecha, sino que basta con que la regulación “promueve directamente” el fin. Aquí, como puede verse, ya no estamos en un examen que opere en la dimensión de la *confección* o del *ajuste*, sino en la de la *eficacia* o del *peso*. Lo que se tiene que demostrar es que la medida es medianamente efectiva para alcanzar la finalidad. Y esto, como se ha visto, no es sino la idea alexiana de idoneidad o adecuación. La diferencia estriba en que aquí se exige cierto nivel de idoneidad, y no cualquier nivel de eficacia (como en el test alexiano).

La segunda diferencia es que este escrutinio intermedio demanda que no exista una medida o regulación que permita alcanzar el objetivo de igual forma, pero que sea menos restrictiva. De nueva cuenta, en esta versión del escrutinio intermedio, el segundo peso no opera en la dimensión de la confección, esto es, no es un análisis de sobreinclusión y subinclusión. Lo que tenemos, en realidad, es un examen que es prácticamente idéntico al subprincipio de necesidad del test alexiano.

4. *Escrutinio ordinario*

Aunque se trata de un esquema hoy superado por los precedentes, a principios del siglo XX la Suprema Corte estadounidense usó “una aproximación que hoy en día sería descrita como una revisión de escrutinio



ordinario” (*rational basis review*) (Chemerinsky, 2015, p. 1044). Por ejemplo, el caso *Whitney v. California*¹⁹⁷ la Corte analizó diversas disposiciones de la Ley de Sindicalismo. En este sentido, la mayoría razonó que dichas disposiciones podrían ser declaradas como inconstitucionales “a menos que [la ley] sea un intento arbitrario e irrazonable de ejercicio de la autoridad que, por interés público, se le ha conferido al Estado”.¹⁹⁸ Y en ese sentido, la Corte concluyó lo siguiente:

No podemos sostener que, como se aplica aquí, la Ley [de Sindicalismo] es un ejercicio irrazonable o arbitrario del poder de policía del Estado, que infringe injustificadamente cualquier derecho de libertad de expresión, de reunión o de asociación, o que aquellas personas quienes abusan de tales derechos al unirse y promover una organización que amenaza la paz y el bienestar del Estado están protegidas del castigo por la cláusula del debido proceso.¹⁹⁹

Se trata, como se ha señalado, de algo relativamente viejo, pero que ilustra un punto central de los niveles de escrutinio: sus variantes niveles de exigencia. El escrutinio ordinario, como se ha visto, es el menos exigente de todos ellos.

Es importante notar que con el paso del tiempo los campos de aplicación del escrutinio ordinario se han definido con mayor precisión. De esta manera, el escrutinio ordinario ya no se emplea para analizar violaciones a la libertad de expresión, sino para analizar regulaciones de tipo económico o cuando el poder legislativo, en su caso, actúa dentro de sus facultades expresas.²⁰⁰ Asimismo, hoy se entiende que el escrutinio ordinario demanda lo siguiente:²⁰¹

¹⁹⁷ 274 U.S. 357 (1927). El juez Sanford escribió la opinión de la mayoría.

¹⁹⁸ “Every presumption is to be indulged in favor of the validity of the statute... and it may not be declared unconstitutional unless it is an arbitrary or unreasonable attempt to exercise the authority vested in the State in the public interest”.

¹⁹⁹ “We cannot hold that, as here applied, the Act is an unreasonable or arbitrary exercise of the police power of the State, unwarrantably infringing any right of free speech, assembly or association, or that those persons are protected from punishment by the due process clause who abuse such rights by joining and furthering an organization thus menacing the peace and welfare of the State”.

²⁰⁰ Klein (1984, p. 321). Más recientemente, por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense ha establecido que las restricciones al aborto deben analizarse, precisamente, bajo un escrutinio ordinario o de base racional (Martín Reyes y Ríos Figueroa, 2022).

²⁰¹ Véanse, por mencionar algunos ejemplos recientes, los trabajos de Fleming y McClain (2013, p. 238) y de Fallon (2019, p. 2).



- 1) La medida debe perseguir un “interés legítimo”.
- 2) La medida debe estar “racionalmente conectada”.

Como puede observarse, de nueva cuenta tenemos aquí una ponderación implícita y abstracta. Dado que las afectaciones en materia de regulación económica son poco importantes, basta un interés que sea poco importante (esto es, un interés meramente “legítimo” para justificar la afectación). Y, por otra parte, vemos que el segundo paso no es otra cosa que un examen (mínimo o poco exigente) de idoneidad, esto es, que la medida sea eficaz para alcanzar la finalidad. Como puede verse, el escrutinio ordinario se parece mucho a los primeros pasos del test alexiano: la existencia de una finalidad legítima y que la medida sea idónea. La diferencia, por supuesto, es que el escrutinio no demanda ni los exámenes de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto (del test alexiano), ni tampoco ningún tipo de análisis de confección.

5. *Formalización de los niveles de escrutinio*

Los casos que se han desarrollado permiten ilustrar algunas de las principales características de los elementos que conforman los niveles de escrutinio. Hecho lo anterior, en este apartado presento una visión esquemática de los niveles de escrutinio, así como una formalización que echa mano, sobre todo, de las gráficas que he empleado en el primer capítulo.

Como se verá, los niveles de escrutinio implican hasta cuatro exámenes diferentes: (i) un examen de importancia, (ii) un examen de idoneidad (o de nivel de conexión), (iii) un examen de necesidad (o de alternativa menos restrictiva) y (iv) un examen de confección estrecha. En términos generales, la tabla 3 sintetiza los diferentes pasos y estructuras de los niveles de escrutinio.²⁰²

²⁰² Para la construcción de esta gráfica echo mano de diversos trabajos, pero principalmente de Gardbaum (2008), Fleming y McClain (2013), Kelso (2013), Marks (2015), Spence y Yokum (2015) y Fallon (2019). En todo caso, debo enfatizar que presento aquí una síntesis esquemática de los elementos más relevantes, pues en los hechos los test pueden tener aún más variantes si se introducen, por ejemplo, variables como las diferentes cargas argumentativas y probatorias. Asimismo, es importante notar que, como se ve en ejemplos, los escrutinios intermedio y estricto pueden tener diferentes combinaciones de exámenes.



TABLA 4. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS DE LOS ESCRUTINIOS ORDINARIO, INTERMEDIO Y ESTRICTO

	<i>Primera etapa</i>		<i>Segunda etapa</i>	
Nivel de escrutinio	Importancia del interés (i)	Nivel de idoneidad (ii)	Medidas alternativas (iii)	Nivel de confección (iv)
Ordinario	Legítimo	Relación racional		
Intermedio	Sustancial	Relación sustancial	Alternativa menos restrictiva (necesidad)	Confección estrecha o diseño cuidadoso
Estricto	Apremiante	Relación directa	Alternativa menos restrictiva (necesidad)	Confección estrecha

FUENTE: elaboración propia.

A. *Primera etapa: el examen de importancia (o la determinación del nivel de escrutinio y de la importancia del interés que persigue la medida)*

Como se ha visto, en los niveles de escrutinio hay una suerte de primera etapa: la determinación del nivel de escrutinio que se aplicará. En apartados precedentes se dieron ejemplos concretos: la protección del discurso político por restricciones a contenido dispara el escrutinio estricto; la protección del discurso comercial no engañoso, el escrutinio intermedio, y las regulaciones en materia económica, el ordinario. Si usamos una escala triádica, podríamos decir que, implícitamente, la Corte asigna un peso diferenciado a la protección de diferentes derechos: la libertad de expresión en materia política tiene una importancia alta, la libertad de expresión en materia comercial una importancia media y las libertades económicas una importancia baja.

Ahora bien, cada nivel de escrutinio demanda un tipo de interés diferente y creciente. En el escrutinio ordinario, basta con que la medida per-



siga un fin legítimo. En el intermedio, la exigencia se eleva: la medida debe perseguir una finalidad sustancial, o de lo contrario la medida será inválida. En el escrutinio estricto, por último, se exige que la medida persiga una finalidad imperiosa.

¿Qué significa lo anterior? La respuesta es clara: los niveles de escrutinio implican una suerte de ponderación implícita y abstracta, que compara la importancia del derecho afectado por la medida y la importancia del interés perseguido por la medida. Así, una interferencia con un derecho o libertad de importancia baja (como la libertad económica) demandará, cuando menos, la consecución de un interés de importancia baja (un interés legítimo). Un derecho o libertad de importancia media (como la expresión comercial) exigirá, por lo menos, la consecución de un interés de importancia media (un interés sustancial). Y, finalmente, un derecho o libertad de importancia alta (como la expresión política) exigirá, al menos, la consecución de un interés de importancia alta (un interés apremiante).

La gráfica 22 permite advertir, visualmente, cómo opera el examen de importancia de los niveles de escrutinio estadounidenses.

GRÁFICA 22. EL EXAMEN DE IMPORTANCIA

Nivel de escrutinio	↑			
	Estricto (Derechos de importancia alta)	No cumple con el examen de importancia	No cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
	Intermedio (Derechos de importancia media)	No cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
	Ordinario (Derechos de importancia baja)	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
		Legítimo	Importante o sustancial	Apremiante
		Importancia del interés perseguido por la medida (<i>I</i>)		
				→

FUENTE: elaboración propia.



Aquí la estructura ponderativa del examen de importancia es todavía más clara. En un extremo, si estamos frente a una afectación a un derecho de importancia baja, es necesario aplicar un escrutinio ordinario. Eso implica que, para ser válida, basta que el fin perseguido sea legítimo para pasar el examen de importancia. Pero, por supuesto, este examen también será pasado si la medida persigue un fin de mayor importancia (esto es, sin el fin de importante o apremiante).

En otro extremo, si la medida genera una afectación en un derecho de importancia alta, entonces es necesario aplicar un escrutinio estricto. En este caso, para que la medida pase el examen de importancia se requiere que la medida persiga un interés de importancia alta, esto es, un interés apremiante. De lo contrario, la medida será inválida. Si, por ejemplo, el interés tiene una importancia menor (sea un interés importante o, peor aún, meramente legítimo), entonces no se pasará el examen de importancia y la medida será inválida.

La lógica, como puede verse, es clara: la afectación de derechos de poca importancia demanda al menos la consecución de fines de poca importancia; la de derechos de importancia media, fines de importancia media, y la de derechos de importancia alta, fines de importancia alta.

Conviene apuntar algunas características importantes del examen de importancia. La primera es que este examen supone una ponderación implícita, pues los tribunales no suelen hacer patente esta lógica. Al determinar el nivel de escrutinio a aplicar, implícitamente hacen dos cosas: (i) asignarle una importancia al derecho afectado y (ii) establecer la importancia de interés que debe perseguir la medida para alcanzar la finalidad. En segundo lugar, esta ponderación es abstracta ya que, como se ha visto en los ejemplos, la importancia del derecho afectado y la importancia del fin perseguido no dependen de las circunstancias del caso concreto. En tercer lugar, el examen de importancia muestra que aquí sí estamos frente a un test genuinamente escalonado: sólo si se pasa el examen de importancia se continúa con el paso (o los pasos) subsecuentes; de lo contrario, la medida se estima inválida.

Desde aquí es posible advertir diferencias notables respecto del modelo alexiano. Como se ha mostrado en el capítulo anterior, en el test de proporcionalidad no hay ninguna ponderación exclusivamente abstracta, y mucho menos como primer paso de un test genuinamente escalonado. Quizá lo más cercano es el peso abstracto que se le asigna a los derechos en colisión en el último paso —la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación—, pero lo cierto es que en el test alexiano una diferencia en el peso abstracto siempre puede ser compensada por las otras dos variables de la fórmula del peso (el peso concreto de los principios o la seguridad de las



premisas empíricas). En cambio, en los niveles de escrutinio, la ponderación (implícita) entre la importancia del derecho y el interés es un primer paso que no puede ser compensado nunca.

En ese sentido, es justo decir que, en este aspecto, los niveles de escrutinio son más exigentes que el test alexiano, sobre todo cuando se está frente a derechos de la mayor importancia. Esto es así ya que, en el modelo alexiano, la restricción a un derecho de importancia alta (en abstracto) puede ser justificado por la consecución de un fin de importancia media o baja (en abstracto), siempre y cuando dicha diferencia sea compensada por un mayor peso concreto del fin perseguido o por una mayor seguridad de las premisas empíricas respecto a dicho fin. En cambio, en los niveles de escrutinio estadounidenses esto no es posible: un interés de importancia media (en abstracto) jamás justificará la afectación a un derecho de importancia alta (en abstracto).

B. Segunda etapa: el examen de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de confección estrecha (o diseño cuidadoso)

Aunque se suele decir que los niveles de escrutinio implican sólo dos tipos de exámenes, lo cierto es que los trabajos más recientes han reconocido plenamente que esto no es así. En realidad, en los niveles de escrutinio intermedio y estricto pueden incorporar más de un examen en la segunda etapa del test. Esto ha generado confusión en la literatura especializada que es entendible si consideramos que —como ha apuntado Fallon (2019) en el más completo estudio del escrutinio estricto— el segundo paso de los niveles de escrutinio “ha generado escasas investigaciones sistemáticas” (p. 60).

