

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

David MARTÍNEZ ZORRILLA

I

Sin duda alguna, el tema de la argumentación jurídica es uno de los ámbitos que más ha captado la atención de los teóricos y filósofos del derecho en los últimos años, y un número muy significativo de autores han dedicado al menos parte de su atención a estas cuestiones en las últimas décadas. No obstante, la relevancia e importancia de la argumentación jurídica se extiende más allá del interés teórico suscitado en tiempos recientes, pues puede considerarse que se trata de una cuestión indisolublemente ligada a la propia noción de decisión jurídica *correcta* o *justificada*: en la medida en que se considere que una decisión de una autoridad (ya sea legislativa, judicial o administrativa) está justificada si es *conforme a derecho*, resultará imprescindible poder acreditar que la decisión tomada es la que resulta obligatoria (o al menos permitida), teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos que resulten relevantes para el caso, y a fin de poder llevar a cabo esta actividad es imprescindible recurrir a la argumentación. Probablemente éste sea uno de los principales motivos por los que la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos actuales exigen

a los órganos de aplicación (fundamentalmente a los jueces y tribunales) que justifiquen o motiven las decisiones tomadas.¹ Esto es, no basta con que las decisiones sean las correctas o adecuadas, sino que además es necesario argumentar por qué lo son.

En muchos casos esta actividad argumentativa o justificatoria no plantea demasiados problemas, porque los elementos jurídicos y fácticos están claramente determinados, y la respuesta se obtiene fácilmente, en ocasiones casi de una manera automática o mecánica, a partir de esos elementos. Pero como todo jurista sabe, en muchos otros casos surgen problemas o dificultades que complican la determinación de la respuesta, y por consiguiente su justificación. Por poner solo algunos ejemplos: puede ocurrir que los preceptos legales tengan una redacción defectuosa que complique la interpretación de su significado, o que cuenten con términos con un alto grado de indeterminación o vaguedad, o con una importante carga valorativa o moral; puede ocurrir que el decisor se enfrente a un vacío legal, en el que no exista ninguna disposición específica que regule la situación a la que debe dar una respuesta; puede ocurrir también que los hechos del caso no estén claramente determinados o que existan dudas acerca de su calificación jurídica. Todas estas circunstancias, obviamente complican la tarea de determinar cuál es la solución correcta del caso, pero es precisamente en estas situaciones en las que la argumentación jurídica cobra una mayor importancia, pues en ellas el órgano de aplicación debe redoblar sus esfuerzos para mostrar que la decisión que adopta está justificada y no resulta arbitraria.

De entre todas las circunstancias o situaciones que pueden dificultar la justificación de la decisión quisiera destacar lo que habitualmente se conoce como los ‘conflictos normativos’, esto es, aquellas situaciones en las que, al menos *prima facie*, existen dos o más preceptos aplicables al caso, pero que establecen so-

¹ En el caso del ordenamiento español, el artículo 120.3 de la Constitución establece que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

luciones incompatibles (por ejemplo, porque uno de ellos obliga a hacer lo que el otro prohíbe, o porque ambos ordenan realizar comportamientos que resultan mutuamente incompatibles). Estas situaciones, usualmente denominadas como ‘antinomias’, no resultan del todo excepcionales, y la existencia de criterios con una larga tradición jurídica para su resolución, como el criterio jerárquico (*lex superior*), el cronológico (*lex posterior*) y el de especialidad (*lex specialis*) muestra que son fenómenos relativamente frecuentes y conocidos desde antiguo.

II

Existe una tipología de conflictos normativos que resulta especialmente interesante y problemática, tanto por la importancia de los elementos involucrados como por los desafíos teóricos y prácticos que conlleva su análisis y resolución. A este tipo de conflictos, que podrían denominarse genéricamente como “conflictos constitucionales”, dedicaré mi atención en lo que resta del presente trabajo. Numerosos autores coinciden en señalar que estamos inmersos en un proceso de “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos.² Uno de los aspectos asociados a este fenómeno es que la gran mayoría de textos constitucionales actuales van mucho más allá de los elementos institucionales y procedimentales, y contienen una importante cantidad de preceptos con un denso contenido sustantivo, en forma de derechos y libertades fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, valores superiores, etcétera. Estos preceptos suelen estar redactados en términos muy abstractos y generales, y muchos de los conceptos utilizados son de índole claramente valorativa o moral (tales como “dignidad humana”, “integridad moral”,

² Para una visión panorámica de este proceso y de sus múltiples manifestaciones véase Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

“tratos inhumanos”, “libertad de conciencia”, etcétera), lo que sin duda dificulta en gran medida su interpretación y alcance.

En este contexto, no es del todo inusual encontrarnos frente a situaciones en las que una acción o decisión parece al menos *prima facie* amparada por uno de estos preceptos de rango constitucional, pero simultáneamente parece, también *prima facie*, ser contraria a algún otro precepto igualmente fundamental. Algunos de los supuestos más usuales se producen entre dos derechos fundamentales, o, más bien, entre dos tipos o bloques de derechos: la libertad de información (libertad de prensa) y la libertad de expresión y opinión, por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Así, por ejemplo, no es excepcional el caso en que un periodista publica o se plantea publicar una noticia referida a una persona que ocupa un cargo público y que afecta negativamente a la credibilidad, proyección o buena imagen pública de dicha persona (por ejemplo, afirmando que un ministro del gobierno está involucrado en un caso de corrupción o que ha llevado a cabo una malversación de dinero público), de forma que lesionaría su honor. Aun sin entrar en la cuestión de la veracidad o falsedad de esa información (lo cual, por supuesto, puede ser un elemento clave a la hora de tomar y justificar una decisión), parece que si tomamos en cuenta la libertad de información, la actividad del periodista está *prima facie* amparada por un derecho o libertad fundamental, y por lo tanto se trataría de una actividad permitida, mientras que, por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho al honor del afectado por la actividad del periodista, esta misma actividad estaría *prima facie* prohibida.

