Nº 200
Marzo 2002

Documento de Trabajo
ISSN (edición impresa) **0716-7334**
ISSN (edición electrónica) **0717-7593**

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales.

Edgardo Barandiarán

LA VINCULACION DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un Análisis Económico

Edgardo Barandiarán

Instituto de Economía
Pontificia Universidad Católica de Chile

20 de Octubre de 2001

Este trabajo es una versión ampliada y corregida de una presentación en el Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 29 de mayo de 2001. La presentación original será publicada con el título "La Regulación de los Derechos Fundamentales: Un Análisis Económico". El autor agradece los comentarios de José Luis Cea y Gert Wagner.

ABSTRACT

La vinculación eficaz del legislador y demás órganos del Estado a los derechos fundamentales es característica principal de las constituciones políticas más recientes, incluyendo la Constitución de Chile. El trabajo plantea la extensión del análisis económico de las decisiones legislativas para tomar en cuenta la promoción y/o la protección de los derechos fundamentales como objetivo de las leyes ordenadoras de las actividades privadas. La aplicación del análisis económico se centra en la determinación del contenido de los derechos. Primero se define el contenido posible de un derecho en términos del atributo o bien que la norma constitucional pretende optimizar. Luego se identifica un componente esencial del contenido posible dado por la medida mínima del bien que la constitución pretende asegurar y que sólo puede ser sacrificado a un derecho constitucional de mayor jerarquía. Por último se plantea que la persecución de un bien por sobre su medida mínima implica *trade offs*, esto es, la necesidad de ceder algo de otros bienes para obtener más del bien en cuestión, y por lo tanto las decisiones del legislador suponen la evaluación de sus consecuencias para los bienes en colisión. Esa aplicación se complementa con la caracterización de las opciones del legislador en términos de conjuntos de restricciones a las actividades privadas (o de técnicas de ordenación de las actividades) y la discusión de los problemas que plantea la elección de la mejor opción dados aquellos *trade offs*.

JEL No. K1, D7

1. Introducción

Las constituciones políticas de un número creciente de países democráticos han venido reconociendo libertades y derechos de fundamentación y naturaleza diversas y reforzando los mecanismos judiciales para su promoción y protección. La vinculación eficaz del legislador y demás órganos del Estado a estos derechos fundamentales ha estado haciendo realidad la vieja aspiración liberal de considerar la constitución como garantía de la libertad individual, pero el reconocimiento de otros derechos ha dejado en evidencia que hoy la constitución se plantea también como norma directiva de la acción estatal para la búsqueda del bien común. Además, tanto esa vinculación como la posibilidad de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares justifican la consideración de la constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico del país y la idea de la constitucionalización del derecho.[1]

Una de las manifestaciones principales de esa nueva realidad institucional es el cuestionamiento frecuente de la constitucionalidad de las leyes y los reglamentos. Las decisiones del legislador o del administrador hoy difícilmente escapan a la tutela judicial, en particular si las decisiones afectan de una manera más o menos directa alguno de los derechos explícitamente reconocidos y garantizados por la constitución. Esta nueva realidad constitucional ha promovido –y se ha reforzado por– los desarrollos de la doctrina y su consiguiente influencia en las decisiones judiciales.

En Chile, los fallos del Tribunal Constitucional son un buen ejemplo de esa nueva realidad. Cualquiera sea la opinión sobre los fallos o el juicio que merezca el desempeño general del Tribunal, las propuestas de reforma tienden a su fortalecimiento y jamás a su

[1] La comparación con la experiencia constitucional de los Estados Unidos facilitaría mucho la comprensión del cambio radical que implican las constituciones más recientes para el ordenamiento jurídico. Si bien esta comparación escapa al propósito inmediato de este trabajo, la experiencia de los Estados Unidos se refleja en dos estudios que son de especial interés para este trabajo; véase, Robert D. Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 2000, parte IV; y Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy*, New York y Oxford: Oxford University Press, 1996, capítulo 14.

eliminación, reconociendo que la eficacia de su cometido depende de su influencia disuasiva o inhibitoria en el legislador y el administrador (ver el ejemplo considerado más adelante en esta sección). Con su juicio crítico, la doctrina chilena ha estado contribuyendo al trabajo del Tribunal, en particular adaptando a la realidad nacional los avances doctrinales en interpretación constitucional. Como en otros países, los jueces son los destinatarios naturales y principales de la doctrina.

La doctrina también puede influir en el legislador y el administrador, pero esta influencia es mucho menor que en el caso de los jueces. El legislador y el administrador toman en cuenta otros valores e intereses en sus decisiones, y además sus apreciaciones de las circunstancias relevantes para sus decisiones difieren a menudo de las apreciaiones de los jueces y los juristas[2]. Las leyes y los reglamentos tienen consecuencias jurídicas pero son el resultado de procesos complejos de decisión colectiva, históricamente menos predispuestos a considerar las limitaciones constitucionales apuntadas por la doctrina.

El conocimiento de la toma de decisiones por el legislador y el administrador es importante para una influencia apreciable y oportuna de la doctrina. Un primer paso para este conocimiento es el estudio de las decisiones del legislador bajo el supuesto de que el reglamento debe ajustarse estrictamente a la ley. Si bien las condiciones del mundo moderno han forzado una delegación importante de la autoridad reguladora desde el legislador al administrador, la potestad reglamentaria todavía se presume claramente delimitada por y en la ley, y si el administrador abusa de su poder, la primera pregunta es si el legislador ha fracasado en prevenir el abuso. Aun si la vinculación del legislador a las normas constitucionales es *blanda* por la inevitable ambiguedad de estas normas, la vinculación del administrador a las normas legales debe ser *dura*[3]. En este trabajo se supone que esta última vinculación efectivamente es dura.

---

[2] A mi juicio las diferencias en las apreciaciones de las circunstancias justifican que órganos diferentes tengan la responsabilidad del control abstracto y del control concreto de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas similares.

[3] La referencia a vinculaciones blandas y duras está basada en ideas del análisis económico. A propósito de las empresas estatales en las economías de los países comunistas se habló de restricciones presupuestarias blandas y duras y se dijo que el gran desafío de los gobiernos postcomunistas era el endurecimiento de las restricciones presupuestarias de las empresas. En el análisis económico se supone

Entre las decisiones legislativas, aquí interesan las que se relacionan de manera directa con los derechos fundamentales. En la nueva realidad constitucional, una característica distintiva de estos derechos es que gozan de protección especial frente al legislador. Como dice Manuel Medina Guerrero, "*la consagración de la sujeción del legislador a los derechos corre obviamente en paralelo con la propia consolidación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento*"[4]. Según Medina Guerrero, la vinculación del legislador a los derechos es doble: negativa y también positiva. La primera se refiere a la prohibición al legislador para autorizar cualquier atribución a otros poderes estatales que no esté fundamentada de manera clara y precisa en la constitución. La segunda se traduce en el mandato constitucional de lograr la plena eficacia de los derechos garantizados por la constitución y es el tema central de este trabajo.

El análisis de la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales se relaciona con los intentos doctrinales de determinar el contenido de los derechos. Estos intentos han generado una abundante literatura pero sin influencia aparente en el legislador, quizás por no haber identificado y relacionado adecuadamente los medios y los fines involucrados en las decisiones legislativas. Además, tales intentos han corrido en paralelo con los estudios sobre interpretación constitucional y sólo en la literatura jurídica más reciente se ha comenzado a relacionarlos. En todo caso, hasta ahora las teorías sobre el contenido de los derechos fundamentales parecen haber tenido poca influencia en las decisiones legislativas y judiciales.

<u>El ejemplo de la restricción a los catalíticos</u>

---

que las restricciones presupuestarias de las personas y las empresas son duras en el sentido de que su gasto tiene que estar limitado por el ingreso generado de fuentes perfectamente identificables. El análisis se centra en la asignación del ingreso (aunque su valor sea incierto) entre distintos bienes y unidades de tiempo. Cuando la restricción es blanda, el gasto de la persona o la empresa no está limitado a ese ingreso porque la persona o la empresa apuesta a que conseguirá el ingreso adicional para cubrir el déficit; desde el punto de vista teórico, se plantea un problema de riesgo moral para la persona o la empresa que podría verse forzada a financiar el déficit (por ejemplo, el padre que financia los gastos del hijo más allá de la mesada.

[4] Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid: McGraw-Hill, 1996) p. 1.

En abril de 2001, a través de la reglamentación de las leyes del medio ambiente y del tránsito, el Poder Ejecutivo chileno limitó la circulación de los vehículos con convertidores catalíticos en el área metropolitana para reducir la contaminación del aire. La constitucionalidad del reglamento fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional porque el administrador habría asumido una atribución del legislador –reserva de ley porque se afectan los derechos fundamentales de circulación y propiedad– y también por la falta de adecuación de los medios a los fines pretendidos por el administrador. El 26 de junio de 2001 el Tribunal Constitucional rechazó el recurso presentado por veinte senadores de acuerdo con el número 5 del artículo 82 de la Constitución Política de Chile. El fallo es ilustrativo del tema central de este trabajo porque destaca la importancia de los criterios determinantes de la constitucionalidad de las decisiones legislativas.