Echando mando de trabajos relativamente recientes, en este apartado realizo una distinción conceptual entre los tres exámenes que pueden incluirse en la segunda etapa de los niveles de escrutinio: (i) el examen de nivel idoneidad (o nivel de conexión), (ii) el examen de necesidad y (iii) el examen de confección estrecha o diseño cuidadoso.²⁰³ Lo que pretendo, de nueva

²⁰³ Gardbaum (2008, p. 429) señala, por una parte, que los derechos que tienen un escrutinio más elevado (sea escrutinio intermedio o escrutinio estricto) incorporan más de dos exámenes en la segunda etapa: “para esos derechos se usa una versión de la afectación mínima (medida menos restrictiva, necesidad, confección estrecha y relación sustancial), tanto en el escrutinio estricto como en el escrutinio intermedio”. En sentido similar, Spence y Yokum (2015, p. 306) señalan que en la segunda etapa se pueden incluir los siguientes exámenes: (i) escrutinio de sobreinclusión y subinclusión, (ii) escrutinio de avance sustantivo de la finalidad o (iii) escrutinio de necesidad. Que estos exámenes son distintos quedará claro, entre otras cosas, por el hecho de que la doctrina suele discutir sobre qué tipo de examen debe

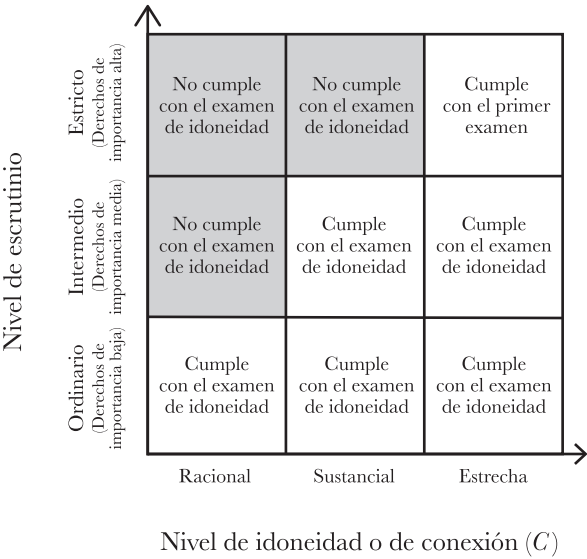


cuenta, es brindar claridad al debate, y presentar una formalización que permita comprender mejor la estructura de los niveles de escrutinio y compararla con el modelo alexiano.

a. El examen de idoneidad (o nivel de conexión)
en los niveles de escrutinio

El primer tipo de examen que se puede encontrar en todos los niveles de escrutinio es lo que podríamos denominar un examen de idoneidad o de nivel de conexión. Este examen opera en la dimensión de la eficacia o de la idoneidad: se busca determinar, por tanto, en qué grado la medida contribuye a la consecución del interés. La lógica es, de nuevo, sencilla: dependiendo de la importancia del derecho o libertad afectada, se pedirá que la medida sea más o menos eficaz para alcanzar el interés perseguido por la medida. La gráfica 23 muestra cómo opera este examen.

GRÁFICA 23. EL EXAMEN DE IDONEIDAD (O DE NIVEL DE CONEXIÓN)



FUENTE: elaboración propia.

aplicarse en casos distintos. Por ejemplo, Seidman (2015) alega que en el caso *Burwell v. Hobby Lobby*, la Corte estableció un test de necesidad (o de alternativa menos restrictiva), pero que dicho examen debería ser sustituido por uno de confección estrecha.



Como puede verse, si se trata de un derecho de importancia baja, se aplica el escrutinio ordinario y, en consecuencia, este examen demanda que haya, al menos, un nivel de idoneidad igualmente bajo: basta con que exista una conexión racional entre la medida y el interés que se persigue. En el siguiente nivel, cuando se afecta un derecho de importancia media, se aplica un escrutinio intermedio, que exige que haya un nivel de eficacia o de idoneidad mayor. En este caso, debe existir al menos una conexión “sustancial” entre la medida y el interés perseguido. Finalmente, en el tercer nivel, frente a afectaciones a derechos de importancia alta disparan el escrutinio estricto, que demanda el nivel alto de idoneidad o de conexión, esto es, una conexión estrecha.

A primera vista, se trata de un examen que se parece mucho al examen de idoneidad del test alexiano, en la medida en que opera en el nivel de la eficacia. Bien visto, sin embargo, es claro que se trata de un examen mucho más exigente. En el test alexiano, basta con que la medida contribuya, en cualquier grado, a la consecución de la finalidad (diríamos, por tanto, que basta con que el grado de idoneidad sea mayor a cero). Y, sin embargo, en los niveles de escrutinio, dependiendo de la importancia del derecho afectado se demandará un determinado nivel de idoneidad.

Un ejemplo sirve para ilustrar el contraste entre el test alexiano y los niveles de escrutinio. En caso de que se afecte un derecho de importancia alta (el discurso en materia política por una restricción de contenido), en Estados Unidos habría que aplicar un escrutinio estricto. En este nivel de escrutinio, no basta con que haya un nivel de idoneidad baja (conexión racional) o media (conexión sustancial) entre la medida y la finalidad. En estos dos supuestos, la medida no pasaría el examen de idoneidad y, por tanto, sería inválida. Pero esto no sucedería si aplicamos el test alexiano. En este caso, aunque la medida afecte un derecho tan importante como la libertad de expresión basta que la medida contribuya en cualquier grado para alcanzar el fin perseguido. En consecuencia, incluso si el nivel de idoneidad es bajo (conexión racional) o medio (conexión sustancial), la medida pasaría el examen de idoneidad. En pocas palabras: en estos dos supuestos, la medida pasa el test alexiano, pero no el escrutinio estricto.

Como puede verse, en este segundo examen también queda claro que los niveles de escrutinio estricto son más exigentes que el test alexiano. Y, de nuevo, esto es consecuencia de la relevancia que los niveles de escrutinio dan al peso abstracto de los derechos y de las libertades. Así, entre mayor sea el peso abstracto, mayor será el nivel de idoneidad o de conexión que se exige, lo cual no sucede con el test alexiano.



b. El examen de necesidad (o de alternativa menos restrictiva) en los niveles de escrutinio

Otro tipo de examen que es posible encontrar en el escrutinio intermedio y en el escrutinio estricto (pero no así en el escrutinio ordinario) es lo que suele denominarse examen de necesidad (*necessity*) o de alternativa menos restrictiva (*least restrictive means*). Aunque sea obvio, es importante notar que en los niveles de escrutinio sí existe una relación de escalonamiento entre el examen de idoneidad y el examen de necesidad. Dicho de otro modo: si la medida no pasa el examen de idoneidad, entonces ya no es posible hacer el examen de necesidad. Este punto quedará claro a lo largo de la exposición.

¿Qué implica el examen de necesidad? Aquí lo que se determina es si existe una medida igualmente idónea o eficaz para alcanzar el interés, pero que sea menos restrictiva en términos del derecho afectado.²⁰⁴ Se trata, como puede verse, de un examen que coincide con el examen de necesidad del modelo alexiano. Y, al igual que en el modelo alexiano, el examen de necesidad implica la determinación de una variable clave: el nivel de afectación que genera la medida (alta, media o baja).

Veamos, primero, cómo opera el examen de necesidad en los niveles de escrutinio. Recordemos que, si estamos en esta etapa del test, eso implica varias cosas: (i) que existe una medida que incide en un derecho fundamental de importancia alta que dispara el escrutinio estricto, (ii) que la medida sí persigue un interés apremiante (y que por ello pasó el examen de importancia) y (iii) que la medida tiene un alto nivel de idoneidad (o una conexión estrecha) con la finalidad (razón por la cual pasó el examen de idoneidad).

Pues bien, para hacer el examen de necesidad es necesario, como se ha visto, determinar el nivel de afectación que genera la medida. Analicemos un primer caso: cuando la afectación es alta. La gráfica 24 muestra cómo opera el examen de necesidad en el escrutinio estricto en este caso. Por un lado, la medida *M* se encuentra ubicada en dicha posición ya que: su nivel de idoneidad o de conexión es alto (esto lo sabemos porque la medida ya pasó el examen de idoneidad) y, adicionalmente, en este ejemplo su nivel

²⁰⁴ Como explica Marks (2015, p. 21), la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el examen de medida menos restrictiva (*least restrictive means test*) implica que la medida alternativa debe ser: (i) igual o más efectiva que la medida impugnada y (ii) menos restrictiva que la medida impugnada. Asimismo, existen dos requisitos que operan en plano de lo fácticamente posible: que la medida alternativa sea jurídica y físicamente posible.



de afectación es también alto. Asimismo, tenemos tres medidas alternativas: M , M' y M'' .

¿Cuáles son las medidas alternativas que hacen que la medida M no supere el test de necesidad? La gráfica da la respuesta: aquellas que están sombreadas. Como puede verse, la existencia tanto de la medida alternativa M' como de la medida alternativa M'' permiten invalidar a la medida M . Esto es así ya que ambas medidas son igual de idóneas que M (esto es, tienen un nivel alto de idoneidad o una conexión estrecha) y, al mismo tiempo, son menos restrictivas que M . Específicamente, M' genera una afectación media, mientras que M'' genera una afectación leve. Así, la lógica de este examen, como puede verse, es idéntica a la del examen de necesidad alexiano: optar por M' o por M'' garantiza el mismo nivel de beneficios (en términos del fin perseguido) y genera menos costos (en términos del derecho afectado).

GRÁFICA 24. EXAMEN DE NECESIDAD
 EN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO LA MEDIDA GENERA
 UNA AFECTACIÓN ALTA

Nivel de la afectación (A)	Alta			Medida (M)
	Media			Medida alternativa (M')
	Baja		Medida alternativa (M'')	Medida alternativa (M'')
		Racional	Sustancial	Estrecha
Nivel de idoneidad o de conexión (C)				

FUENTE: elaboración propia.

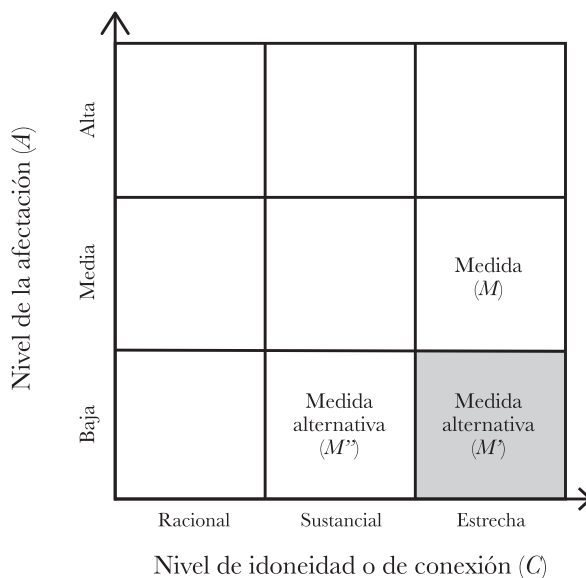
La medida alternativa M'' , por el contrario, no permite invalidar a la medida M . Esto es así ya que esta medida alternativa no cumple con la doble regla del examen de necesidad: es cierto que M' es menos restrictiva que M , pero al mismo tiempo es menos idónea. Para decirlo de otra manera: optar por la medida M'' genera menores costos, pero también genera menos beneficios.

Explicada la lógica del examen de necesidad en el escrutinio estricto mediante este ejemplo, creo que no tiene caso detenerme mucho más en las otras combinaciones. Sólo para ilustrar de mejor forma el punto, las siguientes gráficas representan el análisis de necesidad en: (i) el escrutinio estricto cuando la afectación es media (gráfica 25), (ii) el escrutinio estricto cuando la afectación es baja (gráfica 26) y (iii) el escrutinio intermedio cuando la medida tiene un nivel de idoneidad medio (conexión sustancial) y genera una afectación alta (gráfica 27).²⁰⁵ En todos los casos, la representación gráfica es la misma: las medidas alternativas (M' , M'' , etcétera) que invalidan a la medida bajo análisis se encuentran en el área gris, mientras que las medidas alternativas están en el área en blanco.

²⁰⁵ No ahondo mucho en el tema, pero nótese cómo el examen de necesidad en los niveles de escrutinio también tiene un problema de optimización. En particular, véase la gráfica 27. Ahí, la medida alternativa M' no permite invalidar a la medida M . Esto es así porque M' , aunque es más idónea, no es menos restrictiva que M (ambas son igual de restrictivas). Por tanto, si solo existiera la medida alternativa M' , entonces M no sería invalidada. Pero desde un punto de vista de optimización (o de un examen de optimalidad como el que he propuesto en este trabajo), por supuesto que habría que optar por M' , pues se trataría de una medida que generaría mayores beneficios netos.

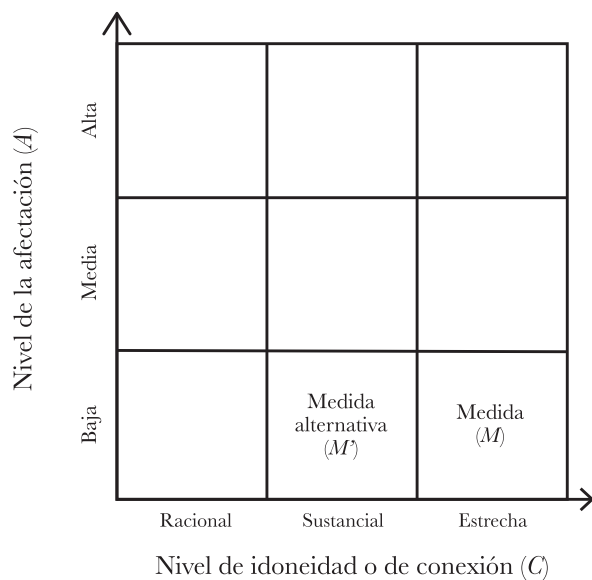


GRÁFICA 25. EXAMEN DE NECESIDAD
 EN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO LA MEDIDA GENERA
 UNA AFECTACIÓN MEDIA



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 26. EXAMEN DE NECESIDAD
 EN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO LA MEDIDA GENERA
 UNA AFECTACIÓN BAJA



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 27. EXAMEN DE NECESIDAD EN ESCRUTINIO INTERMEDIO CUANDO LA MEDIDA TIENE UN NIVEL DE IDONEIDAD MEDIO (CONEXIÓN SUSTANCIAL) Y GENERA UNA AFECTACIÓN ALTA

Nivel de la afectación (A)	Alta		Medida (M)	Medida alternativa (M')
	Media		Medida alternativa (M'')	Medida alternativa (M''')
	Baja	Medida alternativa (M'')	Medida alternativa (M'')	Medida alternativa (M''')
		Racional	Sustancial	Estrecha
		Nivel de idoneidad o de conexión (C)		

FUENTE: elaboración propia.