Muchos autores han destacado que este tipo de situaciones conflictivas suponen diferencias muy relevantes respecto de las “tradicionales” antinomias, tanto en su estructura como en su método de resolución. En otro lugar³ he sostenido que lo que

³ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 63 y ss.

podría concebirse como la “posición estándar” en relación con los conflictos constitucionales puede sintetizarse en las tres tesis centrales siguientes:

- 1) Los elementos involucrados en el conflicto (derechos y libertades fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, etcétera) son *principios*, por contraposición a las *reglas*. Este aspecto tendría una importancia fundamental en la configuración de las dos siguientes tesis, pues hace que estos conflictos tengan características fundamentalmente distintas a los conflictos entre reglas o antinomias.
- 2) No se trata de conflictos normativos *in abstracto*, sino *in concreto*. Las antinomias o conflictos entre reglas surgen porque existe una incompatibilidad lógica o contradicción entre los preceptos involucrados, de modo que necesariamente se plantea un conflicto cada vez que ambos preceptos son simultáneamente aplicables. O bien un mismo comportamiento es calificado deónticamente de manera incompatible (un precepto obliga a realizar lo que otro prohíbe, por ejemplo), o bien el problema es que los comportamientos calificados normativamente resultan mutuamente incompatibles (por ejemplo, un precepto obliga a hacer A mientras que otro obliga a hacer B, pero A y B se excluyen mutuamente). Por ello, es posible predecir o predeterminar con precisión y con carácter general (*in abstracto*) los casos en que se producirá tal conflicto, pues éste obedece a la propia estructura y contenido de las reglas involucradas. En cambio, los conflictos entre principios no responderían a una incompatibilidad o inconsistencia lógica entre los principios involucrados, sino que dependerían inexorablemente de las circunstancias concretas del caso (no parece haber incompatibilidad lógica alguna entre la protección de la libertad de informar y la protección del honor de las personas, aunque es innegable que en algunos casos pueden entrar en tensión). Por eso los preceptos serían compa-

tibles (de hecho en muchos casos no se plantean conflictos de ningún tipo), y las situaciones de conflicto dependerían de las circunstancias empíricas del caso, con lo que no es posible predecir con precisión y de manera exhaustiva los casos de conflicto. En conclusión, son conflictos *in concreto*.

- 3) Este tipo de conflictos no pueden resolverse por los mecanismos tradicionales de resolución de las antinomias (*lex superior*, *lex posterior*, etcétera). En primer lugar, lo usual es que ni siquiera resulten de aplicación por no darse los requisitos para ello (los preceptos involucrados son todos de rango constitucional, aprobados en un mismo momento, y entre ellos no suelen plantearse relaciones de especialidad). Pero más allá de esto, se afirma que no deberían aplicarse aunque fuera posible hacerlo. La razón sería que los mecanismos para resolver antinomias entre reglas solo pueden dar lugar a dos resultados: o bien se declara que uno de los preceptos es inválido (por ejemplo, la norma inferior respecto de la superior), o bien se establece una excepción con carácter general en uno de los preceptos involucrados (por ejemplo, estableciendo que la norma específica sirve como excepción a la general). Ninguna de estas respuestas sería adecuada en los conflictos constitucionales, puesto que los principios seguirían siendo ambos válidos y la solución tomada no supondría establecer una excepción con carácter general, pues puede ocurrir perfectamente que en un caso posterior de conflicto entre los mismos preceptos sea resuelto de manera inversa, dando prioridad al otro principio, según las circunstancias del caso. Por esa razón, según se afirma, estos conflictos requieren de otro mecanismo específico, al que usualmente se le denomina “ponderación” (o su equivalente en otros idiomas, como *weighing and balancing* o *bilanciamento*).

III

Aunque considero que las tres tesis anteriormente señaladas son problemáticas,⁴ en esta ocasión solo voy a centrarme en la tercera, pues al ser la relativa al método para resolver este tipo de conflictos, es en este contexto la que más nos interesa, pues tiene una orientación más pragmática y vinculada con la argumentación jurídica que las dos primeras, que son de carácter más teórico.

Aunque en las últimas décadas resulta habitual, tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial, oír hablar de “ponderación”, es éste uno de los ámbitos de mayor indeterminación y desacuerdo de toda la teoría jurídica. Para empezar, es posible acercarse o analizar la ponderación desde distintas dimensiones o perspectivas. En algunas ocasiones el análisis o discusión es de tipo conceptual y/o metodológico: se trata de determinar en qué consiste eso que denominamos “ponderación” y cuál es su estructura y propiedades principales. En este contexto, la discusión gira en torno a aspectos tales como si se trata o no de un mecanismo sujeto a parámetros de control racional, o si la solución se limita estrictamente al caso individual enjuiciado, o si por el contrario

⁴ Así, sobre la primera tesis (principios y reglas), autores como Guastini (Guatini, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 142-178) ponen de manifiesto las dificultades para trazar una distinción, dada la gran heterogeneidad de criterios utilizados por teóricos y juristas y las dificultades para reconducir todos los elementos calificados como “principios” a una categoría mínimamente unitaria, así como las discrepancias a la hora de calificar un determinado precepto como “principio” o como “regla”.