En su fallo[5], el Tribunal Constitucional reiteró dos ideas básicas: (a) la exigencia de la determinación y la especificación de las leyes como requisitos para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (considerando 40); y (b) la negación de autoridad propia para evaluar la adecuacion entre medios y fines en estas leyes (considerando 38). La primera idea implica que las leyes deben señalar en forma explícita (determinar) los derechos afectados e indicar en forma precisa (especificar) las medidas ordenadoras de las actividades privadas consistentes con estos derechos. La segunda idea implica que el Tribunal reconoce no tener autoridad para emitir juicios sobre el mérito, la conveniencia y/o la oportunidad de medidas ordenadoras de las actividades que afectan derechos fundamentales. En el caso en cuestión, el Tribunal ha entendido que si bien no se cumple a cabalidad con esos dos requisitos y por lo tanto con el principio de reserva legal porque el legislador no llenó un vacío legal en la ley del medio ambiente, el reglamento era constitucional porque están en juego valores protegidos por la Constitución y porque no le corresponde juzgar la adecuación de los medios elegidos por el administrador.

[5] Buena parte del fallo (los primeros 35 considerandos) se relaciona con la aplicación de los números 5 y 12 del artículo 82 de la Constitución Política que no interesan aquí.

El Tribunal ha interpretado su control de la constitucionalidad de las leyes como limitado a la salvaguardia de la conformidad de la ley a la constitución, sin entrar a juzgar la adecuación de los medios para los fines inmediatos perseguidos por el legislador. Esta posición del Tribunal parece contar con amplio apoyo en la doctrina, pero se plantean por lo menos dos situaciones ambiguas relacionadas con las ideas básicas antes expuestas. Primero, si el legislador no cumple plenamente con los requisitos de determinación y especificación mencionados, el margen de discrecionalidad del administrador puede ser muy grande y el Tribunal tendrá que ejercer el control de constitucionalidad respecto de cada decisión del administrador. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de la restricción de los catalíticos. Como el mismo Tribunal lo dejó en claro, dado el fracaso del legislador y la urgencia de la situación, en este caso el administrador no violó los principios constitucionales, pero esta conclusión no puede ni debe extenderse a otras decisiones del administrador en el ejercicio del poder reglamentario de las leyes de medio ambiente y tránsito (ver en particular el considerando 46). Esta situación ilustra el fracaso del legislador en *endurecer* el vínculo del administrador a las normas legales, sea porque no pudo resolver las dificultades intrínsecas a las actividades reguladas, o porque no pudo definir en forma precisa los fines (esto es, no se pueden determinar los derechos afectados) y/o los medios (esto es, no se pueden especificar *a priori* las medidas adecuadas para la ordenación de las actividades privadas). Un propósito principal de la teoría de los derechos fundamentales es facilitar la definición precisa de los fines y medios como elementos esenciales de las decisiones legislativas.

La segunda situación se plantea cuando se debe juzgar el mérito de los medios para los fines elegidos por el legislador. El Tribunal niega tener competencia para este juicio, pero no puede negar la posibilidad de situaciones en que los medios son claramente inadecuados para los fines y por lo tanto la decisión del legislador (o del administrador) vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad[6]. Aun reconociendo la necesidad y la conveniencia de límites a la competencia del

[6] En el caso de la restricción de los catalíticos, la parte recurrente sostuvo que el reglamento cuestionado vulneraba ese principio, consagrado en el inciso primero del artículo 1 y en los números 2 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política y por extensión las garantías constitucionales del derecho de trasladarse y del derecho de propiedad.

Tribunal, ningún límite puede excluir una revisión mínima de la adecuación entre medios y fines, por lo menos para asegurar que no ha habido desviación de poder en la elección de los medios. Este control requiere un juicio sobre el mérito, la oportunidad o la conveniencia de la decisión del legislador (o del administrador), y el Tribunal no puede escudarse en su propia jurisprudencia para negarse a hacerlo. De igual manera que el Tribunal ha sabido revertir su posición cuando no se cumple a cabalidad el principio de reserva legal, algún caso futuro seguramente forzará la revisión de la adecuación de los medios a los fines. Por cierto, el Tribunal debe suponer que esta adecuación es un determinante crítico de la decisión *racional* del legislador, como lo reconoce la doctrina en sus discusiones sobre la ponderación de los derechos fundamentales y sobre la proporcionalidad entre medios y fines. Aquel propósito principal de la teoría de los derechos fundamentales no se limita a definir los medios y los fines; también se extiende a la relación entre medios y fines y en particular a la adecuación de los medios a los fines.

Objetivos y contenido del artículo

Quizás por la nueva realidad constitucional antes mencionada, hoy los conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos y otros bienes jurídicos generan debates públicos sobre los fines de las decisiones legislativas y administrativas y la adecuación de los medios a los fines. La intensidad de los debates depende de los valores o intereses afectados por las decisiones y de su importancia para distintos grupos de la población, y a veces alcanza un nivel que impide tomar decisiones racionales. Como ha ocurrido en otras áreas de las decisiones públicas –el ejemplo más notorio es las decisiones sobre grandes proyectos de inversión en infraestructura – el análisis económico puede hacer una contribución importante a las decisiones legislativas que implican regulaciones de derechos fundamentales a través de la consideración sistemática de los medios y los fines.

La irrupción de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos nacionales ha planteado grandes desafíos al legislador y demás órganos del Estado

encargados de su promoción y protección.[7] En particular, las normas constitucionales son *principios*, esto es, mandatos de optimización en el sentido de Robert Alexy,[8] pero su eficacia depende en buena medida de su determinación en *reglas*, esto es, en mandatos definitivos sobre la realización de acciones por los individuos y demás órganos estatales. El constituyente ha delegado en el legislador la potestad de tal determinación y reconocido la conveniencia de la participación del administrador en una etapa posterior del proceso de generación de reglas. La ley –directamente o a través del reglamento dictado en conformidad con el mandato delegado al administrador– define las reglas que los jueces están obligados a aplicar a los casos particulares. En ausencia de reglas, los jueces deben resolver los casos aplicando los principios constitucionales.

El desarrollo de una teoría sobre la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales requiere algo más que la determinación del contenido de los derechos. El desafío está en relacionar las restricciones derivadas de los preceptos constitucionales con las leyes ordenadoras de actividades privadas y con las leyes organizadoras de actividades estatales. En este trabajo se analiza la derivación de reglas que afectan derechos fundamentales. Esta derivación equivale a determinar el contenido de los derechos y es resultado de las decisiones del legislador. El mandato del constituyente al legislador incluye la promoción y protección de los derechos explícitamente reconocidos en la constitución, pero también la creación y/o conservación de otros bienes en cuanto atributos esenciales del bien común (de aquí en adelante, los bienes constitucionales).[9] Aunque el mandato supone la posibilidad de conflictos entre dos o más derechos fundamentales y también entre los derechos y los bienes

[7] Los convenios internacionales sobre derechos fundamentales y los problemas han planteado otros desafíos para los órdenes jurídicos nacionales. Estos desafíos son ignorados en este trabajo, pero debe advertirse que en la medida en que tales convenios implican una limitación a la soberanía nacional con rango constitucional, el problema de la regulación de los derechos fundamentales tendría que replantearse como la determinación del contenido de los derechos fundamentales a partir de los convenios.

[8] Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, capítulo tercero, sección I. Para una versión resumida de su posición, véase: Robert Alexy, "Derechos individuales y bienes colectivos" en su colección de ensayos, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

[9] Estos bienes son el orden público, el interés nacional, la utilidad pública, la seguridad nacional, la salubridad pública, etc.

constitucionales, el constituyente no ha reconocido jerarquías entre los derechos fundamentales o entre los derechos y los bienes constitucionales, y por lo tanto la resolución de los conflictos supone la ponderación de los derechos y/o los bienes en colisión. Sin embargo, el constituyente sí ha urgido al legislador a resolver los conflictos *sin afectar el contenido esencial de ningún derecho fundamental.*

El trabajo es parte de una investigación mayor cuyo objetivo último es desarrollar una teoría de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, esto es, una teoría de las decisiones legislativas que afectan directamente a los derechos fundamentales.[10] La explicación del contenido de las leyes se relaciona tanto a los preceptos dogmáticos de la constitución sobre las potestades del legislador como a sus preceptos orgánicos y procesales sobre el ejercicio de estas potestades. Este trabajo se refiere sólo a los preceptos dogmáticos que pretenden definir la autoridad del legislador dentro de límites más o menos precisos. La extensión del análisis para tomar en cuenta a los preceptos orgánicos y procesales queda para una etapa posterior.