Como puede verse, el examen de necesidad (o de medida menos restrictiva) es el único elemento de los niveles de escrutinio estadounidenses que tiene exactamente la misma lógica que el examen de necesidad en el test alexiano. Lo que se busca es que no haya medidas alternativas que, al mismo tiempo, sean igual o más idóneas, pero menos restrictivas.

c. El examen de confección estrecha (o diseño cuidadoso) en los niveles de escrutinio

Finalmente, en el segundo paso de los niveles de escrutinio intermedio y escrutinio estricto es posible encontrar el examen de confección estrecha. Asimismo, en el escrutinio intermedio es posible encontrar un examen de “diseño cuidadoso”. Ambos exámenes comparten la misma lógica y entre ellos existe una relación de grado. El examen de confección estrecha es más

exigente y frecuente en la jurisprudencia, por lo que en este apartado me dedico a desarrollarlo. Como se verá, a diferencia de los pasos previos, este es un examen independiente y que opera en una dimensión distinta. Es independiente ya que puede ser aplicado en solitario o en conjunto con los exámenes de idoneidad y de necesidad. No tiene, por tanto, una estructura escalonada respecto a estos dos exámenes. Y opera en una dimensión distinta: la del ajuste o confección, a diferencia de los exámenes de necesidad e idoneidad, que operan en la dimensión de la eficacia o del peso.

¿Qué es la confección estrecha? Como se trata de un examen que opera en una dimensión diferente al peso o la eficacia, conviene detenerse con detalle. En términos generales, habría que decir que el examen de confección estrecha busca determinar si la medida bajo análisis tiene problemas de sobreinclusión y de subinclusión.

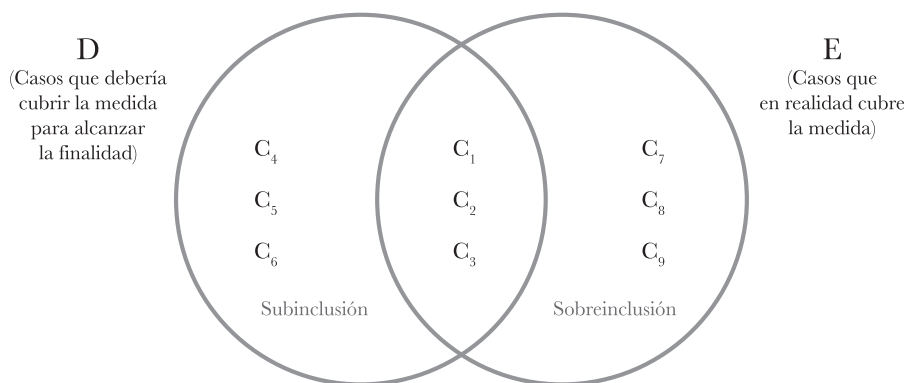
Schauer utiliza un ejemplo por demás ilustrativo para explicar ambos conceptos: las normas que buscan prohibir a los perros de la raza pit bull sobre la base de que son muy agresivos o peligrosos (Schauer, 2009, p. 28). Este sería un tipo de medida que es, al mismo tiempo, sobreinclusiva y subinclusiva. En palabras de propio Schauer (2003), “[y]a que la mayoría de los pit bulls no son peligrosos... la prohibición sería sobreinclusiva, y dado que los perros de otras razas pueden ser peligrosos, la prohibición también sería subinclusiva”. Y, como explica el propio Schauer, diferentes medidas pueden ser más o menos sobreinclusivas (o subinclusivas), por lo que estamos frente a “diferencias de grado y no de especie” (p. 123).

Gráficamente, la sobreinclusión y la subinclusión pueden ser representadas mediante un diagrama de Venn.²⁰⁶ En la gráfica 28, el círculo **D** contiene los casos que *debería* cubrir la medida a la luz de la finalidad o interés que se persigue. Por otra parte, el círculo **E** representa los casos que, *en los hechos*, son cubiertos por la medida. Además, la gráfica tiene nueve casos (C_1 , C_2 , ..., C_9).

²⁰⁶ Por su notable difusión, uso aquí la representación gráfica que emplean Copi *et al.* (2014).



GRÁFICA 28. DIAGRAMA DE VENN
 QUE REPRESENTA LAS RELACIONES DE CONFECCIÓN
 (SUBINCLUSIÓN Y SOBREINCLUSIÓN)



FUENTE: elaboración propia.

Podemos utilizar el ejemplo de Schauer para explicar las relaciones de sobreinclusión y de subinclusión. Supongamos que se está realizando un examen de confección estrecha de una medida que prohíbe la entrada de *pit bulls* a los parques públicos. La medida busca, entre otras cosas, proteger la seguridad, integridad e incluso la vida de las personas que transitan en el parque, sobre el argumento de que los *pit bulls* son muy agresivos. Pues bien, el círculo **D**, en este caso, contendría el conjunto de perros peligrosos, esto es, los casos que la medida debería cubrir a la luz de su finalidad (proteger la seguridad, integridad y vida de los asistentes al parque). Por su parte, el círculo **E** contendría el conjunto de todos los *pit bulls*, es decir, los casos que en realidad cubre la medida.

Como puede verse, los casos C_1 , C_2 y C_3 se encuentran ubicados en la intersección de los círculos **D** y **E**. Estos son los casos que, por tanto, (i) deberían ser cubiertos por la medida a la luz de su finalidad y, al mismo tiempo, (ii) están cubiertos por la medida. C_1 , C_2 y C_3 son tanto perros peligrosos (**D**) como perros de la raza *pit bull* (**E**). En estos casos no tenemos ningún problema de sobreinclusión o de subinclusión.

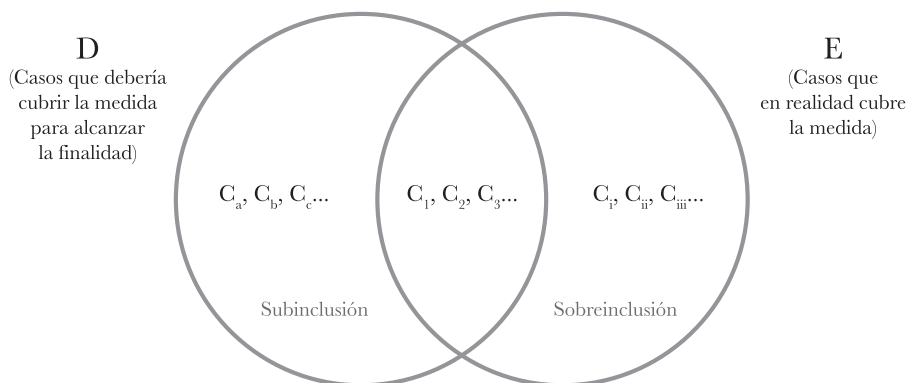
Pero una cosa diferente sucede con los casos C_4 , C_5 y C_6 . Estos son casos de perros peligrosos que deberían estar cubiertos por la medida (por eso forman parte de **D**), pero que en los hechos no están cubiertos por la medida

(por eso están fuera de la intersección con **E**). Estos tres casos podrían corresponder, por ejemplo, a otras razas peligrosas tales como los rottweilers y los pastores alemanes.²⁰⁷ Son casos que deberían ser incluidos (por ser razas peligrosas) pero que en los hechos no cubre la medida (pues no son *pit bulls*). Este sería, por tanto, un problema de subinclusión.

Lo opuesto sucede con los casos C_7 , C_8 y C_9 . Estos casos que sí cubre la medida (por eso están en **E**) pero que no deberían estar cubiertos (por eso no están en **D**). Dicho de otro modo: son perros *pit bull* que no son peligrosos. Este, por tanto, sería un problema de sobreinclusión.

Más allá de este ejemplo concreto, las siguientes gráficas generalizan el análisis, y presentan ejemplos de medidas que: (i) tienen tanto problemas de sobreinclusión como de subinclusión (gráfica 29); (ii) sólo tienen problemas de sobreinclusión (gráfica 30); (iii) sólo tienen problemas de subinclusión (gráfica 31); y (iv) no tienen problemas ni de sobreinclusión ni de subinclusión, esto es, que tienen una confección perfecta (gráfica 32).

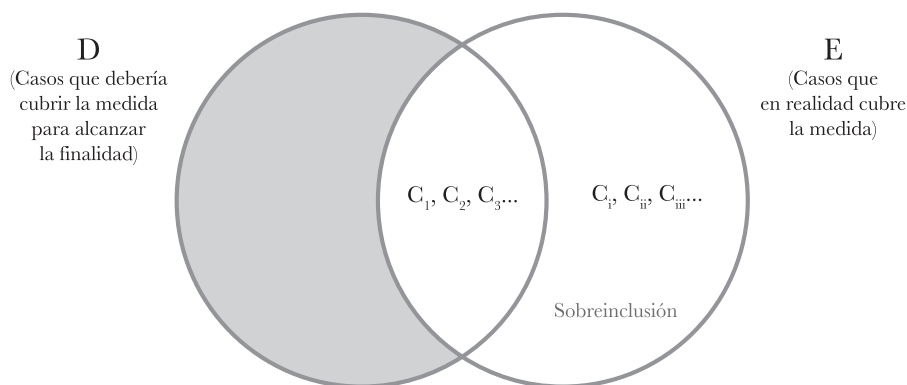
GRÁFICA 29. MEDIDA CON PROBLEMAS
DE SOBREINCLUSIÓN Y DE SUBINCLUSIÓN



FUENTE: elaboración propia.

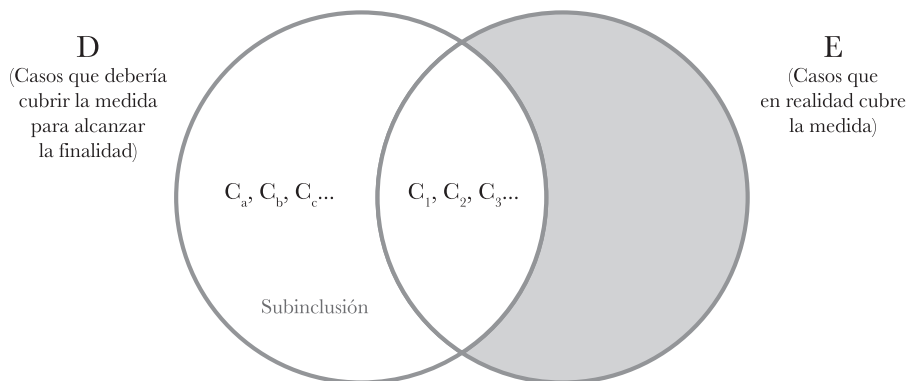
²⁰⁷ Véase, sólo a manera de ejemplo, el trabajo de Sacks *et al.* (2000).

GRÁFICA 30. MEDIDA CON PROBLEMAS DE SOBREINCLUSIÓN



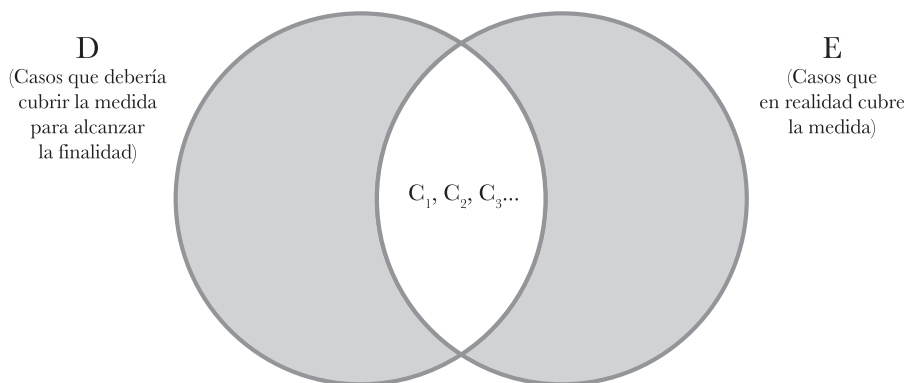
FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 31. MEDIDA CON PROBLEMAS DE SUBINCLUSIÓN



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 32. MEDIDA PERFECTAMENTE
 CONFECCIONADA (SIN PROBLEMAS DE SOBREINCLUSIÓN
 O SUBINCLUSIÓN)



FUENTE: elaboración propia.

Como puede verse, la gráfica 32 presenta un caso donde la medida no tiene ningún problema de subinclusión ni de sobreinclusión. Es en ese sentido, una medida *perfectamente confeccionada*: la medida, en los hechos, cubre todos los casos que debería cubrir (nada más y nada menos).

Por supuesto, el examen de confección estrecha no exige que las medidas bajo análisis estén *perfectamente* confeccionadas, pues esto es prácticamente imposible. Como se ha visto, la sobreinclusión y la subinclusión son siempre un problema de grado. La Corte Suprema estadounidense así lo ha reconocido, aunque ciertamente nunca ha definido con claridad qué nivel de sobreinclusión y subinclusión es tolerable (Fallon, 2019, p. 63). Esto, por supuesto, es por demás problemático y abre enormes márgenes de discrecionalidad, como se verá en un ejemplo posterior.

Pero antes de ilustrar este punto con un caso concreto, me interesa enfatizar, desde ahora, que el examen de confección estrecha opera con una lógica distinta a la del test alexiano. Aquí no se analiza la importancia de un derecho o interés, ni tampoco se busca determinar en qué grado la medida es eficaz para alcanzar una finalidad. Como se ha dicho, este examen opera en la dimensión del ajuste o de la confección y es, en esa medida, estructuralmente distinta a los exámenes del test alexiano (y al examen de optimalidad).

Asimismo, se trata de un examen independiente que puede ser particularmente exigente: dado que rara vez existe una medida perfectamente confeccionada, cuando las cortes adoptan un nivel muy alto de exigencia se vuelve casi imposible pasar este examen. En este sentido, los niveles de escrutinio que incorporan este examen (es decir, el escrutinio intermedio y, sobre todo, el estricto) son más exigentes que el test alexiano por dos razones: por establecer un examen adicional, no contemplado por el test alexiano, y que por tanto abre más oportunidades para invalidar una medida, y por el hecho de que, si las cortes establecen un nivel muy alto de confección, prácticamente cualquier medida podría ser invalidada.

Utilizo simplemente otro ejemplo para enfatizar cuán discrecional puede ser la aplicación del examen de confección estrecha.²⁰⁸ Se trata del caso *Williams-Yulee v. Florida Bar*,²⁰⁹ en la cual la Corte Suprema estadounidense declaró como constitucional el canon 7C(1) del Código de Conducta Judicial del estado de Florida, el cual establece, entre otras cosas, que los candidatos judiciales no podrán solicitar personalmente donativos para sus campañas.