En relación con la segunda de las tesis, es también cuestionable que los conflictos constitucionales respondan siempre a aspectos empíricos y sean por tanto conflictos *in concreto*, pues al menos en algunos casos parecerían responder a aspectos estructurales, siendo calificables como conflictos *in abstracto* (véase Martínez Zorrilla, David, “The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights”, *Law & Philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, vol. 30, núm. 6, 2011, pp. 729-749).

puede entenderse que mediante la ponderación se daría lugar a una especie de regla que permitiría resolver futuros casos de colisión similares mediante un razonamiento subsuntivo. Las discrepancias existentes en torno a estas cuestiones nos permiten hablar de distintas *concepciones* de la ponderación,⁵ si bien todas ellas coincidirían en un núcleo conceptual mínimo, conforme al cual la ponderación consistiría en la atribución de un cierto nivel de “peso” o “importancia” a cada uno de los elementos en conflicto de acuerdo con las circunstancias del caso, de modo que éste se resolvería de acuerdo con la solución establecida por el principio que resulte “vencedor” (esto es, considerado como el de mayor “peso”) en esas circunstancias.

En otros casos, no obstante, la ponderación se aborda desde otra perspectiva, relativamente independiente de la anterior: se trata de la dimensión *normativa* de la ponderación. En muchos casos, hablar de “ponderación” hace referencia a algún mecanismo, procedimiento, conjunto de criterios, etcétera, cuyo seguimiento determina que la respuesta al conflicto es correcta o justificada, o que al menos resulta aceptable (o, dicho de otro modo, es una *teoría normativa*). Es decir, “ponderar” los elementos en juego consiste básicamente en seguir una serie de pasos o aplicar un conjunto de criterios que harán que la solución pueda considerarse justificada, puesto que tal procedimiento o criterios son los parámetros que hay que seguir para atribuir el “peso” a cada uno de los elementos en juego según las circunstancias del caso. Como es obvio, éste es el sentido de “ponderación” que habitualmente entra en juego en el ámbito judicial y en la argumentación jurídica en general, puesto que el objetivo primordial es mostrar que la decisión está justificada.

⁵ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos... cit*; pp. 155-183, he sostenido que pueden diferenciarse cuatro principales concepciones de la ponderación: la intuicionista, la escéptica, la particularista y la universalista.

IV

La teoría normativa de la ponderación más conocida y extendida es sin duda el llamado *principio de proporcionalidad*, hasta el punto de que en no pocos casos “ponderación” y “proporcionalidad” son tratados como sinónimos. Sin embargo, no es la única teoría posible, ni de hecho la única existente.⁶ No obstante, está firmemente implantada, porque en síntesis es una reconstrucción teórica de una práctica judicial preexistente, llevada a cabo principalmente por la Corte Constitucional federal alemana, y que ha sido posteriormente adoptada por los tribunales de muchos otros países, y ha sido objeto de una detallada y rigurosa elaboración teórica por parte de ilustres juristas como Robert Alexy.⁷ En lo que sigue de este trabajo se presentarán las líneas básicas de este modelo o teoría, y se ilustrará con ejemplos de la

⁶ Merece la pena en este punto destacar la teoría coherentista desarrollada por S. L. Hurley (en Hurley, Susan, *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York, Oxford University Press, 1989, así como en Hurley, Susan, “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 221-251), que en mi modesta opinión resulta en algunos aspectos superior al principio de proporcionalidad. No obstante, y a diferencia del principio de proporcionalidad, que es una reconstrucción teórica de una práctica que ya existía en el ámbito jurisprudencial, la teoría de Hurley es un producto estrictamente académico, y hasta donde llega mi conocimiento no ha sido nunca usada (todavía) por órganos judiciales. Para una presentación del modelo en lengua castellana, véase Martínez Zorrilla, David, “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 86, 2009, pp. 119-144.

⁷ Entre otras obras, pueden destacarse: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, pp. 13-64; Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 2 (16), 2003, pp. 131-140; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 4 (16), 2003, pp. 433-449. En el ámbito de habla hispana, merece la pena destacar el trabajo de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

jurisprudencia constitucional española. Más adelante se realizará un análisis más detallado de una decisión judicial concreta: la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 12/2012, del 24 de febrero de 2012. Esta resolución resulta especialmente interesante no solo por tratarse de una decisión relativamente reciente, sino también por suponer un cambio de criterio respecto la jurisprudencia anterior a la hora de enjuiciar cierto tipo de conflictos entre la libertad de información y el derecho a la intimidad.

El principio de proporcionalidad se basa en una idea fundamental muy simple: en palabras del propio Alexy, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸ Es decir, se trata en síntesis de un análisis coste-beneficio (si bien no en términos económicos), en el que para que la decisión esté racionalmente justificada, los beneficios (satisfacción de uno de los principios) deben ser superiores a los costes (lesión o menoscabo de otro principio). Para analizar si los beneficios superan a los costes, y por ende si la decisión está justificada, Alexy elabora un modelo que comprende diversas etapas o fases acumulativas (denominadas por Alexy como “subprincipios”), de modo que para poder acceder a la siguiente etapa deben haberse satisfecho las exigencias de la anterior, y el hecho de no cumplir con los requisitos de cualquiera de las fases supone automáticamente el rechazo de la decisión considerada, por estar injustificada. Si, por el contrario, la alternativa considerada satisface todas las exigencias y supera todas las etapas, puede considerarse como racionalmente (y jurídicamente, para lo que nos interesa) justificada.