La obra de Alexy ha motivado varias contribuciones que han ido sentando bases para una teoría de la regulación de los derechos fundamentales [11]. Dos ideas centrales son

[10] Para una discusión de distintos tipos de teorías de los derechos fundamentales, véase Alexy, *Teoría*, cit., capítulo primero. Alexy no considera explícitamente la posibilidad de una teoría positiva, aunque reconoce que "no existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos" (cit., p. 27). En este trabajo se utiliza la idea de teoría positiva propia del análisis económico. Además, el desarrollo de esta teoría supone un conjunto de principios constitucionales cuya explicación escapa al propósito de una teoría de la regulación de los derechos. Así, la teoría pretende explicar qué reglas son consistentes con los principios de una determinada constitución, o porqué las mismas reglas pueden ser consistentes con principios distintos de dos o más constituciones. En otras palabras, la teoría de la regulación de los derechos no intenta explicar las decisiones del constituyente sobre los principios o mandatos de optimización.

[11] En particular, véase: Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Eunsa, 2000; Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Manuel Medina Guerrero, *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, 1996; Rafael Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; José María Rodríguez de Santiago, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2000; y Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2000.

(a) la distinción entre un contenido *posible* de los derechos fundamentales que está dado por el contenido de los principios o mandatos de optimización definidos por el constituyente y un contenido *vigente* de los derechos que resulta de su regulación por el legislador, y (b) la identificación de un componente *esencial* en ese contenido posible que en ningún caso lo agota pero sí limita el contenido vigente. En este trabajo se aplican algunas herramientas del análisis económico con el propósito inmediato y limitado de profundizar el significado y el alcance de estas dos ideas.

El artículo consiste de esta introducción y otras cinco secciones. En la sección 2 se presenta una síntesis propia de las contribuciones jurídicas originadas en la obra de Alexy y se introducen las herramientas del análisis económico usadas en las secciones siguientes. En las secciones 3, 4 y 5 se analizan respectivamente los tres temas principales de la delimitación del contenido posible de los derechos fundamentales, la definición del contenido esencial de estos derechos y la derivación de las reglas que definen el contenido vigente de los derechos. En la última sección se presentan las principales conclusiones de las secciones anteriores y se plantea cómo estas ideas pueden transformarse en una teoría de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales.

2. El Problema del Contenido de los Derechos Fundamentales

El reconocimiento constitucional de derechos implica la fijación de un contenido más o menos preciso para asegurar la eficacia del mandato a los órganos estatales de promover y proteger su ejercicio, en particular de los mecanismos judiciales de protección. Sin embargo, las normas que reconocen y protegen derechos fundamentales son oscuras, ambiguas o imprecisas, lo que dificulta el cumplimiento de la obligación de los órganos estatales y debilita la eficacia de los mecanismos de protección. Una comparación detallada quizás permitiría elucidar en qué medida las mayores deficiencias de las normas de las constituciones de los estados nacionales en relación a las normas de las convenciones internacionales sobre los mismos derechos se deben a diferencias en los métodos de preparación y aprobación de las primeras, pero esta comparación escapa al

propósito de este trabajo[12]. Como es común en la literatura jurídica, se supone aquí que los textos constitucionales no son claros ni precisos y a menudo son ambiguos.

Ese supuesto justifica la consideración de las normas constitucionales como normas con clara estructura de *principios*. En la teoría de Alexy y especialmente en su extensión por Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz,[13] este tipo de normas prescribe una orientación hacia un bien que se estima deseable y que tiene que ver directamente con el interés de personas individuales. En otras palabras, se trata de mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. La protección de los principios implica normas que carecen de un sentido exacto y cuyo sentido por tanto debe ser determinado en el momento de las decisiones legislativas, y también de las decisiones judiciales, en particular sino habido una decisión legislativa previa. Por cierto, el grado de realización de los mandatos de optimización es variable porque estos mandatos no prescriben acciones precisas para las cuales sí cabe determinar si han sido realizadas o no.

Las decisiones del legislador sí prescriben acciones precisas de los individuos o demás órganos estatales. Sus decisiones se manifiestan en normas con estructura de *reglas* para ser aplicadas como soluciones concluyentes a los casos pertinentes. Se trata de mandatos definitivos sobre la realización de una determinada acción individual (por ejemplo, la circulación de vehículos con convertidores catalíticos) o una acción estatal (por ejemplo, la prestación de servicios sanitarios). La garantía cierta de los derechos fundamentales viene dada por reglas, o normas que se aproximan a reglas. Las reglas de derechos fundamentales deben conjugar los diversos mandatos de los principios constitucionales relativos a dos o más derechos, y también entre estos mandatos y los demás mandatos igualmente válidos relativos a otros fines valiosos (esto es, los bienes constitucionales). La tarea del legislador se ha vuelto difícil porque las constituciones

[12] Por lo general, las normas de las constituciones nacionales reflejan compromisos políticos que toman en cuenta las circunstancias históricas al momento de su aprobación y que hacen necesario especificaciones idiosincrásicas. Por el contrario, el éxito de la negociación de convenios internacionales depende en buena medida de la voluntad y habilidad para evitar este tipo de especificaciones.

[13] Cfr. Rodríguez-Toubes, *Principios*, cit., capítulo III.

recientes incluyen un alto número de principios y sus decisiones dependen de la identificación y armonización de estos principios. Una vez formuladas las reglas, la garantía de los derechos fundamentales exige que su aplicación no quede supeditada a la protección de otros fines valiosos no considerados en el texto constitucional y que sólo se admitan las excepciones previstas por las mismas reglas. En otras palabras, la eficacia de la garantía constitucional exige que quienes aplican las reglas –los administradores cuando su intervención es necesaria para completarlas y los jueces cuando su intervención es requerida para resolver un caso particular– no alteren su contenido.

Por *regulación de los derechos fundamentales* se entiende entonces el proceso legislativo de reformular los principios que protegen los derechos fundamentales en normas mucho más precisas, con estructura similar a la de las reglas [14]. En cuanto mandatos definitivos referidos a acciones individuales o acciones estatales, las reglas resultan de una elección por parte del legislador entre las opciones posibles para ordenar las acciones de acuerdo a los contenidos de los principios constitucionales. La elección es inevitable por la escasez de recursos para orientar a la sociedad hacia los bienes deseados y reconocidos por los principios constitucionales [15]. En otras palabras, a través del legislador, la sociedad decide cómo regular acciones precisas que involucran directamente a los derechos fundamentales u otros bienes protegidos por la constitución.

El análisis económico puede ayudar a explicitar los términos críticos de las decisiones legislativas. Dejando para otro momento la consideración de la naturaleza colectiva de las decisiones legislativas, el análisis económico se centra en el valor relativo de los bienes afectados por las decisiones bajo el supuesto de que por lo general los bienes son sustitutos imperfectos entre sí. Dado un conjunto de oportunidades o cursos alternativos de acción que entre otras cosas refleja la escasez de recursos, la elección de

---

[14] Este uso del término regulación pone el énfasis en los derechos fundamentales en cuanto fines valiosos de las reglas y difiere del uso más común que se centra en las acciones de los individuos que las reglas intentan ordenar.

[15] Sobre la importancia decisiva de la escasez en el derecho y la literatura y sobre cómo el derecho se puede entonces beneficiar de la literatura, véase Lee Anne Fennell, "Scarcity and Choice in Law and Literature", www.legalessays.com, 2000.

una acción implica un beneficio (esto es, el valor para los individuos de la cantidad de bienes obtenidos) que excede su costo (dado por el valor para los individuos de la cantidad de bienes que tuvieron que sacrificarse). El gráfico 1 muestra el efecto de una decisión sobre los bienes W y Z. Las preferencias de quien decide se sintetizan en las curvas de indiferencia que suponen un mismo nivel de utilidad U para cada combinación de cantidades de W y Z, siendo $U_3 > U_2 > U_1$. La forma de las curvas de indiferencia muestra que W y Z son sustitutos imperfectos entre sí y que el grado de sustitución está condicionado por la canasta de los dos biens. La línea recta W_0Z_0 define el triángulo W_00Z_0 que corresponde al conjunto de oportunidades que enfrenta quien tiene que tomar la decisión, estando la pendiente de la línea recta determinada por los términos de intercambio entre los dos bienes y su posición por la dotación inicial de recursos. El punto M* indica la decisión óptima, esto es, aquella combinación de W y Z para la cual se obtiene el máximo nivel de utilidad (U_1 en este caso) dentro del conjunto de oportunidades W_00Z_0. Cualquier otra decisión habría significado ceder algo de uno de los dos bienes para obtener más del otro, pero dado el triángulo W0Z, ninguna otra decisión hubiera permitido obtener una utilidad mayor que U_1.