Los antecedentes del caso son los siguientes. En septiembre de 2009, Lanell Williams-Yulee, una abogada residente en Florida decidió competir por un lugar en la Corte del Condado de Hillsborough. La primera barrera que Yulee debía pasar eran las elecciones primarias. Como parte de su campaña, Yulee publicó en internet y envió a los votantes del condado una carta en la que describió su experiencia y su deseo de “llevar ideas frescas y soluciones positivas al poder judicial”. Asimismo, en la carta señaló que “una contribución temprana de \$25, \$50, \$100, \$250 o \$500 [dólares]... ayudará a reunir los fondos necesarios para el lanzamiento de la campaña y para hacer escuchar nuestro mensaje”.

Yulee fue derrotada en la elección primaria. A pesar de ello, la barra de abogados de Florida presentó una queja en su contra por violar la prohibición consistente en no solicitar contribuciones de manera personal. La Corte Suprema de Justicia de Florida decidió amonestar públicamente a Yulee y la condenó a pagar los costos del proceso. Para llegar a esta conclusión, la corte estatal consideró que el canon 7C(1) claramente restringía la libertad de expresión de los candidatos judiciales, pero que dicha medida

²⁰⁸ Para esta exposición, reproduzco en términos generales el análisis que realicé en Martín Reyes (2015).

²⁰⁹ 575 US __ (2015).



cumplía con los parámetros del escrutinio estricto.²¹⁰ Esta sería, pues, la decisión que la Corte Suprema revisaría.

En una votación por demás cerrada, la mayoría conformada por cinco jueces estimó que el canon 7C(1) era constitucional. El razonamiento de la mayoría puede sintetizarse de la siguiente manera. En primer lugar, se estimó que el canon imponía una restricción a la libertad de expresión con base en su contenido y que, por ende, procedía realizar un escrutinio estricto.

Segundo, la mayoría de la Corte estimó que la medida sí pasaba lo que aquí he denominado el examen de importancia. En particular, señaló que la restricción del canon 7C(1) buscaba proteger dos intereses estatales apremiantes: mantener la integridad de los jueces y la confianza de la ciudadanía en una judicatura imparcial. En ese sentido, razonaron que los jueces se encuentran obligados a actuar con estricta neutralidad e independencia, por lo que “no pueden suplicar a los donadores sin que esto suponga una disminución de la confianza del público en la integridad judicial”. Después de recordar que la mayoría de las donaciones a las campañas judiciales provienen de litigantes, la mayoría de la Corte enfatizó que la solicitud directa de dinero por parte de los jueces “inevitablemente pone a los individuos a quienes se les solicita dinero en la posición de temer una represalia si es que no apoyan financieramente al candidato”.

En tercer lugar, la mayoría de la Corte Suprema concluyó que la restricción también pasaba el examen de confección estrecha, es decir, concluyó que la medida no era ni subinclusiva (*underinclusive*) ni sobreinclusiva (*overinclusive*). Conviene detenerse en los detalles de la argumentación.

En ese sentido, lo primero que habría que decir es que Yulee argumentó que la restricción era subinclusiva ya que no se restringían otros tipos de actividades que eran igualmente dañinas para la integridad de la Corte:

(i) la solicitud indirecta de dinero, esto es, a través de los comités de apoyo a los candidatos y (ii) el envío de cartas de agradecimiento por parte de los candidatos a sus contribuyentes. Sobre lo primero, la mayoría de la Corte razonó que la solicitud directa de dinero por parte del candidato creaba “un riesgo categóricamente diferente y más severo”, pues con ellos se generaba la apariencia de que los jueces sabrían quiénes los apoyaron y quiénes no. Sobre lo segundo, la mayoría reconoció que —como plan-

²¹⁰ En el caso particular, la corte de Florida concluyó que la prohibición: (i) buscaba proteger intereses estatales apremiantes, esto es, mantener la integridad de los jueces y la confianza de la ciudadanía hacia ellos y (ii) estaba estrechamente confeccionada, pues aislaba a los candidatos de las actividades consistentes en solicitar y recibir fondos, pero al mismo tiempo les daba amplias alternativas para recabar los recursos necesarios para sus campañas.



teaba Yulee— el envío de cartas de agradecimiento les permitía a los candidatos saber quiénes habían donado dinero a sus campañas. Sin embargo, rechazaron este planteamiento al señalar simplemente que los intereses del estado de Florida “se encontraban implicados más directamente mediante las solicitudes personales”.

Para sostener que el canon no era sobreinclusivo, la mayoría razonó que la prohibición sólo restringía una “pequeña porción” del discurso de los candidatos judiciales y se les dejaban abiertas amplias alternativas para hacer campaña. En palabras de la mayoría: “Los candidatos pueden escribir cartas, dar discursos y poner anuncios publicitarios. Pueden contactar a posibles simpatizantes en persona, por teléfono o por medios electrónicos. Pueden promover sus campañas en radio, televisión u otros medios. No pueden decir ‘por favor, dame dinero’. Pero pueden, sin embargo, ordenar a sus comités para que lo hagan.”

En cuarto lugar, la mayoría también realizó un examen de necesidad, pero no me detengo en los detalles.²¹¹ Lo que me interesa destacar son las críticas que hizo la minoría al examen de confección estrecha de la mayoría. En ese sentido, los disidentes concluyeron que la medida sí era sobreinclusiva, pues el canon 7C(1) prohibía que los jueces soliciten dinero a *cualquier* persona —no sólo a litigantes o individuos que podrían ser parte en un juicio—. Asimismo, alegaron que la medida también era subinclusiva: si la restricción busca evitar la impresión de que los jueces recordarán quiénes fueron (o no) sus contribuyentes, parecería que también debería prohibirse el envío de cartas de agradecimiento a los contribuyentes.

Sirva el anterior ejemplo sólo para ilustrar con mayor detalle cómo opera el examen de confección estrecha en la Corte Suprema estadounidense. Como se puede ver, se trata de un examen que opera en un nivel distinto (esto es, en la confección o ajuste); que tiene un carácter independiente de los otros exámenes que se emplean en los niveles de escrutinio, y que abre importantes márgenes para la discrecionalidad, en la medida en que

²¹¹ La mayoría rechazó que hubiera medidas igualmente idóneas y menos restrictivas. En particular, rechazaron el argumento consistente en que las reglas de recusación y los límites a las aportaciones de dinero constituían medidas menos restrictivas a la libertad de expresión de los candidatos judiciales. Al respecto, la mayoría argumentó que el funcionamiento de los tribunales se entorpecería si los jueces y las juezas tuvieran que excusarse de todos los asuntos que involucraran a alguno de sus contribuyentes, amén de una oleada de solicitudes de recusación que terminaría por erosionar la integridad de la judicatura. Y, sobre los límites a las contribuciones, la Corte apuntó que la apariencia de corrupción generada por la solicitud de dinero generaba un problema por sí mismo, independientemente del monto de las contribuciones.



la Corte Suprema jamás ha definido cuáles son los niveles de sobreinclusión y subinclusión son tolerables.

6. *Algunas lecciones e implicaciones de la formalización de los niveles de escrutinio*

Son varias las lecciones que deja la formalización que he hecho de los niveles de escrutinio. A continuación, las sintetizo y señalo además algunas implicaciones.

A. Aunque comparten algunos elementos, los niveles de escrutinio son estructuralmente diferentes al test alexiano

Como se ha visto, los niveles de escrutinio pueden contemplar hasta cuatro exámenes: (i) examen de importancia, (ii) examen de nivel de idoneidad o de conexión (iii) examen de necesidad o de medida menos restrictiva y (iv) examen de confección estrecha (o diseño cuidadoso). Para poder estimar estos test, es necesario determinar los siguientes factores: (i) los pesos abstractos del derecho y del interés, (ii) los niveles de idoneidad de la medida y de las medidas alternativas, (iii) los niveles de afectación de la medida y de las medidas alternativas, (iv) el nivel de sobreinclusión de la medida y (v) el nivel de subinclusión de la medida.

Desde aquí es posible advertir ya una diferencia: aunque los tres primeros factores también deben ser calculados para el test alexiano, no es el caso para los últimos dos. Asimismo, lo que distingue a los niveles de escrutinio del test alexiano no es tanto los factores que incorpora, sino las exigencias que establece para cada factor y la manera en que se articulan. Como se enfatizará a continuación, sólo el examen de necesidad que se aplica en los escrutinios intermedio y estrecho es estructuralmente equivalente al examen de necesidad del test alexiano. Todo lo demás presenta diferencias estructurales, como se mostrará más adelante.

B. El examen de importancia lo que genera es una ponderación implícita y abstracta

El primer examen de los niveles de escrutinio es una suerte de ponderación implícita y abstracta. Es implícita pues los tribunales no suelen hacer



patente esta lógica. Al determinar el nivel de escrutinio a aplicar, implícitamente hacen dos cosas: (i) asignarle una importancia al derecho afectado y (ii) establecer la importancia mínima del interés que debe perseguir la medida para alcanzar la finalidad.

En segundo lugar, esta ponderación es abstracta ya que la importancia del derecho afectado y la importancia del fin perseguido no dependen de las circunstancias del caso concreto. Así, una interferencia en un derecho o libertad de importancia baja demandará, cuando menos, la consecución de un interés de importancia baja (un interés legítimo). Un derecho o libertad de importancia media exigirá, por lo menos, la consecución de un interés de importancia media (un interés sustancial). Y, finalmente, un derecho o libertad de importancia alta (como la expresión política) exigirá, al menos, la consecución de un interés de importancia alta (un interés apremiante).

En el test de proporcionalidad no hay ninguna ponderación exclusivamente abstracta. Quizá lo más cercano es el peso abstracto que se le asigna a los derechos en colisión en la proporcionalidad en sentido estricto, pero lo cierto es que en el test alexiano una diferencia en el peso abstracto siempre puede ser compensada por las otras dos variables de la fórmula del peso (el peso concreto de los principios o la seguridad de las premisas empíricas). En cambio, en los niveles de escrutinio, la ponderación (implícita) entre la importancia del derecho y el interés es un primer paso que no puede ser compensado nunca.

Este hallazgo permite profundizar algunas de las conclusiones a las que ha llegado la literatura. Se ha dicho, por ejemplo, que el escrutinio estricto implica la realización de una ponderación de facto (Mathews y Stone Sweet, 2011). Mi análisis muestra que, en realidad, no sólo hay una ponderación en el escrutinio estricto, sino en todos los niveles de escrutinio. Pero es una ponderación específica: abstracta, que no depende de los hechos del caso concreto, pues estos son considerados hasta la segunda fase. Se trata, por tanto, de una diferencia fundamental entre uno y otro instrumento.

C. El examen de importancia hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano

Los niveles de escrutinio son más exigentes que el test alexiano por diversas razones. En primer lugar, el examen de importancia brinda una mayor protección a aquellos derechos y libertades de la mayor importancia.



En el modelo alexiano, la restricción a un derecho de importancia alta (en abstracto) puede ser justificado por la consecución de un fin de importancia media o baja (en abstracto), siempre y cuando dicha diferencia sea compensada por un mayor peso concreto del fin perseguido o una mayor seguridad de las premisas empíricas respecto a dicho fin. En cambio, en los niveles de escrutinio estadounidenses esto no es posible: un interés de importancia media (en abstracto) jamás justificará la afectación a un derecho de importancia alta (en abstracto).

D. El examen del nivel de idoneidad o conexión también hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano

El examen del nivel de idoneidad (o de conexión) de los niveles de escrutinio es mucho más exigente que el examen de idoneidad alexiano. En el test alexiano, basta con que la medida contribuya, en cualquier grado, a la consecución de la finalidad. Y, sin embargo, en los niveles de escrutinio, dependiendo de la importancia del derecho afectado, se demandará un determinado nivel de idoneidad. Así, una medida con idoneidad baja podría pasar perfectamente el test alexiano, pero no pasará, por ejemplo, ni el escrutinio intermedio ni el escrutinio estricto. De nuevo, esto es consecuencia de la relevancia que los niveles de escrutinio dan al peso abstracto de los derechos y de las libertades. Así, entre mayor sea el peso abstracto, mayor será el nivel de idoneidad o de conexión que se exige, lo cual no sucede con el test alexiano.

E. El examen de confección es un examen independiente, que opera en una dimensión distinta y que igualmente puede hacer más exigentes a los niveles de escrutinio

El examen de confección estrecha (o diseño cuidadoso) es independiente en la medida en que puede ser aplicado en solitario o en conjunto con los exámenes de idoneidad y de necesidad de escrutinio. No tiene, por tanto, una estructura escalonada respecto a estos dos exámenes. Y opera en una dimensión distinta: la del ajuste o confección, a diferencia de los exámenes de necesidad e idoneidad, que operan en la dimensión de la eficacia o del peso. En el examen de confección no se analiza la importancia de un derecho o interés, ni tampoco se busca determinar en qué grado la medida



es eficaz para alcanzar una finalidad. Este examen se pregunta en qué grado una medida cubre más casos que los que debería (sobreinclusión) o menos casos de los que debería (subinclusión).

Asimismo, se trata de un examen independiente que puede ser particularmente exigente: dado que rara vez existe una medida perfectamente confeccionada, cuando las cortes adoptan un nivel muy alto de exigencia se vuelve casi imposible pasar este examen. En este sentido, los niveles de escrutinio que incorporan este examen (es decir, el escrutinio intermedio y, sobre todo, el estricto) son más exigentes que el test alexiano por dos razones: por establecer un examen adicional, no contemplado por el test alexiano, y que por tanto abre más oportunidades para invalidar una medida, y por el hecho de que, si las cortes establecen un nivel muy alto de confección, prácticamente cualquier medida podría ser invalidada.

Por ello, no es casualidad que en la literatura se suele decir que los niveles de escrutinio son particularmente exigentes, especialmente el escrutinio estricto. Se ha dicho que el escrutinio estricto es “estricto en teoría y fatal en los hechos” (Gunther, 1972, p. 8). Y aunque la evidencia empírica ha matizado esta conclusión,²¹² lo cierto es que, estructuralmente, el escrutinio estricto sí puede ser más exigente que el test alexiano en varias dimensiones.