El principio de proporcionalidad estaría entonces compuesto por tres “subprincipios” aplicables sucesivamente: 1) el subprincipio de idoneidad o adecuación; 2) el subprincipio de necesidad, y 3) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁸ Alexy, Robert, *Teoría...*, cit., p. 161.

Debe destacarse que este esquema está concebido para aplicarse no solo a los conflictos entre dos partes que deben ser resueltos judicialmente (por ejemplo, cuando el ejercicio de un derecho fundamental de una de las partes supone la lesión o menoscabo de otro derecho fundamental de la otra parte), sino también para analizar la constitucionalidad de las medidas legislativas (o de otras autoridades normativas), cuando se entiende que esas medidas podrían lesionar algún principio constitucional, y por ende ser inconstitucionales: por ejemplo, para analizar si ciertas medidas contenidas en la legislación antitabaco (que en principio se fundamentan en la protección de la salud pública),⁹ tales como la prohibición de la publicidad, la prohibición de la venta a ciertos colectivos (como los menores de edad), el establecimiento de impuestos específicos, la obligación de incluir imágenes y mensajes advirtiendo de los riesgos para la salud, etcétera, y que suponen objetivamente una limitación de la libertad de empresa¹⁰ para las compañías tabaqueras, son constitucionalmente admisibles. Con todo, si bien en términos generales el esquema es el mismo para ambos tipos de situaciones, existen también algunas diferencias en su aplicación según se analice un conflicto de derechos entre particulares o se esté examinando la constitucionalidad de una medida legislativa.

1. *El subprincipio de adecuación o idoneidad*

En una primera fase, el principio de proporcionalidad exigiría comprobar si la medida o decisión a considerar persigue un interés o fin constitucionalmente legítimo, y de ser así, si se trataría de una medida adecuada, efectiva o idónea para la consecución de dicho fin. Si lo que se examina es la constitucionalidad de una medida legislativa, estas exigencias se entienden en un sentido débil: sobre el fin constitucionalmente legítimo,

⁹ En el caso español, el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la integridad física, y el artículo 43, el derecho a la protección de la salud.

¹⁰ Artículo 38 de la Constitución española.

no se requiere que se persiga un fin explícitamente reconocido por la Constitución, sino que es suficiente con que no se persiga un fin abiertamente contrario o prohibido por ésta. Y sobre la adecuación, no se exige que se trate de la medida más idónea o adecuada para la consecución del fin perseguido, sino que basta con que se trate de una medida adecuada *en algún grado*; esto es, que no sea manifiestamente inadecuada para tal fin (como ocurriría, usando un ejemplo extremo y muy inverosímil, si se sostuviera que el objetivo de una legislación es proteger la salud de la población frente a los perjuicios del tabaco y la medida adoptada consistiera en liberalizar totalmente el comercio y la publicidad del tabaco).

Puede pensarse, con fundamento, que las exigencias del subprincipio de adecuación no tienen demasiado sentido en contextos de conflicto entre dos derechos fundamentales. Si lo que está en juego son derechos constitucionales, por definición, cualquiera que sea la decisión (sea favorable a la protección del derecho A o favorable al derecho B), satisfará un interés constitucionalmente legítimo, cual es la protección de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente de forma explícita. Por otro lado, el ejercicio de un derecho fundamental es por definición un modo adecuado de alcanzar o satisfacer ese derecho, por lo que existe de nuevo un vínculo conceptual.

Sin embargo, creo que esta primera fase o etapa no está totalmente carente de sentido en los supuestos de conflicto de derechos constitucionales. Todos y cada uno de estos derechos cuenta con un cierto ámbito de protección jurídica, de modo que no permiten fundamentar cualquier pretensión por el mero hecho de alegar el ejercicio de un derecho. Por el contrario, el ámbito de cada uno de estos derechos se delimita y perfila según lo establecido tanto por la Constitución y la legislación que la desarrolla como por las decisiones jurisprudenciales. De este modo, es posible determinar qué “cae dentro” y qué “cae fuera” del ámbito de protección del derecho en cuestión, diferenciando así los supuestos en que efectivamente se ejercita un derecho y

es legítimo solicitar su protección, de aquellos otros casos en los que la pretensión sencillamente no se ampara en el ejercicio de un derecho porque cae fuera de su ámbito de protección. Por ejemplo, en el caso español, la libertad de información se recoge en el artículo 20.1 d) de la Constitución, que reconoce el derecho “A comunicar o recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión” (la cursiva es nuestra). El requisito de la *veracidad* de la información supone que se ampara cualquier actividad informativa, sino que para gozar de protección constitucional se requiere la exigencia de que la información sea veraz.¹¹ La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha interpretado la veracidad no como la verdad material de los hechos que constituyen el objeto de la actividad informativa, sino como una exigencia de diligencia para el informador, que tiene la obligación de contrastarla y de verificar las fuentes antes de publicarla (en palabras del tribunal constitucional español: “el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información”).¹² De ese modo, un periodista no está ejerciendo su derecho fundamental a la libertad de información si, pese a que la información sea materialmente verdadera, no ha satisfecho este deber de diligencia, así como por el contrario, estará amparado por ese derecho si ha sido diligente, a pesar de que finalmente resulte que la información no era verdadera.

El aspecto más relevante de todo lo anterior es que el primer paso a la hora de considerar qué respuesta tomar frente a su-

¹¹ Esta exigencia no se extiende a la libertad de expresión (artículo 20. 1 a) de la Constitución), pues ésta no se refiere a la transmisión de noticias o información, sino a la exteriorización de opiniones, valoraciones o puntos de vista.