El gráfico 1 representa la situación normal en que un consumidor debe decidir cómo asignar su ingreso entre dos bienes W y Z. Como se aprecia en el gráfico, entre otras cosas, el análisis económico supone la separación clara entre (a) las preferencias por los dos bienes y (b) las oportunidades o cursos de acción que resultan en distintas canastas de los dos bienes. Con relación a las preferencias, el análisis supone que los bienes son sustitutos imperfectos entre sí, aunque relaciones que suponen sustitución perfecta o complementariedad entre los bienes pueden tomarse en cuenta sin mayores problemas. La imposibilidad de conocer las preferencias de los individuos no plantea mayores problemas al observador cuando se trata de decisiones individuales porque se pueden conocer a través de las acciones de los mismos individuos. Sin embargo, en el caso de decisiones colectivas esta revelación de preferencias no es posible por la probabilidad de decisiones contradictorias.

Con relación a las oportunidades, el análisis supone que los cursos alternativos de acción pueden definirse y diferenciarse por sus efectos sobre la disponibilidad de los bienes (W y Z en el gráfico). La posibilidad de esta diferenciación depende en gran medida del conocimiento sobre la *función de producción o transformación* que relaciona cada acción con sus consecuencias en términos de las cantidades disponibles de los bienes en cuestión[16]. Así, en el gráfico 1 las oportunidades están dadas por el gasto del ingreso disponible en canastas (o combinaciones) alternativas de cantidades de los bienes W y Z (a cada canasta corresponde un punto en el gráfico, y dado un ingreso y los precios de mercado de los dos bienes, la acción del consumidor –esto es, el gasto de su ingreso disponible– se puede representar por una canasta de W y Z). Por cierto, la relación entre la acción de gastar el ingreso disponible y una canasta determinada es una transformación simple.

Los principios constitucionales prescriben la persecución de ciertos bienes *en la mayor medida posible y por lo menos en cierta medida mínima*. Estas prescripciones implican entrar en el terreno de las preferencias de los individuos por tales bienes, sean privados o públicos (sobre la definición de bienes públicos en el análisis económico véase el anexo). La regulación de los derechos fundamentales supone ante todo un entendimiento de esas preferencias de los individuos por el legislador, representante de los individuos y responsable de decisiones que dan contenido a esos derechos. Este entendimiento exige explorar la mayor medida posible de los derechos fundamentales, esto es, delimitar su contenido posible, y también precisar la medida mínima (el "umbral de satisfacción" de Rodríguez-Toubes) que define el contenido esencial de los derechos. En la regulación de los derechos, el legislador está entonces limitado por las preferencias

[16] En el análisis económico de la empresa, la función de producción es la transformación técnica de cantidades de unos insumos determinados en cantidades de ciertos productos, donde la técnica es un dato que no se pretende explicar. Esta idea se puede generalizar a cualquier acción humana que tenga consecuencias en términos de la disponibilidad de bienes claramente definidos aunque la relación entre la acción y sus efectos sobre la disponibilidad de los bienes sea difícil de determinar, en particular por la incertidumbre de estos efectos. Dado que esta relación depende de cómo reaccionan individuos en distintas situaciones (sean situaciones fácilmente caracterizables como mercados o situaciones más complejas como las que tienen lugar dentro de organizaciones privadas y públicas), el análisis económico ha pretendido explicar estas reacciones desarrollando modelos específicos para distintas situaciones (por ejemplo, para evaluar los efectos de acciones de política económica se construyen modelos que pretenden explicar las reacciones de los individuos y finalmente los efectos sobre los objetivos de la política).

de los individuos por los bienes reconocidos en los principios constitucionales, pero su tarea no es fácil. Sus decisiones determinan el contenido vigente de los derechos por referencia a la realización de acciones precisas por los individuos y los órganos estatales lo que supone haber evaluado los efectos de las decisiones sobre los derechos y haber ponderado los bienes en colisión. En las tres secciones siguientes se analizan sucesivamente la delimitación del contenido posible de los derechos, la definición de su contenido esencial, y la formulación de reglas.

3. El Contenido Posible de los Derechos Fundamentales

El análisis económico supone que la cantidad de un bien puede ser medida (o por lo menos ordenada) por un atributo esencial que permite afirmar que más del bien es mejor que menos (aunque la posibilidad de saturación no se ignora). En muchos casos este atributo es el número de unidades físicas o el peso físico del bien; por ejemplo, 10 manzanas es mejor que 5 manzanas, lo que supone que las manzanas son perfectamente intercambiables o si se prefiere que son sustitutos perfectos (o en términos legales que son fungibles)[17]. Así, en el gráfico 1, cada bien se mide en su respectivo eje de acuerdo a un atributo esencial, cada uno de los cuales constituye el bien que genera la satisfacción expresada en los niveles de utilidad de las curvas de indiferencia. La precisión de estos atributos esenciales da sentido a la elección entre canastas alternativas.

En el caso de un derecho fundamental, la identificación de un atributo esencial que permita aplicar el análisis económico no es simple. Peor aún, la extensa literatura sobre el contenido de los derechos fundamentales en general y de cada derecho en particular muestra las dificultades para esa identificación. Pero si se toma como punto de partida la idea de que las normas constitucionales son mandatos de optimización que prescriben la persecución de ciertos bienes en la mayor medida posible, el análisis

[17] La agregación de dos o más bienes siempre presenta problemas porque es necesario que los distintos bienes sea sustitutos casi perfectos o por lo menos tengan un atributo esencial común (por ejemplo, un valor de mercado conocido que permita hablar del monto total de los bienes lo cual puede ser adecuado para el propósito del análisis).

económico sugiere la conveniencia de considerar *para cada derecho fundamental* la situación en que la constitución garantiza sólo ese derecho y preguntarse por la mayor medida posible consistente con la garantía constitucional de ese derecho en tal situación[18]. Así, la búsqueda del contenido *posible* de cada derecho fundamental quedaría centrada primero en la identificación de su atributo esencial (o sus atributos esenciales porque pueden ser más de uno[19]) y luego en la determinación de la mayor medida posible en base sólo al texto constitucional que directamente se refiere al derecho en cuestión. Muy probablemente, el texto constitucional excluye en forma explícita situaciones en las cuales no se reconoce y garantiza el derecho en cuestión (por ejemplo, en estados de emergencia). El entendimiento de estas situaciones debiera facilitar ambas tareas, en particular la determinación de la mayor medida posible.

Esa sugerencia del análisis económico está en abierta oposición con dos ideas que dominan el debate sobre los límites de los derechos fundamentales. Primero, el análisis económico favorece la separación de bienes diferentes (o si se prefiere rechaza la identificación de bienes diferentes). La aplicación del análisis económico al mandato constitucional de optimización implica que este mandato sólo puede tener un significado claro en relación a atributos esenciales de las personas o de las relaciones de las personas con las cosas y respecto de cada uno de los cuales pueda decirse que más es mejor que menos. Alguna agregación de estos atributos siempre es posible porque pueden subsumirse en una idea general tal como la dignidad de la persona humana, pero la eficacia de la protección de esta dignidad depende de la protección de sus atributos esenciales. Por el contrario, los intentos de expandir el contenido de un determinado derecho fundamental para considerar otros atributos como fines valiosos solo contribuyen a degradar el derecho, dificultando su protección eficaz. Tales intentos son a veces parte

[18] En el análisis económico se da preferencia a la comparación de situaciones en que solo una variable exógena ha cambiado de valor. La condición *ceteris paribus* es común en el análisis económico para poder identificar los efectos de cambios en una variable exógena cuando todas las demás variables exógenas permanecen constantes.

[19] En el análisis económico de algunos bienes (por ejemplo, la vivienda) se reconocen varios atributos que se combinan de distintas maneras en los bienes según las técnicas disponibles (así, se reconocen distintos tipos de viviendas que reflejan estas combinaciones alternativas de atributos).

de las estrategias políticas de grupos interesados en conseguir el apoyo de la población, pero en otras instancias reflejan las dificultades para definir en forma clara y precisa los atributos esenciales que se quieren proteger[20].

Segundo, el análisis económico favorece la identificación previa de los bienes en colisión. Como se dijo, la aplicación de este análisis al mandato constitucional de optimización requiere *como paso inicial* un ejercicio intelectual sobre la mayor medida posible en la persecución de un bien bajo el supuesto de que este es el único bien protegido por la constitución. Tal ejercicio supone tomar en cuenta sólo el enunciado concreto de la constitución respecto al derecho en cuestión, dejando para una etapa posterior la consideración de este derecho en el contexto de una interpretación unitaria y sistemática de la constitución. Por el contrario, los intentos de delimitar el contenido posible de los derechos fundamentales sobre la base de la totalidad de las restricciones explícitas e implícitas del texto constitucional implican la resolución previa o simultánea de los conflictos entre los bienes protegidos y promovidos por la constitución (por lo menos *en términos generales* porque sino la distinción entre contenido posible y contenido vigente no tendría consecuencias) y en consecuencia la probabilidad alta de un círculo vicioso[21].