F. *Los niveles de escrutinio sí tienen una estructura escalonada*

También habría que mencionar que la formalización que presento muestra que los niveles de escrutinio tienen una estructura claramente escalonada. De entrada, todos los niveles de escrutinio contemplan el examen de importancia. Si no se pasa el examen, entonces el análisis termina y no es necesario correr el resto de los exámenes. Por otra parte, hay claramente una relación de dependencia entre el examen del nivel de idoneidad (o conexión) y el examen de necesidad. Si un test contempla ambos exámenes (como podría suceder en el escrutinio intermedio y en el estricto) entonces primero se debe correr el examen de idoneidad y, sólo si se pasa, el de necesidad. El único examen del segundo paso que no tiene una estructura escalonada es el de confección estrecha, que se puede aplicar con independencia de los otros.

²¹² En realidad, como ha mostrado empíricamente Winkler (2006), el “escrutinio estricto puede ser pasado en la práctica y no es fatal en los hechos” (p. 871).



G. *Los niveles de escrutinio comparten buena parte de los problemas de cálculo que supone el test alexiano*

Como ha quedado claro, tanto los niveles de escrutinio —especialmente, el intermedio y el estricto— como el test alexiano demandan el cálculo de las siguientes variables: (i) el peso abstracto del derecho y del interés, (ii) el nivel de idoneidad de la medida y de las medidas alternativas, (iii) el nivel de afectación de la medida y de las medidas alternativas. Eso implica, entre otras cosas, que todos los problemas que se han mencionado en el capítulo primero asociados con el cálculo de estas variables están presentes también en los niveles de escrutinio.

H. *La formalización también permite ver que hay al menos dos test de igualdad estructuralmente distintos*

Como se dijo al inicio de este apartado, los niveles de escrutinio son empleados en la jurisprudencia estadounidense para analizar afectaciones a derechos fundamentales, pero también en el ámbito de la igualdad. Por tanto, prácticamente todo lo expuesto sirve, también, para entender la lógica de un primer test de igualdad, esto es, el modelo estadounidense.

De la misma forma, el test alexiano, con ciertas modificaciones puede ser aplicado para analizar violaciones al principio de igualdad.²¹³ En este caso, lo que se tiene es una colisión entre el principio de igualdad (P_1) y otro principio P_2 , que no es otra cosa que la finalidad que persigue el trato diferenciado.²¹⁴

²¹³ En particular, Criado-Castilla (2016) ha mostrado que el modelo alexiano puede ser utilizado para analizar afectaciones al principio de igualdad. A continuación, explico este modelo, siguiendo fundamentalmente la reconstrucción del propio Criado-Castilla, aunque homologando la notación. Además, aquí es importante hacer la advertencia de siempre: una cosa es el modelo teórico y otra la práctica de los tribunales. Aquí me interesa el modelo más que la práctica, que se puede distanciar. Para un panorama de la forma en el Tribunal Federal Constitucional alemán ha aplicado varias versiones del test de proporcionalidad en casos de igualdad —en las cuales los pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto pueden ser modificados—, véase el trabajo de Baer (1999).

²¹⁴ Esta conceptualización, por supuesto, no está exenta de problemas. Para ser compatible con el modelo alexiano y para que genuinamente haya una colisión entre P_1 y P_2 , debe existir una norma, derivada de P_1 , que prohíba *prima facie* el trato diferenciado, mientras que el principio P_2 (la finalidad del trato diferenciado) concretizarse en una norma que autorice o permita al trato diferenciado. Como apunta Criado-Castilla (2016, p. 364): “Mientras P prohíbe *prima facie* la diferenciación legal, P_2 , por el contrario, la autoriza o permite”.



En la primera etapa del test lo que se determina es si frente a dos situaciones iguales, se han establecido consecuencias jurídicas distintas. Esta etapa sería equivalente, entonces, a la del test de proporcionalidad en la que se determina si hay o no hay una medida M que incida en un derecho fundamental o principio. Pero, en el caso del test de igualdad, la medida M no sería otra cosa que el trato diferenciado, eso es, una medida que incide en el principio de igualdad P_1 (o, dicho de otra manera, que haya una afectación al principio de igualdad).

¿Cuándo hay un trato diferenciado? Cuando existen dos situaciones S_1 y S_2 que son iguales respecto de las propiedades o características C_1 , C_2 , ..., C_n , que suelen denominar el término de comparación (*tertium comparationis*), y a las que el ordenamiento otorga consecuencias jurídicas (una más benéfica que la otra). Sólo si existe un trato diferenciado se pasa a la siguiente etapa del test.

En la segunda etapa se evalúa si el trato diferenciado pasa los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Hay, igual que en el test de proporcionalidad alexiano, una condición previa, consistente en que el trato diferenciado (M) persiga una finalidad legítima (P_2). En el examen de idoneidad se determina, por tanto, si el trato diferenciado (M) es adecuado o eficaz para alcanzar la finalidad P_2 . En el examen de necesidad se aplica la doble regla alexiana, esto es, se verifica que no exista una medida alternativa (M') que sea: (i) igual o más idónea para alcanzar la finalidad (P_2) y (ii) que sea menos restrictiva del principio de igualdad (P_2). Finalmente, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se realiza una ponderación entre el principio de igualdad (P_1) y la finalidad que persigue el trato diferenciado (P_2).

Hay, por tanto, dos modelos claramente diferenciados del test de igualdad: uno basado en los niveles de escrutinio y otro en el juicio de igualdad. Y aunque el modelo estadounidense y el modelo alexiano comparten algunos elementos comunes, lo cierto es que son estructuralmente distintos. Es por ello por lo que, en principio, no hace mucho sentido combinarlos, como sucede en Colombia. En particular, en estos test mixtos o híbridos se da una combinación del test de igualdad estadounidense, que se realiza primero, y el juicio de proporcionalidad, que se aplica posteriormente (Insignares-Cera y Molinares-Hassan, 2012, p. 103).

No me detengo mucho en los detalles, pero es claro que esta mezcla es poco adecuada, pues combinar test que tienen factores comunes (pero en diferentes etapas), así como diferentes estructuras, puede hacer que el



test resultante sea redundante o incoherente. Baste lo aquí expuesto simplemente para sugerir una posible razón teórica de su inconveniencia.

VI. LA PONDERACIÓN SIMPLE (O *BALANCING*)

Otra forma de resolver conflictos de derechos —quizá la más cercana al test alexiano— es la aplicación de ponderaciones simples. Como se verá, es posible resolver colisiones entre dos derechos (o principios o intereses) mediante la determinación de cuál es el que tiene el mayor “peso”, “importancia” u otra variable relevante. Como se ha dicho, en términos formales, la proporcionalidad en sentido estricto es compatible con diferentes “fórmulas del peso”, y lo mismo es aplicable a la ponderación simple.

En su versión más simple, la ponderación no es otra cosa que lo que Alexy entendería por el subprincipio o examen de proporcionalidad en sentido estricto. Y es, como se ha mostrado, un examen independiente al examen de necesidad (y al de optimalidad). Por tanto, la ponderación simple (o la proporcionalidad en sentido estricto) puede ser aplicada, en solitario, para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Proceder así tendría la “ventaja” de que no es necesario considerar medidas alternativas —ni determinar sus correspondientes grados de afectación y de idoneidad—, aunque ello supone un costo no menor: renunciar a la posibilidad de realizar de mejor manera los derechos fundamentales mediante la optimización que buscan tanto el examen de necesidad como el de optimalidad.

No son pocos los tribunales y materias en los que es posible encontrar la aplicación de esta metodología. Ofrezco a continuación sólo un ejemplo ilustrativo del ámbito estadounidense: la resolución de conflicto entre los derechos laborales de los trabajadores y los intereses de los patrones.

1. *Un ejemplo del ámbito estadounidense: el caso Boeing*

Un buen ejemplo de cómo el *balancing* (o ponderación simple) se utiliza en el ámbito estadounidense es la metodología fijada por la Junta Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board* o NLRB)²¹⁵ para de-

²¹⁵ La NLRB es una agencia independiente del gobierno federal de Estados Unidos, creada en 1935, siguiendo el prototipo de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*, ICC); estas agencias se caracterizan, entre otras cosas, por tener funciones y poderes de creación normativa (*rulemaking*), de ejecución (*enforcement*) y de adjudicación



terminar si la política establecida por un patrón o empleador es contraria a los derechos laborales de sus trabajadores.

El caso más emblemático es la resolución dictada en el caso *Boeing*.²¹⁶ Conviene detenerse en los detalles del litigio, pues este caso también ilustra algunos otros puntos relevantes que se han desarrollado con anterioridad sobre el test de proporcionalidad y sus alternativas metodológicas, como la ponderación simple.

Son dos las principales bases normativas a partir de las cuales se adjudican los casos relacionados con posibles prácticas laborales desleales por parte de los empleadores o patrones. Por una parte, la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act* o NLRA)²¹⁷ establece, en su sección 7 (§ 157), el siguiente catálogo de derechos laborales a los trabajadores:

Los empleados tendrán el derecho a la autoorganización, a formar, unirse o asistir a las organizaciones laborales, a negociar colectivamente mediante representantes de su propia elección, y a involucrarse en otras actividades concertadas con el propósito de la negociación colectiva o de otras ayudas o protecciones mutuas, y también tendrán el derecho de abstenerse de cualquiera o de todas estas actividades, excepto en la medida en que dicho derecho pueda verse afectado por un acuerdo que requiera la membresía en una organización laboral como condición de empleo, como se autoriza en la sección 8(a)(c).²¹⁸

(*adjudication*) (Breger y Edles, 2000, p. 1138). Para efectos de este trabajo, lo que interesa es la función y diseño de la NLRB como órgano de adjudicación. De acuerdo con la sección 3 (§ 158) de la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act* o NLRA), mediante la cual se creó esta agencia, la junta estará integrada por cinco miembros, designados mediante un procedimiento similar al de los jueces federales estadounidenses (designación del presidente con el consejo y consentimiento del Senado), pero por un periodo de 5 años y con la posibilidad ser nombrados para un periodo subsecuente. Asimismo, la persona que preside la junta será designada por el jefe del Ejecutivo. Finalmente, existe la garantía consistente en que los miembros sólo podrán ser removidos por el presidente, previa notificación y audiencia, en casos de negligencia (“neglect of duty or malfeasance in office”).

²¹⁶ The Boeing Company and Society of Professional Engineering Employees in Aerospace, IFPTE Local 2001, casos 19-CA-090932, 19-CA-090948 y 19-CA-095926, 14 de diciembre de 2017.

²¹⁷ 29 U.S.C. §§ 151-169.

²¹⁸ “Sec. 7. [§ 157.] Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3) [section 158(a)(3) of this title]”.



Por la otra, la sección 8(a)(1) (§ 158) de la misma ley señala que será considerada como una práctica laboral desleal por parte del empleador el “interferir, restringir o coaccionar a los empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en la sección 7” de dicha ley.²¹⁹

En el caso *Boeing*, un sindicato²²⁰ denunció precisamente que la empresa *The Boeing Company* incurrió en diversas prácticas desleales. Entre otras cosas, se alegó que la compañía violó la sección 8(a)(1) de la *NLRA* al promulgar y mantener una política (identificada como el procedimiento interno “PRO-2783”) relacionada con el uso de cámaras.²²¹

En términos generales, dicha política permitía la *posesión* de dispositivos con cámaras en las propiedades e instalaciones de la compañía (salvo algunas excepciones), pero prohibía el *uso* de dichos dispositivos con el objetivo de capturar fotografías o videos, salvo que existiera una razón de negocios válida y un permiso de uso de cámaras revisado y aprobado por el personal de seguridad.²²²

²¹⁹ “Sec. 8. [§ 158.] (a) [Unfair labor practices by employer] It shall be an unfair labor practice for an employer— (1) to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7 [section 157 of this title].”

²²⁰ La Sociedad de Empleados Profesionales de Ingeniería en el Sector Aeroespacial (*The Society of Professional Engineering Employees in Aerospace* o SPEEA).

²²¹ Además de la ilegalidad de la política que prohibía, por regla general, el uso de cámaras, en la denuncia se alegó que la empresa también incurrió en prácticas laborales desleales por la realización de otro tipo de conductas. Específicamente, se argumentó que Boeing violó la ley “cuando en cuatro fechas distintas vigiló o creó la impresión de vigilar, así como fotografió, a empleados del Sindicato de Ingenieros durante una marcha sindical o mientras participaban en actividades concertadas protegidas en las instalaciones [de Boeing] en Everet y Renton, Washington, y Portland, Oregon” (“The complaint alleges that Respondent, The Boeing Company (Respondent/Employer), violated Section 8(a)(1) of the National Labor Relations Act (NLRA/the Act) when on four separate dates it engaged in surveillance or created an impression of surveillance and photographed Engineers’ Union employees during a union march or while participating in protected concerted activities at Respondent’s facilities in Everett and Renton, Washington, and Portland, Oregon”). El juez administrativo tuvo por probada la vigilancia en cuatro fechas, así como la realización de actividades que crearon la impresión de vigilancia en otra más; y concluyó que estas *conductas* constituían, por sí mismas, prácticas laborales desleales. No abundo más en los detalles de este planteamiento, pues lo que me interesa enfatizar únicamente es el argumento relativo a la ilegalidad de la procedimiento interno “PRO-2783”, pues fue precisamente en este punto en el que la NLRB echó mano de la ponderación simple (o *balancing*) para resolver el conflicto entre los derechos de los trabajadores y los legítimos intereses de la empresa.