¹² STC 50/2010, del 4 de octubre (fdto. jurídico 5o). En parecidos términos se pronuncia la STC 29/2009 del 26 de enero, y la STC 21/2000, del 31 de enero, entre otras.

puestos de (al menos aparente) colisión de derechos consiste en verificar que nos hallamos frente a un genuino conflicto normativo, lo que exige verificar que las pretensiones en disputa pueden ampararse en el ejercicio de dichos derechos. Si no es así, el conflicto es solo aparente, y deberá tomarse la decisión que corresponda. En otras palabras, la exigencia de “adecuación o idoneidad” se traduce, en el caso de los conflictos entre derechos fundamentales, en verificar que las pretensiones en disputa pueden considerarse efectivamente como el ejercicio de un derecho constitucional, y que por ende el conflicto es auténtico.

2. *El subprincipio de necesidad*

Si la medida o decisión considerada supera las condiciones exigidas por el subprincipio de adecuación, corresponde analizar si puede considerarse como *necesaria*. La idea fundamental es que no deben realizarse sacrificios inútiles de derechos o principios, para lo cual hay que acreditar mínimamente que no existe alguna otra alternativa que tenga como mínimo el mismo grado de adecuación o eficacia para alcanzar ese mismo fin constitucionalmente legítimo, y que al mismo tiempo sea menos lesiva o que suponga un sacrificio menor para el resto de derechos o principios implicados. Por tanto, si no existen alternativas, o éstas no son como mínimo igual de idóneas, o no son menos gravosas, la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.

Este criterio funciona en principio del mismo modo tanto si se está analizando una medida legislativa o si se está examinando un conflicto de derechos. Sin embargo, cuando se trata de examinar la constitucionalidad de una medida legislativa, la doctrina y la jurisprudencia han introducido una serie de matizaciones, que hacen que en la práctica sea sencillo superar esta fase, pues no se exige al legislador que haga un examen previo y exhaustivo acerca de las posibilidades alternativas, y en la prác-

tica es suficiente con que no exista de modo evidente otro medio alternativo más benigno y al menos igual de idóneo.

En el contexto de los conflictos entre la libertad de expresión/información y el derecho al honor, algunas de las decisiones jurisprudenciales pueden analizarse desde la perspectiva de este subprincipio de necesidad. El Tribunal Constitucional Español ha resuelto reiteradamente a favor de la protección del honor del afectado cuando las opiniones o informaciones proferidas utilizaban un lenguaje que podía calificarse como vejatorio, injurioso o insultante. En diversas ocasiones ha manifestado que la Constitución no reconoce un supuesto “derecho al insulto” bajo el paraguas de las libertades de expresión e información (entre otras, STC 41/2011, del 11 de abril; STC 278/2005, del 7 de noviembre; STC 204/2001, del 15 de octubre; o STC 110/2000, del 5 de mayo). Creo que el modo más adecuado de entender estas decisiones es poniendo de manifiesto que cuando se utiliza un lenguaje injurioso o vejatorio no se satisface la exigencia de la necesidad, pues este tipo de expresiones son enormemente lesivas para los afectados, mientras que prácticamente no aportan nada ni a la información presentada ni a la opinión o valoración (obviamente negativa) que esa persona le merece a quien profiere esas expresiones. Así, por ejemplo, si afirmo que X (un político, pongamos por caso) es un prevaricador y un malversador, obviamente estoy haciendo una valoración negativa de esa persona y estoy afectando de manera negativa a su honor (credibilidad, proyección, buena imagen pública), pero al mismo tiempo estoy afirmando que tomó decisiones quebrantando la ley, y que ha destinado dinero público a finalidades no previstas o no autorizadas. Si, en cambio, me limito a calificar a esa persona como un “sinvergüenza” y un “cretino”, a pesar de que estoy afectando muy negativamente a su honor, no estoy dando prácticamente ninguna información sobre los hechos o los motivos por los cuales esa persona me merece esa calificación tan negativa. Ello es así porque la mayoría de expresiones insultantes tienen muy poco (o prácticamente nulo)

contenido descriptivo o informativo, mientras que su contenido valorativo (negativo) es muy contundente. Pero si mi intención era informar de unas supuestas irregularidades cometidas por esa persona y expresar una valoración negativa de la misma, podría haberlo hecho igualmente (o incluso mejor) sin acudir al uso de esas expresiones injuriosas. Por tanto, usar un lenguaje injurioso o insultante sería un modo de lesionar gratuitamente el honor de las personas afectadas, por lo que no se superarían las exigencias del subprincipio de necesidad, al haber alternativas al menos igual de idóneas y menos gravosas (decir lo mismo sin utilizar ese tipo de expresiones).

3. *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

Si la medida o decisión examinada supera los requisitos exigidos por los subprincipios de idoneidad y necesidad, la última etapa es comparar si el nivel o grado de satisfacción de un principio o derecho compensa la lesión o menoscabo del otro principio o derecho implicado. Tomando como base la obra de Alexy, puede observarse una evolución en este punto, pues el esquema que presenta en su *Teoría de los derechos fundamentales* y el que posteriormente adopta en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales* y en sus escritos posteriores¹³ guardan algunas diferencias significativas, aun manteniendo la misma idea nuclear de que los beneficios deben superar a los costes.