[20] La idea está claramente expresada por Thomas Sowell: "When two things have to be traded off against one another, it is necessary to understand clearly (1) that they are in fact two different things, and to consider (2) explicitly on what terms we are prepared to incrementally trade the one for the other. Nothing is gained by claiming–or insinuating–that both are the same thing, or that one is just more of that thing than the other. At least nothing is gained from the standpoint of rational decision making. In political reality, much is gained by those who wish to take the decision making power of others into their own hands. Much verbal sleight of hand is practiced with such statements as 'security is merely an aspect of freedom'. Freedom has cost too much blood and agony to be relinquished at the cheap price of rhetoric" (Thomas Sowell, *Knowledge and Decisions*, New York: Basic Books, 2da. ed., 1996, p. 118).

[21] Por ejemplo, Rodríguez-Toubes intenta delimitar el contenido posible de los derechos constitucionales a partir de una interpretación unitaria y sistemática de todo el texto constitucional; cfr. Rodríguez-Toubes, *Principios*, cit., sección IV.2.

4. El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales

El análisis económico supone que los bienes son sustitutos imperfectos entre sí, esto es, que las personas están dispuestas a sacrificar algo de un bien para conseguir más de otro si es que los términos de este intercambio le favorecen en el sentido de aumentar su bienestar (indicado por el nivel de utilidad U en las curvas de indiferencia del gráfico 1). Este supuesto sobre la sustitución imperfecta entre bienes se relaciona estrictamente con las preferencias de las personas y es crítico para la derivación de funciones demanda por bienes en que la cantidad demandada depende de manera inversa del precio.

La posibilidad de *necesidades* no puede ignorarse, sin embargo. Por definición, necesidad es la cantidad mínima de un bien que la persona no está dispuesta a sacrificar a cambio de una mayor cantidad de otros bienes. Por ejemplo, si en el caso del gráfico 1 se dijera que el bien Z es una necesidad, entonces las preferencias por W y Z tendrían que representarse por curvas de indiferencia como las del gráfico 2. En el gráfico, la cantidad mínima que define a Z como una necesidad está representada por la línea vertical Zmim. Puede observarse que las curvas de indiferencia para los distintos niveles de utilidad U han sido dibujadas de manera tal que se vuelven verticales a medida que la cantidad de Z se va aproximando a Zmin cualquiera sea el nivel de utilidad U[22]. Esto significa que las preferencias de la persona son tales que a medida que tiene menos de Z va exigiendo mayores cantidades de W para compensar la pérdida de utilidad por la menor cantidad de Z, pero cuando la cantidad de Z disminuye hasta Zmin, ya no hay cantidad de W que pueda compensar una pérdida adicional de Z. Para la gran mayoría de los bienes esta cantidad mínima es cero porque se supone una abundancia de sustitutos más o menos próximos –por ejemplo, dada la disponibilidad de otras frutas, las manzanas no son una necesidad, y si en el gráfico 2 las variables W y Z correspondieran a oro y manzanas respectivamente, se podría suponer que la cantidad Zmin sería cero.

[22] Una representación alternativa sería que la cantidad mínima del bien Z aumente junto con el nivel de utilidad U, pero este supuesto no cambiaría lo dicho en el texto.

Algunos bienes son necesidades en el sentido del análisis económico. Así, el agua potable es una necesidad, como también otros bienes "necesarios" para conservar la vida. En estos ejemp los tradicionales se podrá discutir el nivel de la cantidad mínima, pero no se cuestiona la conveniencia de analizar estos bienes como necesidades. Más importante, estos ejemplos permiten ilustrar las "ventajas" de que la sociedad reconozca a un bien como necesidad. El consenso sobre el agua potable como necesidad motiva la búsqueda de medios para asegurar la satisfacción de esta necesidad para toda la población y facilita que la evaluación de medios alternativos se haga casi exclusivamente en función de la medida en que se satisface la necesidad –en otras palabras, cuando se toman decisiones sobre necesidades, la probabilidad de que se ignore el costo de satisfacerlas es alta. El problema entonces es identificar y justificar estos bienes como necesidades .

El análisis económico también ha considerado la posibilidad de necesidades múltiples. En la situación extrema en que los dos bienes W y Z fueran necesidades, se tendría la situación del gráfico 3. La abundancia relativa de recursos puede significar que no preocupen los niveles mínimos de W y Z. Pero si con los recursos disponibles sólo se puede satisfacer uno de los dos niveles mínimos, el análisis económico introduce la posibilidad de preferencias léxico-gráficas, esto es, de un orden jerárquico de las necesidades que implica que primero tiene que satisfacerse el nivel mínimo del bien de mayor jerarquía y sólo cuando se haya satisfecho este nivel se considerará la satisfacción del bien ubicado segundo en la jerarquía y así sucesivamente si todos los bienes considerados son necesidades. Se tiene entonces un orden {A, B, C, ... Z} de las necesidades, correspondiendo cada necesidad a la cantidad mínima de un bien.

En los debates públicos, la tentación de alegar que ciertos bienes son necesidades es muy grande y pronto lleva a propuestas que suponen o sugieren preferencias léxico-gráficas entre estas múltiples necesidades. El abuso de la idea de necesidades en los debates públicos a veces refleja convicciones personales sobre los valores que debieran orientar la acción estatal, pero otras es sólo una estrategia para avanzar intereses de grupo. Cualquiera sea la motivación de quienes promueven estas ideas, su discusión debe orientarse a precisar la cantidad mínima que define cada necesidad y las

preferencias personales entre las varias necesidades si es que se reconoce más de una. En el mejor de los casos, la afirmación *"X es una necesidad"* es sólo un primer paso para iniciar la investigación sobre su significado y consecuencias.

Igualmente las afirmaciones sobre el respeto absoluto del contenido esencial de los derechos fundamentales son sólo un primer paso para precisar su significado y consecuencias. El debate iusfilosófico sobre este contenido esencial ha originado una abundante literatura, incluyendo varios trabajos recientes en que su discusión se integra de manera sistemática en el tema más general de la determinación del contenido de los derechos fundamentales[23]. Algunos autores sostienen la equivalencia entre el contenido posible y el contenido esencial de los derechos, de manera que todo el contenido posible es esencial, pero esta idea implica la redundancia de los textos constitucionales cuando sostienen la protección absoluta de un contenido esencial luego de haber afirmado una protección amplia de los derechos. Por lo tanto, en este trabajo se supone que el contenido esencial no agota su contenido posible y se justifica la investigación separada de su significado y consecuencias. Más aún, en principio, los textos constitucionales son compatibles con la interpretación del análisis económico sobre los bienes considerados necesidades, en cuanto a que la esencia de los derechos fundamentales corresponde a una cantidad mínima del bien que no debe sacrificarse a ningún otro bien.

Si se supone que en los gráficos anteriores W representa la riqueza material y Z representa una libertad, esto es, un *permiso permitido*, y si se supone que ambos bienes son necesidades en el sentido del análisis económico, entonces las preferencias por W y Z se pueden representar como en el gráfico 4[24]. En el gráfico se distinguen cuatro áreas determinadas por el supuesto de que las preferencias corresponden a una situación en que la riqueza y la libertad son necesidades. En el área I los dos bienes son sustitutos imperfectos, pero en las otras áreas la disponibilidad de uno o los dos bienes es inferior a

[23] En todas las referencias citadas en la nota 5 se discute el tema del contenido esencial pero sin que surja una posición común.

[24] Este gráfico corresponde al gráfico 11.3 de Cooter, *The Strategic*, cit., p. 271, pero la discusión aquí es distinta que en su texto.

la cantidad mínima que define el umbral de satisfacción a que se refiere Rodríguez-Toubes. En el área IV, la disponibilidad de ambos bienes está por debajo de sus respectivos umbrales. El legislador y los jueces están obligados a respetar estos umbrales en todas sus decisiones. Si conocieran los niveles mínimos, sus tareas se facilitarían cuando las decisiones afectan la disponibilidad de los bienes en las áreas II y III, pero si las decisiones implicaran resultados en el área IV, el legislador y los jueces deberían además aceptar un orden jerárquico entre las dos necesidades (esto es, un orden léxico-gráfico de las preferencias individuales como se mencionó antes en relación al gráfico 3).