²²² De acuerdo con la sentencia de la NLRB, la política de Boeing (actualizada el 7 de noviembre de 2011) estaba contenida en el procedimiento interno PRO-2783, la cual señala lo siguiente: “Possession of the following camera-enabled devices is permitted on all company property and locations, except as restricted by government regulation, contract require-



Pues bien, dicha política fue controvertida bajo el argumento de que constituía una violación a la sección 8(a)(1) de la NLRA. Específicamente, se alegó que desde noviembre de 2011 la compañía “promulgó y desde entonces ha mantenido su regla PRO 2783 para disuadir a sus empleados de formar, unirse y/o asistir al sindicato y/o participar en otras actividades protegidas [por la sección 7], en violación a la sección 8(a)(1) de la Ley”.²²³

2. *La resolución del caso en primera instancia: la aplicación de una regla categórica*

En la primera instancia, un juez administrativo concluyó que la política de *Boeing* en efecto constituía “una práctica laboral desleal y una violación a la sección 8(a)(1) de la Ley”.²²⁴ Más importante aún, para llegar a esta conclusión el juez aplicó el test establecido previamente por la NLRB en el caso *Lutheran Heritage*.²²⁵

De acuerdo con dicho test, una política resultaba violatoria de la sección 8(a)(1) en cualquiera de los siguientes casos:²²⁶

- 1) La política es ilegal si explícitamente restringe las actividades protegidas por la sección 7 de la NLRA.

ments or by increased local security requirements. However, use of these devices to capture images or video is prohibited without a valid business need and an approved Camera Permit that has been reviewed and approved by Security: 1. Personal Digital Assistants (PDAs)[.] 2. Cellular telephones and Blackberrys and iPod/MP3 devices[.] 3. Laptop or personal computers with web cameras for desktop video conferencing, including external webcams. 4. Bar code scanners and bar code readers, or such devices for manufacturing, inventory, or other work, if those devices are capable of capturing images”.

²²³ “The General Counsel alleges... that, on November 11, 2011, Respondent promulgated and since then has maintained its rule PRO 2783 to discourage its employees from forming, joining, and/or assisting the Union and/or engaging in other protected concerted activities in violation of Section 8(a)(1) of the Act”.

²²⁴ El juez administrativo Etchingham dictó su resolución el 15 de mayo de 2014.

²²⁵ 343 NLRB 646 (2004). *Martin Luther Memorial Home, Inc. d/b/a Lutheran Heritage Village-Livonia and Vivian A. Foreman*. Caso 7-CA-44877. 19 de noviembre de 2004.

²²⁶ En términos de la propia sentencia del caso *Lutheran Heritage*: “[O]ur inquiry into whether the maintenance of a challenged rule is unlawful begins with the issue of whether the rule explicitly restricts activities protected by Section 7. If it does, we will find the rule unlawful. If the rule does not explicitly restrict activity protected by Section 7, the violation is dependent upon a showing of one of the following: (1) employees would reasonably construe the language to prohibit Section 7 activity; (2) the rule was promulgated in response to union activity; or (3) the rule has been applied to restrict the exercise of Section 7 rights”.



- 2) La política es ilegal aun cuando no restrinja explícitamente las actividades protegidas por la sección 7 de la NLRA, siempre y cuando se demuestre alguno de estos tres supuestos: (a) los empleados razonablemente interpretarían que el lenguaje de la política prohíbe actividades protegidas por la sección 7; (b) la política fue promulgada como una respuesta a actividades sindicales; o (c) la política ha sido aplicada para restringir el ejercicio de los derechos garantizados en la sección 7.

Se trata, como puede verse, de un test construido a partir de una regla. Para acreditar una violación a los derechos laborales no es necesario ponderar absolutamente nada; basta con que los hechos del caso puedan ser subsumidos en alguno de los cuatro supuestos señalados anteriormente.

La resolución del juez administrativo por supuesto no lo hace, pero este test puede ser formalizado si denominamos E a cualquier política que restringe explícitamente una actividad protegida por la sección 7 de la NLRA; I a cualquier política que pueda ser interpretada razonablemente por empleados en el sentido de que prohíbe las actividades protegidas por dicha sección; R , a cualquier política que sea promulgada como respuesta a actividades sindicales; A , a cualquier política que ha sido aplicada para restringir el ejercicio de las actividades protegidas en la sección, y Q a la consecuencia jurídica consistente en la prohibición legal de la política en cuestión. De esta forma, la regla establecida por la NLRB en el caso *Lutheran Heritage* puede ser formalizada de la siguiente forma:

$$(1) (E \vee I \vee R \vee A) \rightarrow Q$$

Y esta fue la regla que precisamente aplicó el juez administrativo para resolver sobre la validez de la política de cámaras de *Boeing*. En ese sentido, el juez encontró que la existencia de la regla PRO 2783 podía subsumirse en la segunda de las hipótesis (I), esto es, que aunque la regla no restringía explícitamente las actividades protegidas por la sección 7, lo cierto es que sí era posible que los empleados “razonablemente interpretaran” que su lenguaje sí prohibía dichas actividades protegidas.

Conviene citar, *in extenso*, la parte más relevante del razonamiento del juez administrativo:

En este caso, concluyo que los empleados [de Boeing] interpretarían razonablemente que la regla [PRO 2783] como prohibitiva de todas fotografías en



las instalaciones de fábrica [de Boeing], incluidas las fotografías realizadas de concierto con las marchas de solidaridad del sindicato de ingenieros durante las negociaciones de convenios colectivos, o de otras actividades protegidas. Como tal, concluyo además que la facialmente sobre-inclusiva y ambigua regla PRO 2783 tenderá razonablemente a inhibir a los empleados en el ejercicio de sus derechos garantizados por la sección 7, y que un empleado interpretará razonablemente su lenguaje como prohibitivo de actividades protegidas por la sección 7. Consecuentemente, la regla PRO 2783 viola la sección 8(a)(1) de la Ley.²²⁷

En términos formales, el razonamiento del juez podría representarse con el siguiente silogismo, de la forma *modus ponens*:

Premisa mayor: $(E \vee I \vee R \vee A) \rightarrow Q$

Premisa menor: I

Conclusión: $\therefore Q$

3. La resolución del caso en segunda instancia: la ponderación simple

La determinación del juez de distrito fue controvertida ante la NLRB. Y fue precisamente al resolver esta impugnación que la mayoría de los integrantes de la NLRB en el caso *Boeing* decidió abandonar²²⁸ la regla contenida en el segundo supuesto del test establecido *Lutheran Heritage (I)* y sustituirla por una nueva metodología de adjudicación: lo que típicamente se entendería como una ponderación simple o *balancing*.

²²⁷ “I find that Respondent’s employees would reasonably construe the rule as prohibiting all photography in Respondent’s factory facilities including photography performed in concert of Engineers’ union solidarity marches during successor CBA negotiations or of other protected concerted activities. As such, I further find that Respondent’s facially overly broad and ambiguous rule PRO 2783 would reasonably tend to chill employees in the exercise of their Section 7 rights and that an employee would reasonably construe the language to prohibit Section 7 activity. Consequently, I find that rule PRO 2783 violates Section 8(a)(1) of the Act”.

²²⁸ En palabras de la propia resolución: “we have decided to overrule the Lutheran Heritage ‘reasonably construe’ standard. The Board will no longer find unlawful the mere maintenance of facially neutral employment policies, work rules and handbook provisions based on a single inquiry, which made legality turn on whether an employee ‘would reasonably construe’ a rule to prohibit some type of potential Section 7 activity that might (or might not) occur in the future”.



Aunque la NLRB dio varias razones para abandonar el precedente, conviene enfatizar la primera. De acuerdo con la mayoría de los integrantes de la NLRB, el test *Lutheran Heritage* sólo permitía considerar los derechos de los trabajadores, pero dejaba de lado los legítimos intereses de los empleadores. En palabras de la resolución, el supuesto de “interpretación razonable” era problemático en la medida en que “no permite *ninguna* consideración de las justificaciones legítimas que subyacen a muchas políticas, reglas y disposiciones contenidas en los manuales” de las empresas.²²⁹

En consecuencia, la NLRB articuló un nuevo test para aquellos casos en los que se estuviera frente a una política que, razonablemente interpretada, pudiese interferir con los derechos garantizados en la sección 7 de la ley. Específicamente, señaló que en estos casos la NLRB debía evaluar dos cosas: (i) la naturaleza y el alcance del impacto potencial de la política en los derechos laborales y (ii) las legítimas justificaciones asociadas con los requerimientos de la política.

De esta forma, de acuerdo con la sentencia, la NLRB podía cumplir con su “deber de lograr un balance entre... las justificaciones comerciales alegadas y la invasión de los derechos de los empleados”.²³⁰ Se trata, como puede verse, de una simple ponderación. Por un lado, se tiene a los derechos de los trabajadores; por el otro, los legítimos intereses de los empleadores. Y, al final, son los operadores jurídicos —en este caso, los jueces administrativos y la NLRB— quienes deben determinar cuáles han de prevalecer.

La implicación concreta de este cambio es clara. Al reemplazar una regla categórica por una ponderación, la NLRB abrió la posibilidad de validar políticas patronales que prohibieran o interfirieran con los derechos laborales contemplados en la sección 7 de la Ley, siempre y cuando “el potencial impacto adverso en los derechos protegidos sean superados en peso por las justificaciones asociadas con la regla”.²³¹

²²⁹ “[T]he Lutheran Heritage ‘reasonably construe’ standard is contrary to Supreme Court precedent because it does not permit any consideration of the legitimate justifications that underlie many policies, rules and handbook provisions”.

²³⁰ “In cases in which one or more facially neutral policies, rules, or handbook provisions are at issue that, when reasonably interpreted, would potentially interfere with Section 7 rights, the Board will evaluate two things: (i) the nature and extent of the potential impact on NLRA rights, and (ii) legitimate justifications associated with the requirement(s). Again, we emphasize that the Board will conduct this evaluation, consistent with the Board’s ‘duty to strike the proper balance between... asserted business justifications and the invasion of employee rights in light of the Act and its policy’”.

²³¹ “[T]he potential adverse impact on protected rights is outweighed by justifications associated with the rule”.



Al aplicar este nuevo estándar al caso concreto (la política de uso de cámaras), llegó a la conclusión de que debían prevalecer los legítimos intereses de la empresa por encima de los derechos laborales de sus trabajadores. En palabras de la propia resolución, “las justificaciones... para las restricciones en el uso de dispositivos con cámaras en las propiedades de *Boeing* superan en peso al más limitado efecto de la regla en el ejercicio de los derechos protegidos por la sección 7”.²³²

Conviene detenerse en los detalles de la argumentación, para constatar que se trata de una ponderación simple²³³ y en gran medida traducible a los conceptos y etapas del modelo alexiano:

- 1) Incidencia de la medida en un derecho. La NLRB reconoció que la política de cámaras de *Boeing*, “en ciertas circunstancias”, sí podía afectar el ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la sección 7 de la Ley. O, para decirlo de otra forma, que la medida sí podía generar costos (en términos del derecho afectado).
- 2) Finalidades que persigue la medida. A partir de lo alegado por *Boeing*,²³⁴ la NLRB estableció que la política de cámaras perseguía cinco finalidades legítimas: (i) cumplir con la obligación de proteger información confidencial y, en esta medida, mantener la acreditación

²³² “[W]e find below that the Respondent’s justifications for Boeing’s restrictions on the use of camera-enabled devices on Boeing property outweigh the rule’s more limited adverse effect on the exercise of Section 7 rights. We therefore reverse the judge’s finding that Boeing’s maintenance of its no-camera rule violates Section 8(a)(1) of the Act”.

²³³ “Based on our review of the record and our evaluation of the considerations described above, we find that the no-camera rule in some circumstances may potentially affect the exercise of Section 7 rights, but this adverse impact is comparatively slight. We also find that the adverse impact is outweighed by substantial and important justifications associated with Boeing’s maintenance of the no-camera rule. Accordingly, we find that Boeing’s maintenance of its no-camera rule does not constitute unlawful interference with protected rights in violation of Section 8(a)(1) of the Act”.

²³⁴ Estas cinco justificaciones, de acuerdo con la sentencia fueron derivadas del testimonio (no controvertido) de un funcionario de Boeing: James Harris, Gerente Senior de Seguridad (“*Boeing Senior Security Manager James Harris furnished undisputed testimony concerning Boeing’s justifications for maintaining its no-camera rule*”). Que estas finalidades no hayan sido (escasamente) controvertidas por la contraparte no es sorprendente, pues bajo el test establecido en *Lutheran Heritage*, la ilegalidad de una política no dependía —al menos fundamentalmente— del peso de los intereses alegados por Boeing, sino de la interpretación que de las disposiciones en cuestión “razonablemente” haría un empleado. Aquí tenemos, por tanto, uno de los problemas derivados de un cambio en el estándar de adjudicación a lo largo de una misma cadena procesal.



de *Boeing* como contratista del gobierno federal estadounidense,²³⁵ (ii) cumplir con la obligación federal consistente en prevenir la divulgación de información o materiales controlados para la exportación, como medida de protección del interés nacional y de los objetivos de política exterior, (iii) prevenir la divulgación de información que es propiedad exclusiva de *Boeing*, tal como sus métodos y procesos de producción, (iv) limitar el riesgo de que se divulgue información personal de los empleados y (v) limitar la posibilidad de que *Boeing* se convierta en el blanco de un ataque terrorista.

- 3) Grado de afectación de la medida en el derecho. La resolución establece que el impacto en los derechos laborales de la política era “comparativamente leve”. En ese sentido, señaló que la “vasta mayoría de las imágenes y videos bloqueados por la política no implican ningún derecho garantizado por la Ley”. Asimismo, señaló que en aquellos casos en los que la política sí podía incidir en derechos laborales (por ejemplo, tomar fotos de una protesta colectiva en el marco de una disputa laboral), la regla sólo prohibía la posibilidad de tomar fotos, pero no el participar en la protesta. En otras palabras: en el pesaje, la NLRB encontró que los costos (en términos del derecho afectado) eran relativamente bajos o leves.
- 4) Importancia de los intereses perseguidos con la medida. La mayoría de la NLRB determinó que los cinco intereses alegados por Boeing constituían justificaciones “sustanciales”, “importantes” y “apremiantes”.²³⁶ O, para decirlo en otras palabras, la NLRB con-

²³⁵ En ese sentido se señaló que la regla que prohibía el uso de cámaras era una de las “capas” que conformaban los protocolos de seguridad que le permitían a Boeing mantener dicha acreditación. Específicamente, se alegó que la prohibición del uso de cámaras permitía que, en caso de que las otras capas fallaran (como las barreras físicas), “la información confidencial no sea divulgada”.