En el modelo expuesto en la *Teoría*, que sería el que mejor se correspondería o se acercaría a la práctica real de los tribunales, la clave estaría en examinar las circunstancias del caso a decidir para intentar extraer de éstas aquellas propiedades que resulten ser las relevantes para “inclinarse la balanza” en un u otro sentido; es decir, prestar atención a aquellos elementos que resulten determinantes para favorecer una u otra decisión. Es más, gracias a estas propiedades no solo se podrá dar una respuesta justificada

¹³ Obras ya citadas en la nota núm. 7.

al caso concreto justificando la precedencia de un principio sobre el otro en las circunstancias del caso, sino que se podrá dar lugar a una regla que permita resolver, mediante un razonamiento subsuntivo “clásico”, otros casos futuros que presenten idénticas circunstancias o propiedades relevantes. Como sostiene el autor, “Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : ($P_1 \succ P_2$) C , y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale un regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \textcircled{R} R$ ”.¹⁴ Estas reglas así obtenidas a partir de relaciones de precedencia condicionada pasan a constituir, en palabras de Alexy, “normas de derecho fundamental adscriptas”, ya que, por así decirlo, pasan a “incorporarse” al principio constitucional correspondiente y permiten una aplicación subsuntiva en casos futuros que compartan las mismas circunstancias relevantes.¹⁵

En el contexto de los conflictos entre las libertades de expresión/opinión y los derechos fundamentales al honor/intimidad, una propiedad o circunstancia que es tenida usualmente como relevante es si el asunto sobre el que se opina o informa es o no de interés público, pues en caso de que lo sea, esa actividad tiene una repercusión muy importante en la formación de una opinión pública libre, que es un pilar básico de la sociedad democrática.¹⁶ Dicho de otro modo, cuando se trata de cuestiones de interés o relevancia pública, el grado de satisfacción o de realización de los derechos de libre expresión e información es muy importante, y superaría la importancia de la lesión o menoscabo de los derechos al honor y/o a la intimidad de las personas afectadas.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría...* (*op. cit.*), p. 94.

¹⁵ *Ibidem*, p. 98.

¹⁶ Un gran número de decisiones judiciales en España se pronuncian en este sentido. A modo de ejemplo, véase STC 11/2000, del 17 de enero; 15/1993, del 18 del enero; STC 171/1990, del 12 de noviembre; STC 105/1990, del 6 de junio; STC 107/1988, de 8 de junio, entre otras.

Autores como Atienza,¹⁷ Moreso¹⁸ o Mendonca¹⁹ han afirmado que del análisis de la jurisprudencia constitucional española es posible extraer tres elementos o propiedades relevantes a la hora de justificar una decisión en estos casos de conflicto: la veracidad de la información, el carácter vejatorio o injurioso del lenguaje utilizado y la relevancia o interés público del asunto tratado. A partir de estos elementos y de un análisis sistemático de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Español habría dado lugar a las reglas siguientes: 1) la libertad de expresión/información prevalece sobre el derecho al honor/intimidad cuando la información es veraz y el asunto es de relevancia pública, salvo que se utilicen expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias; 2) el derecho al honor/intimidad prevalece en el caso de que la información no sea veraz, carezca de relevancia pública o haga uso de lenguaje insultante o vejatorio. Gracias a estas reglas, todos los supuestos futuros de conflicto entre estos derechos podrían resolverse de manera relativamente sencilla mediante un razonamiento subsuntivo.

En mi modesta opinión, esta reconstrucción debería ser matizada en algunos puntos. En primer lugar, el requisito de veracidad (recordemos, entendida como diligencia del informador en la contrastación de la noticia y comprobación de las fuentes) sería una exigencia previa para poder afirmar que se está ejerciendo el derecho a la libertad de información, por lo que su examen se ubicaría en el subprincipio de idoneidad, más que en la proporcionalidad en sentido estricto: en efecto, si la información no es veraz, el conflicto es solo aparente. Además, esta exigencia no afectaría a la libertad de expresión, que tiene por objeto opiniones, valoraciones, puntos de vista, etcétera, y no informaciones en sentido estricto. Y en segundo lugar, como

¹⁷ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía* 8, 1998, pp. 75-99.

¹⁸ Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 99-121.

¹⁹ Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.

vimos previamente, si el lenguaje utilizado es de carácter vejatorio, lo que ocurriría es que no se satisface el subprincipio de necesidad, con lo que tampoco sería un criterio o propiedad que actuaría en la proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, en definitiva, el único criterio o propiedad determinante, si se ha llegado a esta última fase, sería valorar si el asunto tratado cuenta con entidad suficiente como para ser considerado de interés o relevancia pública.

A partir del *Epílogo*, Alexy introdujo algunos cambios significativos en su concepción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora ya no se trataría de seleccionar propiedades relevantes y configurar reglas, sino de llevar a cabo un proceso de carácter matemático, que por lo que parece se limitaría siempre al caso individual que se está considerando, y que debería repetirse por tanto en cada supuesto concreto de colisión. Muy sintéticamente, se trataría de atribuir un valor al grado de satisfacción de un principio y al grado de lesión del otro, para que el resultado de su comparación (expresable numéricamente) determine la solución. El profesor alemán propone una escala triádica, conforme a la cual el grado de satisfacción o de lesión puede ser “intenso”, “moderado” o “leve”. Cada uno de estos niveles tiene un valor numérico: si es “intenso”, vale 2^2 (=4); si es “moderado”, vale 2^1 (=2); y si es “leve”, vale 2^0 (=1). Posteriormente, el valor asignado al primero de los principios se divide por el valor asignado al segundo.²⁰ Si el cociente es superior a 1, prevalece el primer principio, mientras que si es inferior, prevalece el segundo. En caso de empate (cociente igual a 1), existiría discrecionalidad por parte del órgano decisor. Así, si por hipótesis el asunto sobre el que se está informando es de gran relevancia pública, tendría un valor de “intenso” (4), mientras que si no se usa lenguaje injurioso, lo más normal es que la lesión del derecho al honor no supere el nivel de “moderado” (2). Al dividir ambas