Una teoría de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales requiere criterios más o menos precisos para determinar los niveles mínimos de los derechos y para resolver conflictos cuando no se pueden satisfacer simultáneamente los niveles mínimos de dos o más derechos. El éxito de la primera tarea está condicionado a la identificación de cada bien en los términos discutidos en la sección anterior, pero debe insistirse en que se trata de un ejercicio especulativo sobre las preferencias individuales con el propósito último de conocer cómo varía el valor relativo de los derechos (esto es, cuánto se está dispuesto a ceder de un bien para conseguir más de otro) cuando disminuye la disponibilidad de uno de los derechos en colisión.

La segunda tarea es aún más compleja. Los gráficos 5A y 5B repiten el caso del gráfico 4, pero en el primero se agranda el área I y en el segundo se agranda el área IV. Si uno piensa que la situación normal es la representada en el gráfico 5A, entonces prestará poca atención a la resolución de los conflictos del área IV y centrará su atención en la resolución de los conflictos del área I. Y si uno piensa que la situación normal es la representada en el gráfico 5B, entonces su atención cambiará en el sentido opuesto. Quizás los economistas pueden ser acusados de pensar que la situación normal es como en el gráfico 5A, y los iusfilósofos de pensar que es como en el otro gráfico. Pero la teoría no debe prejuzgar la importancia relativa de las dos situaciones y debe incluir un criterio para decidir los conflictos del área IV.

Ese criterio necesariamente es un orden jerárquico, aunque aquí su aplicación queda limitada a los conflictos potenciales del área IV. La posibilidad de esta jerarquía de los derechos fundamentales ha sido discutida en la filosofía y dogmática jurídica[25], pero sin que se considere que su aplicación pueda (o deba en el contexto de esas disciplinas) estar limitada a las situaciones excepcionales del área IV. Más aún, las mismas constituciones han dado indicaciones sobre el sacrificio de algunos derechos en situaciones o estados de emergencia y esta misma lógica podría extenderse a otras emergencias identificadas por el legislador, por lo menos en relación a situaciones en las áreas II y III[26]. En el ámbito de las decisiones legislativas, estas situaciones parecen ser excepcionales, pero en las decisiones judiciales y administrativas son frecuentes[27].

El progreso en ambas tareas –la precisión de criterios para determinar los niveles mínimos de los derechos y la precisión de criterios para resolver conflictos en el área IV– se ve facilitado (o debiera facilitarse) por los varios intentos recientes de proponer modelos y criterios para la interpretación constitucional. Su aplicación sistemática a la interpretación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales todavía está pendiente. La extensa discusión sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales en general y de algunos en particular ha procedido por un camino paralelo al desarrollo de esos modelos y criterios, sin que hasta ahora haya habido aplicaciones sistemáticas de estos últimos[28].

---

[25] Cfr. J. Cianciardo, *El conflictivismo*, cit., Págs. 107 ss.

[26] Cuando la constitución dice que en un determinado estado de emergencia se suspende el ejercicio de un determinado derecho fundamental se puede suponer que otro derecho o por lo menos algún bien constitucional tiene prioridad sobre el derecho cuyo ejercicio ha sido suspendido. Aparentemente esta relación entre el contenido esencial de los derechos y los preceptos constitucionales sobre estados de emergencia ha sido ignorada en la literatura.

[27] Entre otros factores, la disponibilidad de recursos puede influye mucho en el número de emergencias particulares; por ejemplo, cuando no se han asignado fondos adecuados, la prestación de algunos servicios médicos para situaciones de vida o muerte es muy limitada lo que fuerza a decisiones difíciles cuando repentinamente se presenta una mayor demanda por los servicios.

[28] En su reciente libro sobre interpretación constitucional, Requena López analiza explícitamente la garantía de un contenido esencial como expresión de un límite a la hermenéutica de las normas constitucionales; cfr. Tomás Requena López, *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Granada Editorial Comares, 2001, capítulo VI. Pero su conclusión sobre el artículo 53.1 de la Constitución española refleja una interpretación muy especial de la garantía de este artículo porque sería expresión de un límite específico para la interpretación de cualquier norma constitucional; en

5. Las Decisiones Legislativas: De los Principios a las Reglas

La aplicación del análisis económico a la determinación del contenido posible y del contenido esencial de los derechos fundamentales sugiere entonces representar las preferencias del legislador como en los gráficos 5A y 5B. Dado que la importancia relativa de las cuatro áreas varía dependiendo de los dos derechos fundamentales en cuestión, los dos gráficos (o cualquier otro que defina cuatro áreas) pueden ser apropiados para representar esas preferencias. El paso siguiente se centra en el área I y por lo tanto se utilizan variantes del gráfico 5A.

Como se dijo en la sección 2, el análisis económico enfatiza tanto las preferencias de la persona que decide[29] como el conjunto de oportunidades definido por las opciones que satisfacen las restricciones de recursos disponibles y conocimiento técnico sobre sus efectos. La introducción del conjunto de oportunidades en el análisis supone que ha llegado el momento de tomar la decisión, de elegir una opción entre aquellas que satisfacen esas restricciones. En el gráfico 1 se enfatizó la independencia de las preferencias y las oportunidades, se identificó el conjunto de oportunidades $W_0 0 Z_0$ y se determinó el punto M* correspondiente a la decisión óptima. Esta representación es apropiada para las decisiones individuales donde cada opción se asocia a una acción con un resultado único en términos de una canasta de bienes. Sin embargo, la representación del gráfico 1 no es apropiada para las decisiones legislativas dirigidas a ordenar actividades privadas, aunque sí podría adaptarse con facilidad a las decisiones dirigidas a organizar actividades estatales. Para la ordenación de las actividades privadas, el

---

sus palabras: "así pues, la garantía del contenido esencial es expresión de un límite a la mutación constitucional, no un límite a la reforma constitucional"(p.134).

[29] Cuando la persona (o el comité de personas) que toma la decisión representa a otras personas, el análisis económico primero supone que las preferencias de estas personas priman en las decisiones del representante, pero luego toma en cuenta que el representante puede hacer primar sus propios intereses (u otros intereses) en las decisiones. Esta última situación domina la investigación económica más reciente sobre las decisiones individuales en organizaciones privadas y especialmente sobre las decisiones colectivas en organizaciones estatales.

legislador tiene que elegir entre opciones que imponen restricciones a la autonomía individual reconocida en los derechos fundamentales[30]. En otras palabras, la regulación de los derechos fundamentales restringe las oportunidades de los individuos para ejercer las libertades garantizadas por la constitución[31].

Una decisión legislativa dirigida a ordenar actividades privadas implica entonces una regla sobre la realización de acciones específicas que afectan derechos fundamentales porque el legislador ha reconocido que esta acción implica una alta probabilidad de colisión entre dos o más bienes. Desde el punto de vista de los individuos, la decisión del legislador altera –en relación a esa acción– el conjunto de oportunidades que ellos enfrentan. Por lo tanto, las opciones del legislador se pueden caracterizar en términos de conjuntos alternativos de oportunidades para los individuos. En el gráfico 6 los varios (tres) conjuntos posibles de oportunidades reflejan el carácter normativo de las decisiones legislativas sobre derechos fundamentales[32]. La decisión del legislador se refiere inmediatamente a una acción individual pero su motivación última es la promoción y la protección de los derechos fundamentales.

En el gráfico 6, las técnicas de regulación de los derechos fundamentales son las mismas tres técnicas de ordenación de las acciones privadas estudiadas por el derecho administrativo, esto es, técnicas de información, técnicas de condicionamiento y técnicas ablatorias[33]. De acuerdo con el principio de reserva de ley, los reglamentos (término

---

[30] La posibilidad de que el legislador no imponga restricción alguna no puede ignorarse, pero se parte del supuesto de que la decisión está motivada por una situación en la cual dos o más derechos y/o bienes constitucionales están en colisión. En esta situación, la decisión de no intervenir podría justificarse por la probabilidad de que ninguna intervención sea eficaz.

[31] En una sociedad pequeña con poca interacción con el resto del mundo se puede pensar en un sistema alternativo de orden sin ley, en el sentido que se utiliza la ley en el texto. En esta sociedad, no habría reglas y el cumplimiento de los principios constitucionales estaría a cargo de jueces que intervendrían frente a casos específicos de conflictos entre bienes. Sobre esta posibilidad véase Robert Ellickson, *Order without Law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994; y David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000, capítulo 17.

[32] Una situación parecida se presenta cuando una empresa que produce dos o más productos tiene que elegir entre tecnologías alternativas para una nueva fábrica.