²³⁶ Aquí valen dos observaciones. La primera es que la calificación de la relevancia o importancia de los intereses es poco homogénea y va cambiando a lo largo de la resolución: primero se dice que éstas son “sustanciales e importantes” (“*substantial and important*”); posteriormente, que son “especialmente apremiantes” (“*especially compelling*”); luego, que son “legítimas y apremiantes” (“*legitimate and compelling*”); y, finalmente, que son “sustanciales e importantes” (“*substantial and important*”). La segunda es que, en este apartado, la argumentación de la resolución es particularmente escueta. La resolución no se detiene a explicar por qué los cinco intereses alegados por Boeing en efecto podían calificarse como “sustanciales”, “importantes” o “apremiantes”. De hecho, lo dicho por la resolución inmediatamente después de esta calificación fue mucho más retórico que argumentativo: “muchas de las razones por las cuales Boeing restringe el uso de dispositivos con cámara en sus propiedades brindan un recordatorio aleccionador de que vivimos en un mundo peligroso, uno en el que mu-



cluyó que el peso de los beneficios (en términos del fin perseguido) eran relativamente altos.

- 5) Ponderación. Al hacer el balance entre la afectación en los derechos y la importancia de los intereses que busca la política, la mayoría concluyó que debían prevalecer estos segundos. En términos de la resolución, “cualquier impacto adverso de la regla de *Boeing* sobre el uso de cámaras en el ejercicio de los derechos garantizados por la sección 7 es comparativamente leve y superado en peso por las justificaciones sustanciales e importantes asociadas con el mantenimiento de la regla”.²³⁷ Finalmente, concluye que la política de *Boeing* “no constituye una interferencia ilegal” en los derechos laborales garantizados en la sección 7, ni una violación a la sección 8(a)(1) de la ley. En términos de un análisis costo-beneficio, podría decirse que la NLRB concluyó que los beneficios perseguidos por la medida eran más altos que los costos y que, por tanto, la medida debía subsistir.

4. La formalización de la ponderación simple

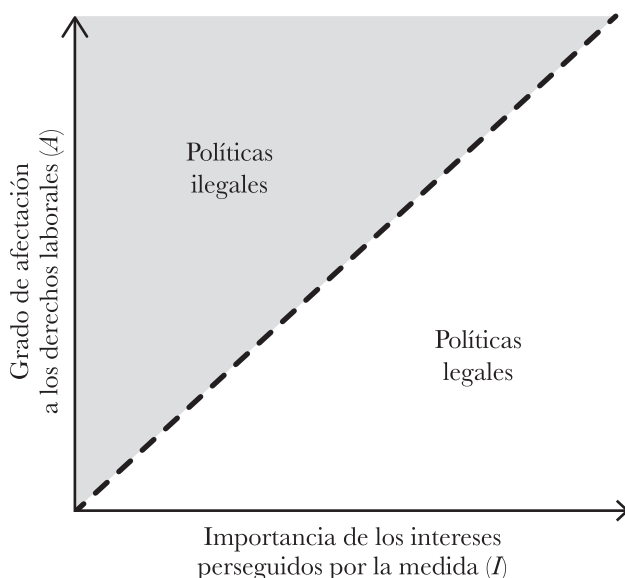
¿Cómo se podría formalizar esta ponderación? La siguiente gráfica sirve para ejemplificar la lógica detrás de la ponderación utilizada por NLRB: si existe una política (P) que incide en los derechos contemplados en la sección 8(a)(1) de la NLRB, dicha política será legal si la importancia de los intereses perseguidos por la política de las empresas (I) es superior al grado de afectación de los derechos laborales (A). Dicho de otra manera, la política no violará la sección 8(a)(1) de la NLRA si: $I_p > A_p$. Esta es, precisamente, el área debajo de la línea punteada, donde se ubicarían todas las políticas legales. En cambio, en el área ubicada por encima de la línea se ubican las políticas ilegales, esto es, aquellas en las que el grado de afectación a los intereses laborales es mayor que la importancia de los intereses perseguidos por la medida, es decir, cuando $I_p < A_p$.

chos individuos —extranjeros y connacionales— pueden infligir un gran daño a los Estados Unidos y a sus ciudadanos” (“Indeed, many of the reasons why Boeing restricts the use of camera-enabled devices on its property provide a sobering reminder that we live in a dangerous world, one in which many individuals—foreign and domestic—may inflict great harm on the United States and its citizens”).

²³⁷ “We find that any adverse impact of Boeing’s no-camera rule on the exercise of Section 7 rights is comparatively slight and is outweighed by substantial and important justifications associated with the no-camera rule’s maintenance”.



GRÁFICA 33. PONDERACIÓN DE INTERESES EMPRESARIALES Y DERECHOS LABORALES EN LA NLRB



FUENTE: elaboración propia.

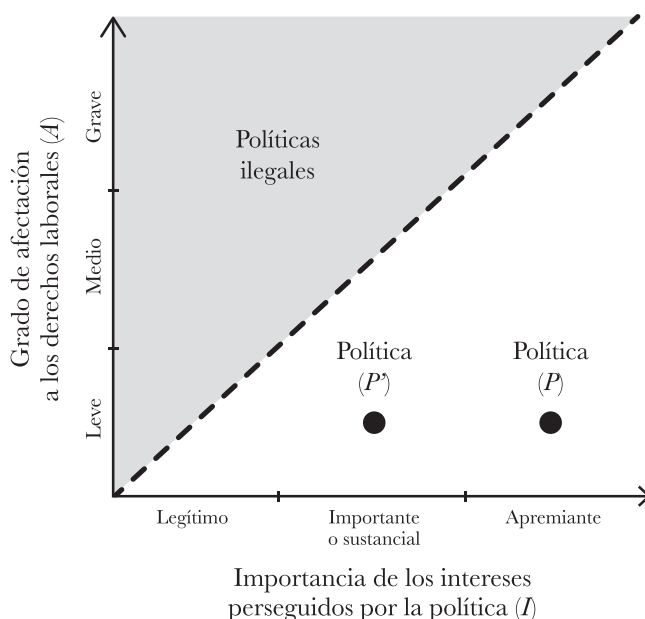
Como puede verse se trata de una representación gráfica fundamentalmente idéntica a la que se tiene el último paso del test alexiano, aunque aquí evidentemente no se cuenta con un desarrollo tan sofisticado de la fórmula del peso. En todo caso, lo relevante es que la ponderación simple tiene una estructura fundamentalmente idéntica a la proporcionalidad en sentido estricto: un análisis costo-beneficio

¿Dónde se ubicaría la política de Boeing contenida en el procedimiento interno PRO-2783? Como se ha referido, la resolución de la NLRB señala que las afectaciones a los derechos laborales son leves, mientras que, en términos de importancia, los intereses que *Boeing* persigue con la política son “sustanciales”, “importantes” e incluso “apremiantes”. Si empleamos una escala triádica, similar a la que usan las cortes estadounidenses en los niveles de escrutinio —que se explicarán con mayor detalle en un apartado subsecuente—, podíamos clasificar las afectaciones laborales en (i) leves, (ii) medias y (iii) graves, y la importancia de los intereses perseguidos por la política en (i) legítimos, (ii) importantes o sustanciales y (iii) apremiantes.



De esta forma, la política PRO-2783 podría quedar ubicada en cualquier de los dos puntos señalados en la gráfica 34, dependiendo de si el interés perseguido por la política se estima importante o sustancial (P'), o bien, apremiante (P).²³⁸

GRÁFICA 34. PONDERACIÓN DE INTERESES
 EMPRESARIALES Y DERECHOS LABORALES RELACIONADOS
 CON LA POLÍTICA PRO-2783 DE BOEING



FUENTE: elaboración propia.

5. Las lecciones de la formalización de la ponderación simple

¿Qué lecciones deja el análisis argumentativo, así como la formalización que he presentado? Conviene destacar varias cosas sobre la metodología empleada por el NLRB en el caso *Boeing*.

²³⁸ En esta gráfica trato como si fueran continuas tanto a la variable I (esto es, la importancia de los intereses perseguidos con la política) como a la variable A (el grado de afectación a los derechos laborales). Sin embargo, ambas variables podrían estimarse como variables ordinales y el resultado sería prácticamente idéntico, aunque en este caso lo que tendríamos es una cuadrícula de 3 por 3.

La primera es que estamos frente a una metodología muy parecida al test alexiano, pero que prescinde del subprincipio o grada de necesidad. En términos alexianos, podríamos decir que contamos básicamente con todos los elementos del test:

- 1) Una medida (la política PRO-2783) que incide en el ámbito de protección de un derecho (en este caso, los derechos laborales reconocidos en la sección 7 de la NLRA).
- 2) La existencia de una finalidad legítima (en este caso, la NLRB señaló que la política PRO-2783 perseguía cinco razones legítimas).
- 3) Idoneidad. Aunque no se hace un análisis explícito, es claro que la NLRB considera, al menos implícitamente, que la política PRO-2783 efectivamente servía para cumplir con las cinco finalidades alegadas por *Boeing*.
- 4) Proporcionalidad en sentido estricto. La NLRB expresamente señala que los beneficios obtenidos con la política (la protección de los cinco intereses legítimos de *Boeing*, que se califican como “sustanciales”, “importantes” y “apremiantes”) son mayores que los costos (el impacto en los derechos laborales, que se califica como “comparativamente leve”).

El test, como puede verse, prescinde de la grada o subprincipio de necesidad. En ninguna parte de la resolución se considera la posible existencia de medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los derechos laborales de los trabajadores.²³⁹ Pero más allá de las implicaciones que tiene incorporar (o no) esta grada, el caso muestra con claridad que —como se demostró en el primer capítulo— la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son gradas independientes, y que en consecuencia las metodologías de adjudicación pueden o no echar mano de ellas.

En segundo lugar, el caso también es relevante pues muestra que la ponderación no es una metodología que sólo sirva para resolver conflictos entre derechos constitucionales, en sede jurisdiccional, frente a actuaciones estatales. En este caso, es claro que estamos frente a un caso de “legalidad”, en la medida en que se trata un caso de posible afectación a derechos laborales establecidos en una ley federal (no en la Constitución estadounidense),

²³⁹ De igual forma, el análisis de la NLRB tampoco se centra en que la política se deriva de su carácter sobreinclusivo o subinclusivo. De hecho, en uno de los disensos, a la mayoría se le reprocha precisamente que el test establecido en *Boeing* no incorpora el requisito de confección estrecha.



que es resuelto por integrantes de una agencia con funciones de adjudicación (pero que no es propiamente un tribunal, y mucho menos uno con control de constitucionalidad), y que resuelve un conflicto entre “privados”, en la medida en que la medida bajo análisis es la política establecida por una empresa de aviación (y no por un ente estatal) y sus empleados.

En tercer lugar, conviene enfatizar que se trata de una ponderación mucho menos estructurada que la propuesta por la teoría alexiana. Tenemos, de entrada, una comparación no entre dos principios (típicamente un derecho fundamental y una finalidad legítima), sino entre cinco finalidades legítimas y un número indeterminado de derechos laborales. Y digo indeterminado pues en la resolución nunca se precisa si la afectación a los derechos se da en uno, varios o todos los derechos contemplados en la sección 7 de la NLRA.

Vemos, además, el uso de una suerte de escalas ordinarias para calificar el impacto de la medida en los derechos laborales, así como la importancia de las justificaciones de la medida, pero su uso es inconsistente. El impacto en el derecho afectado se califica como “comparativamente leve”, mientras que las finalidades se califican, indistintamente, como “sustanciales”, “importantes” o “apremiantes”. Asimismo, en la resolución de la NLRB no se especifica cómo es que la existencia de múltiples finalidades se articula en la ponderación, lo que queda de manifiesto en la gráfica 34, en la que no queda clara la posición de la política, que podría ubicarse en cualquiera de las dos posiciones (P y P').²⁴⁰

En cuarto lugar, este caso también ilustra que la ponderación puede realizarse en impugnaciones faciales (*facial challenges*) y no sólo en impugnaciones de aplicación particular (*as-applied challenges*). En este caso, la NLRB no procedió a hacer un análisis de la *aplicación* de la regla PRO-2783 en el caso concreto, sino que procedió a hacer una comparación general (o en “abstracto”, si se quiere) entre el impacto negativo que *potencialmente* podría generar la política en los derechos laborales, por una parte, y la importancia que en general tenían los intereses perseguidos por *Boeing*. Este es un ejemplo de cómo la ponderación puede realizarse, pacíficamente, en impugnaciones faciales; cuestión sobre la que discutiré más adelante.²⁴¹

²⁴⁰ Y a esto habría que añadir, además, de que la resolución no es clara respecto de qué hacer en los casos de “empate”, esto es, cuando: (i) el interés es legítimo y la afectación es leve, (ii) el interés es importante o sustancial y la afectación es media y (iii) el interés es apremiante y la afectación es grave.

²⁴¹ No debe quedar la menor duda de que se trata de una impugnación “facial” o “general”. Así lo reconoce expresamente el voto particular de McFerran, integrante de la Junta:



En quinto lugar, quizá también sea importante señalar que este es un buen ejemplo de cómo la ponderación puede utilizarse con el objetivo de debilitar la protección de los derechos. Más específicamente, el caso Boeing ilustra cómo el paso de un sistema de reglas categóricas (que se subsumen) a un sistema de ponderación, puede tener como consecuencia el debilitamiento de la protección a los grupos vulnerables (los trabajadores, en este caso) y un fortalecimiento de actores más poderosos (una empresa transnacional como Boeing). Por supuesto, la ponderación puede utilizarse para fortalecer o debilitar todo tipo de intereses: derechos fundamentales, intereses gubernamentales, bienes colectivos, etcétera.²⁴²

En sexto lugar, este es un buen ejemplo de cómo los sistemas de reglas categóricas y la ponderación simple —u otro tipo de test— en efecto pueden funcionar como sustitutos. El ejemplo que se ha expuesto muestra cómo un mismo caso fue resuelto por el juez administrativo (la primera instancia) mediante un sistema de reglas categóricas, mientras la NRLB (la instancia de apelación) lo decidió a partir de una ponderación simple. Técnicamente, nada impide que se pase de las reglas a la ponderación (y viceversa) cuando lo que está en juego es la tensión o colisión entre diferentes intereses.