²⁰ Para ser justos, el modelo de Alexy es más complejo, pues introduce también el elemento del “peso abstracto” de los principios y otros condicionantes.

magnitudes, el resultado es 2; esto es, superior a 1, con lo que prevalecería la libertad de información. En cualquier caso, y pese al interés de la propuesta, no nos detendremos más en este punto. Tan solo señalaré que este modelo se aleja un tanto de las prácticas argumentativas efectivamente usadas por los tribunales, y que debe hacer frente a una serie de dificultades no menores, como he señalado en otro lugar.²¹

V

Llegados a este punto, analizaremos brevemente la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional español, núm. 12/2012, del 24 de febrero, en términos del principio de proporcionalidad. Los hechos de caso planteado son sintéticamente los siguientes: un equipo de periodistas de investigación deciden hacer un reportaje sobre el fenómeno de los falsos médicos que ofrecen sus servicios sin tener la titulación correspondiente. A estos efectos, una de las periodistas, haciéndose pasar por una paciente interesada en ciertos servicios, acude a la consulta de doña Rosa María, que prestaba servicios como esteticista y naturista en su propio domicilio, y respecto a la que se daba la circunstancia de que había sido condenada a tres años antes por un delito de intrusismo por ofrecer servicios como fisioterapeuta sin la titulación correspondiente. Durante la visita, realizada en una parte de la propia vivienda de doña Rosa María destinada a consulta, la periodista registra imágenes y sonido del encuentro mediante el uso de una cámara oculta. Posteriormente, en un programa de televisión sobre “falsos profesionales médicos”, se emiten imágenes y sonido de este encuentro captados con la cámara oculta, de modo que aparecen imágenes de doña Rosa María y su voz, sin ningún tipo de tratamiento que impidiera

²¹ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos...*, cit., pp. 248-252.

reconocer a esta persona fácilmente, y se hace público que fue condenada por un delito de intrusismo en el pasado.

En este contexto, se produce al menos *prima facie* un conflicto entre la libertad de información de los periodistas y los derechos al honor (por el descrédito que supone para doña Rosa María hacer pública su condena y que ejerce sus servicios sin la correspondiente titulación), a la intimidad (por hacer públicas imágenes y conversaciones recogidas dentro de su domicilio) y a la propia imagen (por emitir su imagen sin su consentimiento).

Por lo que respecta al análisis del conflicto entre la libertad de información y el derecho la honor, por desgracia la sentencia apenas aborda la cuestión, y le dedica tan solo unas pocas líneas en el fundamento jurídico segundo, para afirmar que el derecho al honor no ha sido vulnerado “en cuanto que no se han vertido expresiones ofensivas o ultrajantes durante el programa televisivo”. Aquí hubiera sido preferible, en mi modesta opinión, un desarrollo más extenso para fundamentar adecuadamente esta conclusión. A mi parecer, resulta bastante obvio que hacer público que dora Rosa María ejerce sus servicios sin la preceptiva titulación, y que fue condenada penalmente por un delito de intrusismo por ejercer como fisioterapeuta, afectan claramente de manera negativa a la reputación, a la proyección y a la buena imagen pública de esa persona, máxime cuando se ha realizado por un medio de tan amplia difusión, como lo es la televisión. Una adecuada fundamentación de por qué dar prioridad a la libertad de información de los periodistas habría requerido, en primer lugar, señalar que se trataba de una información veraz (extremo que no se pone en duda en ningún momento), lo que supone que se satisface el subprincipio de adecuación. A partir de ahí, es correcto destacar que el reportaje no utiliza lenguaje ofensivo o vejatorio, sino que su tono es neutral e informativo, con lo que quedaría satisfecha la exigencia del subprincipio de necesidad. Por último, el elemento clave para inclinar la balanza hacia la libertad de información sería la consideración de que se trata de una información de interés o relevancia pública, pues

la sociedad está interesada en saber quién y cómo se ejercen los servicios en un área tan relevante como es la salud, y tiene derecho a estar convenientemente informada de los supuestos de fraude y malas prácticas en este ámbito. La sentencia considerada en ningún caso discute esta relevancia pública, sino que más bien la da en todo momento por presupuesta, lo que justificaría la conclusión de dar prioridad al derecho de información de los periodistas sobre el derecho al honor de la falsa profesional.

Pero la sentencia es interesante, especialmente porque supone un cambio de criterio jurisprudencial por lo que respecta al uso de la técnica de la “cámara oculta” en relación con los derechos de intimidad y a la propia imagen, y que ha afectado ya a decisiones posteriores, como la STC 24/2012, del 28 de marzo. El primer paso consiste en comprobar que se produce un genuino conflicto de derechos, esto es, que mediante la actividad de los periodistas se invade la esfera protegida por el derecho a la intimidad de doña Rosa María (subprincipio de adecuación). La respuesta no es evidente, porque a pesar de que el registro de imágenes y conversaciones se realiza en el domicilio de la afectada, se hace en un lugar abierto al público (como consultorio médico), y por tanto no de acceso exclusivamente privado. Los periodistas obviamente esgrimen como un argumento principal este carácter abierto al público del lugar para sostener que no se invade el derecho a la intimidad. No obstante, el criterio seguido por el tribunal (acertadamente, a mi entender) es que el derecho a la intimidad personal y familiar no se restringe estrictamente al “círculo íntimo” en el que el individuo y su familia pueden desarrollar sus actividades a su manera y excluyendo completamente al “mundo exterior”, y que el criterio relevante es el de las “expectativas razonables” de privacidad (fundamento jurídico 5o.). En palabras del tribunal:

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

25

esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores.