[33] Cfr. Jose Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid: Colección Ceura de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., volumen II, 2da. edición, 2000, capítulo XVII. Las

genérico de las normas administrativas de carácter general) derivan su legitimidad de las decisiones legislativas y por lo tanto el uso administrativo de esas técnicas tiene que haber sido autorizado por el legislador[34]. Las tres técnicas imponen distintos tipos de restricciones a las acciones privadas, de manera que cada uno de los tres conjuntos en el gráfico 6 puede corresponder a una de las tres técnicas. Por supuesto, cada tipo de técnica incluye una variedad de intervenciones y por lo tanto el legislador debe elegir entre un número alto de conjuntos alternativos. Si así fuera, como en otras aplicaciones del análisis económico, una curva de transformación envolvería a todos estos conjuntos posibles de oportunidades –cada conjunto asociado con una acción del legislador– y quedaría representada por la curva envolvente W_0Z_0 en el gráfico 7. Si las preferencias fueran las indicadas en el mismo gráfico, entonces el punto M* correspondería a la decisión óptima.

La simplificación del análisis anterior sirve para identificar los elementos principales de las decisiones legislativas. El análisis enfatiza primero las preferencias por los derechos afectados por la decisión del legislador y así el análisis de las secciones 3 y 4 apuntó a la conveniencia de un ejercicio especulativo para conocer el valor relativo de estos derechos, esto es, para saber cuánto se está dispuesto a ceder de un bien para obtener algo más del otro. Las discusiones intelectuales sobre las preferencias son ejercicios interesantes y a veces apasionantes, pero las decisiones legislativas se relacionan con la realización o no de acciones que determinan oportunidades para la actividad privada; por lo tanto, si los individuos pueden inferir los valores de decisiones alternativas, el conocimiento necesario sobre las preferencias es bastante limitado y en ningún caso supone un acuerdo social sobre un sistema de preferencias como

---

definiciones de Santamaría Pastor se pueden modificar para adaptarlas al análisis de las decisiones legislativas. Así, las técnicas de información son las normas que imponen a los individuos la obligación de revelar datos relacionados con algunas de sus actividades (la revelación puede ser para todos los demás o para un órgano estatal); las técnicas de condicionamiento son las normas que imponen a los individuos la obligación de cumplir con requisitos precisos para realizar algunas de sus actividades; y las técnicas de ablación son las normas que imponen a los individuos la obligación de no hacer algo en circunstancias bien determinadas.

[34] En este trabajo se ignora la relación entre el legislador y el administrador, pero esta relación es un elemento importantísimo en la explicación de la regulación de los derechos fundamentales.

prerrequisito para estas decisiones. En segundo lugar, el análisis reconoce a la escasez como la fuente principal de conflictos entre derechos fundamentales y también entre derechos y bienes constitucionales. La escasez justifica el ejercicio especulativo antes mencionado porque hace inevitable la elección entre reglas de derechos fundamentales. A su vez, esta elección supone haber identificado las reglas alternativas y evaluado sus consecuencias para las oportunidades de los individuos y por lo tanto sus efectos sobre los derechos en colisión. Esta evaluación de las alternativas puede ser más o menos compleja, pero es decisiva en el momento de la elección.

De acuerdo al análisis económico, la decisión óptima (M* en el gráfico 7) resulta de una transacción entre los bienes en colisión. Las decisiones son incrementales en el sentido de que los individuos toman en cuenta los beneficios y los costos de unidades adicionales de los bienes que van cambiando con la disponibilidad de ambos bienes (en otras palabras, para conseguir un poco más de algo hay que incurrir en un costo dado por la oportunidad perdida, pero los términos del intercambio varían con la disponibilidad de ambos bienes). Por el contrario, en el área IV de los gráficos 5A y 5B las decisiones son categóricas –o un bien o el otro– porque los bienes son necesidades. En el gráfico 7, la resolución del *trade off* entre los dos bienes (esto es, de la transacción entre los bienes en colisión) depende entonces de los beneficios y los costos de unidades adicionales de los bienes, pero estos beneficios y costos sólo pueden identificarse y quizás medirse en el contexto de las preferencias y las oportunidades representadas en el gráfico.

La aplicación del análisis económico a las decisiones legislativas supone la *ponderación* de los bienes en colisión, o más precisamente, el análisis económico provee un método para ponderar estos bienes. Ponderar significa contrapesar, esto es, compensar, subsanar una cosa con otra[35]. La irrupción de la ponderación en el análisis filosófico y dogmático de los derechos fundamentales y también en el derecho administrativo ha generado un intenso debate sobre sus ventajas y desventajas como

[35] Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: Editorial Espasa-Calpe, vigésima edición, 1984, vocablos ponderar y contrapesar.

método de control racional[36]. Sin embargo, en ese análisis la ponderación no ofrece un método definitivo de decisión porque su concepto se ha quedado en el terreno de las preferencias, esto es, ha sido invocada por quienes han estado buscando alguna "fórmula mágica" para determinar un orden único de preferencias que pueda imponerse en las decisiones sobre derechos constitucionales[37].

El creciente reconocimiento de que la ponderación no es un método definitivo de decisión ha llevado a poner énfasis en la proporcionalidad, o lo que Juan Cianciardo prefiere llamar la máxima de razonabilidad.[38]. Aunque un análisis detallado de esta máxima escapa al propósito de este trabajo, la mención de sus tres componentes permite apreciar las similitudes con las ideas básicas del análisis económico. La máxima se compone de los tres siguientes subprincipios:

(a) Adecuación – la medida o acción debe ser idónea para el logro de los objetivos de la decisión;

(b) Necesidad – la medida o acción debe ser indispensable para el logro del fin que el legislador persigue; y

(c) Razonabilidad *stricto sensu* – la medida o acción debe guardar una proporción razonable con los fines legislativos.[39]

---

[36] Cfr. R. Alexy, *Teoría*, cit., Págs.. 157 ss. Para una revisión reciente y detallada de este debate, véase Rodríguez de Santiago, *La Ponderación*, cit.. Rodríguez de Santiago hace referencia a una extensa literatura en alemán.

[37] Así, Alexy dice: "en las ponderaciones jurídico-constitucionales, de lo que se trata no es de cuán grande es la importancia que alguien concede a la libertad de prensa y a la seguridad externa sino de cuán grande es la importancia que se debe conceder a ellas" (*Teoría*, cit., p. 163). En su análisis de la ponderación Alexy utiliza gráficos con curvas de indiferencia pero en ningún momento introduce explícitamente el conjunto de oportunidades que se ha enfatizado en el texto (ver, por ejemplo, el gráfico 8).

[38] Cfr. J. Cianciardo, *El conflictivismo*, cit., capítulo IV.

[39] Cfr. J. Cianciardo, *El conflictivismo*, cit., Págs. 322 ss.

Mientras que la ponderación se refería a las preferencias, la máxima de razonabilidad está referida a las acciones que definen las reglas alternativas de derechos fundamentales antes mencionadas. Sus tres componentes suponen y enfatizan que la elección de una regla debe estar condicionada por los fines del legislador, pero éstos deben inferirse de las preferencias por los bienes a que están orientados los principios constitucionales sobre derechos fundamentales. En otras palabras, el análisis económico de la regulación de los derechos fundamentales es consistente con la aplicación de la máxima de razonabilidad[40].

6. Hacia Una Teoría de la Vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales

En las tres secciones anteriores se aplicó el análisis económico a la determinación del contenido de los derechos fundamentales para lo cual primero se definió el contenido posible de un derecho en términos del atributo o bien que la norma constitucional pretende optimizar; luego se identificó un componente esencial del contenido posible dado por la medida mínima del bien que la constitución pretende asegurar y que sólo puede ser sacrificada a un derecho constitucional de mayor jerarquía; y por último se planteó que la persecución de ese bien por sobre su medida mínima implica *trade offs*, esto es, la necesidad de ceder algo de otros bienes para obtener más del bien en cuestión, y por lo tanto las decisiones del legislador suponen la evaluación de sus consecuencias para los bienes en colisión. El contenido vigente de los derechos fundamentales está entonces determinado por las reglas que aseguran el contenido esencial de un derecho de mayor jerarquía en las situaciones excepcionales en que otros derechos deben sacrificarse (esto es, las situaciones del área IV en el gráfico 4), y especialmente por las numerosas

[40] Debe advertirse, sin embargo, que algunas conclusiones de Cianciardo respecto a la máxima de razonabilidad parecen en abierta contradicción con el análisis económico que se hace en el texto. Una de estas conclusiones se relaciona con la incoherencia o aberración de la razonabilidad como salida del conflictivismo, pero una discusión de su posición requeriría de una extensa precisión sobre lo que él llama conflictivismo, y en particular sobre lo que considera el positivismo epistemológico del conflictivismo jurídico (Cfr. Cianciardo, *El conflictivismo*, cit., Págs. 352 ss). Otra conclusión se refiere a que "en caso de que se pretenda reducir la razonabilidad a un cálculo entre costes y beneficios, la razonabilidad y los derechos fundamentales pierden su razón de ser" (ibidem., p. 356). Cianciardo no explica qué entiende por reducir la razonabilidad a ese cálculo y por lo tanto esta conclusión no se puede analizar.

reglas que pretenden prevenir conflictos entre derechos del área I del gráfico 4 y facilitan la persecución de los bienes que las normas constitucionales pretenden optimizar.