Otro ejemplo del ámbito estadounidense ilustra la transición contraria: el paso de un sistema de ponderación a un sistema de reglas. Hasta el 2021, el Departamento de Justicia (*Department of Justice*, DOJ) había establecido una política para regular i) las citaciones a miembros de los medios de comunicación, ii) los emplazamientos para obtener los registros de llamadas telefónicas de los miembros de los medios de comunicación, así como iii) los interrogatorios, acusaciones o arrestos de los miembros de los medios de comunicación.²⁴³ En el centro de esta política estaba un test de ponderación (*balancing test*), según el cual “la aproximación en todo caso debe ser alcanzar un balance adecuado entre el interés público en la libre difusión de ideas e información y el interés público en la aplicación efectiva de la ley y la imparcial administración de justicia”.²⁴⁴

“This case involves a facial challenge to a single employer policy restricting the use of camera-enabled devices on Boeing’s property”.

²⁴² Como apunta Aleinikoff (1987, p. 1004) “las sentencias que usan la ponderación pueden inclinar la balanza a un lado u otro”.

²⁴³ Véase la “Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of the news media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media”. Order No. 916-80, 45 FR 76436, Nov. 19, 1980.

²⁴⁴ Este test, además, contiene muchos de los elementos que se asemejan al test de escrutinio estricto. Por ejemplo, en la política del DOJ se establecía que, dentro de un procedimien-



No obstante, en 2021 el fiscal general de los Estados Unidos emitió un memorándum en el que anunció un cambio en la política del DOJ.²⁴⁵ Aunque reconoció que durante mucho tiempo el DOJ había empleado un test de ponderación (*balancing test*) para restringir el uso de procedimientos obligatorios para obtener información o registros de miembros de los medios de comunicación, el fiscal argumentó que “en este contexto existen deficiencias en cualquier test de ponderación”.²⁴⁶ La solución a estas deficiencias, de acuerdo con el fiscal, pasaba por una política basada en reglas y excepciones. Específicamente, señaló que el DOJ tendría prohibido usar procedimientos legales obligatorios para obtener este tipo de información, salvo en circunstancias detalladas en el propio memorándum.

¿Qué balance puede hacerse, en última instancia sobre la ponderación simple (o *balancing*)? En términos generales, estamos frente a una metodología que estructuralmente coincide con uno de los dos exámenes independientes que, como se ha demostrado en el capítulo pasado, forman parte

to penal, en toda citación de un miembro de los medios de comunicación debía asegurarse que: i) la información solicitada fuese “esencial para el éxito de la investigación”, particularmente para establecer directamente la culpabilidad o la inocencia (finalidad imperiosa e idoneidad), ii) el gobierno “intentado, sin éxito, obtener la información de fuentes alternativas a los medios de comunicación” (medidas menos restrictivas), iii) la citación “esté dirigida a un tema limitado”, cubra “periodo de tiempo necesariamente limitado”, y evite la producción de un gran volumen de material no publicado” (confección). No en balde, en una resolución de la Corte de Distrito para el Distrito de Columbia del 20 de julio de 2005, el juez presidente Thomas F. Hogan concluyó que en dicha política se establecía “el test de ponderación más estricto” (*the most stringent balancing test*). En ese caso, el citatorio estuvo dirigido a los periodistas Matthew Cooper y Tim Russert, en el curso de una investigación sobre la posible revelación de la identidad Valerie Palm como agente de la CIA. Al emplear los parámetros de dicha política para analizar el citatorio en cuestión el juez Hogan utilizó un lenguaje que claramente hace eco del test de escrutinio estricto: “La información solicitada al señor Cooper y al señor Russert es muy limitada, todas las medidas alternativas para obtener la información se han agotado, el testimonio que se busca es necesario para completar la investigación y el testimonio se espera que constituya evidencia directa de la inocencia o culpabilidad”. *In Re Special Counsel Investigation*, 332 F. Supp. 2d 26 (D.D.C. 2004).

²⁴⁵ Véase el memorándum del 19 de julio de 2021, emitido por la Oficina del Fiscal General: “Use of compulsory process to obtain information from, or records of, members of the news media”.

²⁴⁶ Específicamente, argumentó que existía “un importante interés nacional de proteger la información de seguridad nacional y evitar su indebida revelación”. Pero al mismo tiempo, señaló que un test así podría “no ponderar adecuadamente el peso del importante interés nacional de proteger a los periodistas de la divulgación obligada de información que revelaría sus fuentes; fuentes que necesitan para informar al pueblo estadounidense sobre el funcionamiento de su gobierno”.



del test de proporcionalidad alexiano. Y, en consecuencia, son trasladables a la ponderación buena parte de las virtudes y defectos de la proporcionalidad en sentido estricto. Quizá lo único que habría que enfatizar es que, al prescindir del examen de necesidad (y del de optimalidad), la ponderación simple es más sencilla en la medida en que no se requiere de la consideración de medidas alternativas, con las consecuentes determinaciones (el número de medidas existentes, el nivel de idoneidad y de afectación que cada una de ellas genera, etcétera). Pero esta ausencia tiene sus consecuencias. En particular, prescindir de la grada de necesidad (y de optimalidad) implica un potencial sacrificio en el grado de realización de los principios o intereses en colisión.

VII. PARA CONCLUIR: DE TODO HAY EN LAS METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN

Este capítulo muestra que tanto en la literatura especializada como en la jurisprudencia comparada sí existen metodologías de adjudicación que constituyen alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano. Quizá la principal lección de este capítulo es que existe una enorme diversidad de alternativas, desde metodologías que parten de supuestos radicalmente opuestos a la teoría alexiana, como la teoría absoluta de García Amado, hasta otras que perfectamente podrían considerarse como parte del test alexiano, como la ponderación simple, pasando por soluciones intermedias como la teoría de los casos paradigmáticos, los test *ad hoc* y los niveles de escrutinio estadounidenses.

Por supuesto, cada una de estas metodologías presenta alcances y límites de diferentes dimensiones. Mi propósito no ha sido, por tanto, plantear que el test alexiano deba ser sustituido por alguna alternativa. Ciertamente, como he mostrado en el primer capítulo, el modelo alexiano tiene severos problemas estructurales, al grado que debería ser reemplazado por un test de maximalidad si es que pretende cumplir con su finalidad última: realizar los derechos en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas. Sirva lo expuesto para mostrar que la diversidad —y la coexistencia— parece ser la regla y no la excepción cuando hablamos sobre las metodologías de adjudicación.

A manera de ilustración, finalmente presento una breve caracterización de cada una de estas metodologías.



1. *Las tijeras y no la báscula: la teoría absoluta de García Amado*

La teoría absoluta del contenido esencial que recientemente ha presentado García Amado (2016) es quizá uno de los intentos más ambiciosos que la doctrina ha articulado para ofrecer una alternativa radical a la teoría alexiana. Se trata de una propuesta que parte de una concepción alternativa a los derechos fundamentales, en la que algunos son absolutos (derechos-E, derechos-A y derechos-O) y otros residuales (derechos-R), y que apuesta por la delimitación del alcance de los derechos como vía para evitar sus conflictos. Así, los operadores jurídicos pueden evitar las complejas operaciones argumentativas que implica la aritmética ponderativa. En esta visión, las herramientas más tradicionales del método jurídico, como la interpretación y la subsunción, retoman el papel protagónico.

Podríamos decir, por tanto, que García Amado apuesta por la tijera como herramienta para evitar la báscula. Si los derechos, atendiendo a su naturaleza, se delimitan con propiedad, se evitan las colisiones y, con ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad o cualquier otra metodología ponderativa. De lo que se trata, en definitiva, es de recortar para no tener que ponderar.

Sucede, sin embargo, que la teoría de García Amado tiene problemas nada despreciables. Al menos en su estado actual, se trata de una aproximación que parece no contar con una explicación convincente de cómo resolver posibles conflictos entre derechos que, bajo esta teoría, tendrían un carácter absoluto. Asimismo, parece que esta teoría abre la puerta a una limitación excesiva de los denominados derechos-R y que incluyen nada más y nada menos que las libertades de pensamiento, de opinión, de expresión y de movimiento. Y, finalmente, parece que esta teoría tampoco parece del todo adecuada para lidiar con las tensiones entre diferentes dimensiones de un mismo derecho que, de acuerdo con la tipología propuesta, podrían tener una distinta naturaleza.

Pese a estas dificultades, la postura de García Amado es un buen recordatorio de la importancia que tiene la delimitación de los derechos fundamentales. Alexy defiende la idea de que siempre debe hacerse una interpretación amplia del alcance de los derechos fundamentales (Alexy, 2002a, p. 210), y esto tiene como consecuencia inevitable que se multiplique el número de potenciales colisiones entre derechos o principios. En este sentido, no es necesario aceptar la concepción de García Amado sobre los derechos fundamentales para advertir que una delimitación razonable de los alcances de los



derechos puede ayudar a evitar conflictos innecesarios entre derechos fundamentales.

2. *Entre el libro de cocina y el extraordinario cocinero:
la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso*

La de Moreso es una teoría que aspira al punto medio. Como él mismo dice, lo que busca es proporcionar una alternativa frente al “especificacionismo”, la estrategia que delimita los derechos para así evitar conflictos, y el “particularismo”, la postura que acepta las colisiones y las resuelve ponderando las circunstancias del caso. Si retomamos la metáfora del propio Moreso, diríamos que esta teoría defiende la idea de que hay una opción intermedia entre seguir a rajatabla las recetas de un extraordinario recetario y la confianza ciega en un extraordinario cocinero.

¿Qué hacer, entonces, si no se quiere depender ni del libro ni del cocinero? Moreso nos dice que debemos acudir a los platillos ejemplares. Hay que acudir a las creaciones culinarias indiscutiblemente bien ejecutadas. Hay que aprender de los grandes platillos, pues de ahí podremos derivar tanto los ingredientes como los procedimientos que nos servirán para preparar las nuevas recetas, para crear (paulatinamente) recetarios.

Sucede, sin embargo, que este proceder tiene sus complicaciones. No hay nada en el método que nos diga cómo debemos seleccionar los ingredientes para los nuevos platillos. Moreso confía, además, que siempre habrá platillos ejemplares que podremos emular, o que al menos podemos imaginarlos. Asimismo, Moreso olvida que incluso en los más famosos platillos hay desacuerdos razonables sobre el éxito de su confección. Y, finalmente, ante la falta de recetarios impuestos, parece que lo único que queda es la intuición del cocinero. Tenemos, en suma, una aproximación que se presenta como intermedia pero que termina más cerca de la apuesta por el cocinero extraordinario.

Metáforas y problemas aparte, la teoría de los casos paradigmáticos tiene una enorme virtud: parece ser una aproximación más realista a la forma en la que, en los hechos, se realiza la adjudicación judicial. A estas alturas, es difícil pensar seriamente que en los casos difíciles los tribunales aplican mecánicamente un conjunto de normas exhaustivo y externamente impuesto. Y quizá es igualmente improbable que las y los jueces constitucionales resuelvan los conflictos entre derechos mediante el cálculo de las variables de la fórmula alexiana: el peso abstracto de los derechos, el peso concreto y la seguridad de las premisas empíricas.



Parece justo reconocer que la judicatura toma decisiones siempre a partir de un conjunto de decisiones previas, algunas de ellas genuinamente paradigmáticas, que terminan siendo relevantes para la resolución de casos futuros. Pero eso es una cosa y otra pensar que la adjudicación constitucional puede depender más de la intuición educada que del método sistemático o que de las cualidades de las personas juzgadoras.

3. *Entre los trajes a la medida y la unitalla: los test ad hoc*

Los test *ad hoc* también se encuentran, en cierto sentido, en una posición intermedia respecto del test de proporcionalidad y las teorías absolutas. El test busca confeccionar trajes a la medida: tomar en cuenta todas las circunstancias de un asunto para determinar la solución correcta para un caso específico. Las teorías absolutas, siguen la lógica de la unitalla: un tratamiento idéntico para todos los casos que caigan en el supuesto de hecho, al margen de las circunstancias particulares del caso.

Los test *ad hoc* están en una posición intermedia: las tallas estandarizadas. Son más flexibles que la unitalla pero menos precisos que la sastrería. Su limitada diversidad y su relativa rigidez son virtudes y defectos al mismo tiempo. Así como no todas las marcas siguen los mismos diseños y modelos, ni los mismos parámetros para definir sus tallas, las cortes han confeccionado test *ad hoc* con los más variados argumentos y resultados. Bajo esta categoría se agrupa un número amplio pero limitado de reglas y estándares. Hay margen para escoger, pero no mucho. Quizá en la mayoría de los casos haya un ajuste adecuado, pero nada lo garantiza. Lo cierto es que tienen vocación de permanencia. Para bien y para mal, no cambian de un día a otro.

4. *Entre la báscula y una cinta métrica: los niveles de escrutinio estadounidenses*

Si quisiéramos emplear un símil, diríamos que el test de proporcionalidad es una metodología de adjudicación que recurre a la báscula: se mide el peso abstracto y el peso concreto de los principios en colisión, a fin de determinar si una medida genera beneficios más altos que sus costos, y a fin de determinar si no existen medidas alternativas que pueden disminuir los costos (examen de necesidad) o generar un beneficio neto mayor (examen de optimalidad).



Los niveles de escrutinio también utilizan la balanza, pero con otros propósitos y, más importante aún, echando mano también de la cinta métrica. Así, la báscula se emplea, primero, para medir el peso abstracto del derecho afectado y del interés perseguido (en el examen de importancia), y posteriormente se emplea para medir el peso concreto de la idoneidad y de las afectaciones que generan la medida y medidas alternas. Pero, en el examen de confección estrecha, los niveles de escrutinio intermedio y estricto ya no usan la báscula, sino la cinta métrica, a fin de determinar si la medida tiene problemas de sobreinclusión y de subinclusión.

5. *Traje sin chaleco: la ponderación simple (o balancing)*

Si el test alexiano es un traje completo, entonces la ponderación simple es un traje sin chaleco. Si lo que se busca es maximizar la formalidad, seguramente habrá que optar por el traje completo. Pero el traje sin chaleco seguramente garantiza el mínimo de formalidad.

Lo mismo pasa con la teoría alexiana. Si se busca optimizar la realización de derechos fundamentales, entonces habrá que optar por un test completo, que combina el examen de proporcionalidad en sentido estricto y el examen de necesidad (o, mejor aún, el examen de optimalidad). Pero el examen de proporcionalidad garantiza el mínimo: que los costos de una intervención sean menores a los beneficios que genera.