Así pues, concluye que “resulta evidente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad”. Por tanto, la actividad de los periodistas al registrar con cámara oculta invade el ámbito protegido por el derecho a la intimidad de doña Rosa María. Existe un conflicto, y la cuestión es determinar qué derecho prevalece.

Es en el examen del subprincipio de necesidad donde radica la parte más interesante de la sentencia, al sostener por primera vez que el uso de la técnica de la “cámara oculta” no satisface este requisito (fundamento jurídico 7o.). En efecto, el tribunal sostiene que no puede considerarse como un medio necesario para el ejercicio de la libertad de información de los periodistas, pues se podría haber obtenido la información por otros medios menos lesivos, como por ejemplo mediante entrevistas a clientes o vecinos. E incluso se va más allá, pues aun en las situaciones en las que se estime que el uso de la cámara oculta es el único medio para lograr obtener la información, ello no faculta para después emitir el contenido de las grabaciones de manera que se pueda identificar a la persona que realiza las actividades o declaraciones. Este posicionamiento, junto con lo sostenido en la posterior sentencia 24/2012, del 28 de marzo (fundamentos jurídicos 2o. y 3o.), en el que se hace alusión al uso de las actuales tecnologías digitales para distorsionar la imagen y el sonido, de modo que no se haga reconocible a la persona que aparece en la grabación, implica de hecho que *en ningún caso* estaría legitimado desde una perspectiva constitucional la emisión de grabaciones obtenidas mediante cámara oculta en un ámbito protegido por la intimidad (expectativa razonable de estar resguardado de intromisiones ajenas), sin un

previo tratamiento que impida reconocer la identidad de quien en ellas aparece, incluso en los supuestos en que razonablemente el uso de estas cámaras fuera el único medio adecuado para obtener la información. Por esa razón, la actividad de los periodistas no encuentra amparo frente a la pretensión de doña Rosa María por entenderse vulnerado el derecho de ésta a su intimidad, que prevalecería sobre el de la libertad de información al no superarse el requisito impuesto por el subprincipio de necesidad. Por ello, no es necesario pasar a examinar si concurre la exigencia del interés o relevancia pública de la noticia (que formaría parte de la tercera etapa, la del examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). Además, se entiende que como la emisión de las imágenes se ha hecho sin el consentimiento de la afectada y sin haberlas tratado para ocultar la identidad, se ha conculcado su derecho a la propia imagen (que impide hacer pública la imagen de una persona sin su consentimiento, salvo en supuestos en que ello esté justificado por el ejercicio legítimo de la libertad de información).

VI

A modo de conclusión, podría decirse que en los casos de conflicto constitucional, un proceso argumentativo para justificar una decisión guiado por el principio de proporcionalidad debería seguir los pasos siguientes:

- 1) En primer lugar, debería analizarse si cada una de las pretensiones incompatibles en disputa puede fundamentarse realmente en el principio o derecho alegado; esto es, si cae dentro de su ámbito de aplicación (esfera protegida jurídicamente por ese derecho o principio). Esto es lo que se correspondería al llamado “subprincipio de adecuación”. Un análisis de la situación puede revelar que en realidad una o incluso ambas pretensiones carecen de fundamento, con lo que el conflicto es solo aparente. Esto ocurriría, por ejemplo, si en el contexto de la libertad

de información la actividad del informador no cumple con las exigencias de la veracidad, o si en el contexto del derecho a la intimidad la información no ha sido recabada en un ámbito protegido por ese derecho (por ejemplo, por tratarse de grabaciones realizadas en un lugar público sin expectativas razonables de privacidad).

2) Si se trata de un auténtico conflicto, el siguiente paso es el análisis de la necesidad de la intromisión o lesión en el principio o derecho afectado (subprincipio de necesidad): si existen métodos alternativos igual de idóneos, pero menos lesivos, esta exigencia no se satisface, y la pretensión debe rechazarse. La jurisprudencia constitucional española ha señalado que ello ocurre cuando en el contexto de las libertades de expresión e información se utiliza un lenguaje insultante, injurioso o vejatorio, y recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido con relación a la captación y emisión de imágenes y sonido obtenidos mediante cámara oculta en ámbitos privados, al menos si no existe un tratamiento posterior que impida el reconocimiento de las personas afectadas.

3) Si los dos filtros anteriores quedan superados, en último término se procede a examinar la proporcionalidad en sentido estricto: teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se comparan para cada posible respuesta los grados de satisfacción y de lesión de los principios o derechos afectados. La solución correcta, justificada o más adecuada será aquella que suponga el mayor grado de satisfacción o realización de uno de los principios en comparación con el menor grado de lesión o menoscabo del otro. En el análisis de las circunstancias del caso, usualmente la jurisprudencia identifica ciertos elementos o propiedades como los más relevantes y los que determinarán hacia qué lado se inclina la balanza. Así, en el caso de un conflicto entre las libertades de expresión/información y los derechos al honor/intimidad, el elemento clave suele ser el interés o relevancia pública del asunto tratado.