La tarea pendiente es insertar esas conclusiones en el contexto más amplio de una teoría de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. A partir del texto constitucional[41], esta teoría debe estar centrada en las decisiones del legislador en cuanto autoridad responsable de determinar el contenido de las normas constitucionales a través de reglas de aplicación general. Mientras el principio constitucional de reserva de ley implica la delegación de esa autoridad al legislador, el principio constitucional de especificación exige del legislador normas con estructura de reglas, esto es, mandatos concluyentes y singularizados en el sentido de estar referidos a acciones de los individuos y demás órganos estatales. La tarea del legislador es especialmente compleja porque las constituciones han ido reconociendo un número creciente de derechos fundamentales, además de otros bienes constitucionales. Aunque las razones de esta tendencia requerirían una investigación separada, las fuerzas dominantes parecen haber sido el rechazo a las muchas experiencias en que la vida, las libertades y la propiedad de las minorías y a veces de la mayoría de la población fueron gravemente atropelladas y la creencia en la necesidad de alguna redistribución de la riqueza para la legitimización de las instituciones jurídicas y políticas[42]. La teoría quizás no pueda tomar en cuenta estas fuerzas, pero su importancia también puede haberse manifestado en las decisiones legislativas y en un análisis histórico de estas decisiones sí tendrían que considerarse.

Las constituciones políticas reconocen hoy dos tipos de derechos fundamentales. Unos derechos equivalen a libertades individuales en el sentido de *permisos protegidos*; estos son los derechos individuales. Estos derechos definen un ámbito de autonomía individual dentro del cual cada uno puede hacer o no algo (esto es, el individuo tiene permiso para hacerlo pero no está obligado a hacerlo) sin que nadie

[41] Para el desarrollo de la teoría que interesa aquí, el contenido de los principios constitucionales es un dato. La explicación de este contenido requiere una aplicación distinta del análisis económico; por ejemplo, la propuesta por Dennis Mueller, *Constitutional Democracy*, cit., capítulo 14.

[42] Sobre algunos argumentos que apoyarían estas hipótesis, véase, Dennis C. Mueller, *Constitutional Democracy*, cit., capítulos 14 y 16.

pueda interferir en su decisión de hacerlo o no (por lo tanto, el permiso está protegido por la prohibición de los demás a interferir)[43]. Un segundo tipo de derechos resulta de algunas *obligaciones específicas* impuestas por las constituciones; estos son los derechos civiles y sociales. La búsqueda del bien común supone obligaciones con finalidades diversas, pero sólo si los individuos tienen acceso a remedios judiciales eficaces para el incumplimiento o la violación de las obligaciones constitucionales, se puede decir que la constitución ha reconocido derechos civiles y sociales como fundamentales. Dejando de lado la imposición de obligaciones constitucionales a todos los individuos o grupos de individuos (por ejemplo, el derecho civil derivado de la inhibición de la discriminación racial), la imposición de obligaciones constitucionales a los órganos del Estado sí ha requerido que el constituyente establezca los remedios en el texto constitucional, y cuando el constituyente no lo ha hecho, se puede suponer que no ha querido (o por lo menos cuestionar que haya querido) reconocer un derecho social. Por cierto, las distintas estructuras lógicas de los dos tipos de derechos han dificultado su análisis conjunto.

El análisis de la sección 5 tuvo en cuenta sólo el primer tipo de derechos, esto es, los permisos protegidos. Sin embargo, el análisis puede extenderse a los derechos sociales sobre la base de que el mandato de optimización de la norma constitucional también pretende la persecución de ciertos bienes en la mayor medida posible *pero asegurando alguna medida a través de imponer una obligación específica a alguien para que así sea*. El mandato de optimización reconoce un bien (educación, salud, u otro) que se quiere lograr en la mayor medida posible, pero su "esencia" es la obligación impuesta al Estado de proveerlo por lo menos en una medida mínima. Por supuesto, si el texto constitucional no define esta esencia y garantiza su cumplimiento, entonces no hay derecho fundamental. Ia similitud apuntada entre ambos tipos de derechos puede ilustrarse con el derecho a un justo proceso: los elementos detallados en las normas constitucionales se presentan como atributos esenciales de este derecho, pero igualmente se pueden considerar como los términos mínimos de la obligación específica del Estado

[43] Estos derechos pueden a su vez dividirse entre derechos humanos referidos a aquellos atributos de las personas que se consideran requisito y presupuesto para la dignidad de la persona y derechos patrimoniales referidos a cosas.

en cuanto responsable de la administración de justicia[44]. La aplicación del análisis económico a la regulación de los derechos sociales no presenta dificultades adicionales respecto a los derechos individuales: aunque las dificultades para determinar los bienes en colisión son parecidas, en principio la identificación y la evaluación de las opciones para cumplir con las obligaciones constitucionales son más simples que los desafíos planteados por las técnicas para el ordenamiento de las actividades privadas mencionadas en la sección 5.

Como toda teoría de las decisiones públicas, la teoría de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales tiene necesariamente dos componentes principales. Uno está referido al contenido de las decisiones –esto es, a su sustancia– y el otro a los órganos y procesos determinantes de la toma de las decisiones legislativas. La integración de ambos sólo es posible una vez que se haya avanzado en su análisis separadamente, aunque desde ya debe reconocerse la complejidad de la tarea[45]. Este trabajo se ha referido sólo al contenido de las decisiones legislativas y en alguna etapa posterior se extenderá al otro componente.

El análisis del contenido de las decisiones legislativas en las secciones anteriores debe extenderse para incluir dos elementos de diversa frecuencia en estas decisiones. Uno, bastante frecuente, se relaciona con la potestad reglamentaria del administrador como complemento de las decisiones legislativas, y el otro, menos frecuente, con la posibilidad de que el legislador y el administrador incurran en abusos de poder o algún otro ilícito atípico. La importancia de estos elementos depende en alguna medida de los órganos y procesos determinantes de las decisiones legislativas (y también de las decisiones administrativas), pero su consideración en el contexto del análisis del contenido de las decisiones legislativas debe dirigirse a precisar las características de la regulación que hacen necesaria la potestad reglamentaria del administrador o que hacen

[44] Para una exposición simple de la historia de este derecho en los Estados Unidos que apoya la posición del texto, véase, Jay M. Feinman, *Law 101*, New York y Oxford: Oxford University Press, 2000, Págs. 47 ss.

[45] El avance en el desarrollo de una teoría positiva de la regulación de las actividades económicas en el contexto institucional de los Estados Unidos ha sido posible gracias al fuerte interés académico.

posible los abusos de poder. Esta extensión del análisis de las secciones anteriores es también una tarea pendiente.

En resumen, este trabajo ha planteado cómo aplicar el análisis económico al estudio de los elementos centrales al estudio de las decisiones legislativas que afectan derechos fundamentales. El desarrollo en extenso de esta aplicación del análisis económico y su eventual formalización en un modelo teórico para la investigación empírica será el resultado de un proceso iterativo entre las ideas tentativas esbozadas en las secciones anteriores y la revisión comparativa de experiencias de países sobre la regulación de algunos derechos fundamentales, en particular, sobre la regulación del derecho de propiedad y del derecho de libre empresa.

Anexo

El gráfico 1 es directamente aplicable cuando ambos bienes son *privados*, esto es, situaciones en las que el consumo o el uso de una cantidad de cada bien por un individuo implica que esta cantidad no está disponible para ningún otro individuo (en esta situación se dice que hay *rivalidad* en el uso del bien). Cuando un bien es *público*, su uso por un individuo no reduce la cantidad disponible para el uso por los demás (esto es, no hay rivalidad en el uso). El gráfico 8 muestra la situación en que el bien W es privado y el bien Z es público. La diferencia esencial con el gráfico 1 es que ahora M* no es la decisión óptima porque debe tomarse en cuenta que la cantidad Z* estará disponible para los demás individuos. El beneficio que los demás individuos derivan de Z* puede o no ser internalizado en la decisión. Si el agente responsable de la decisión puede apropiarse del beneficio que los demás derivan de la disponibilidad de Z, entonces la decisión óptima será M**. En el gráfico 8, la decisión M** resulta de sumar verticalmente las curvas de indiferencia del individuo del gráfico 1 y de los demás individuos que se benefician de la disponibilidad de Z, y de suponer que el individuo del gráfico 1 puede excluir a los demás individuos del uso de Z (por cierto, este último supuesto implica que el individuo tiene la propiedad de Z).

Esos bienes públicos no deben confundirse con otros dos tipos de bienes. Unos son los bienes comunes o de acceso abierto, esto es, aquellos para los cuales la exclusión del uso o goce es imposible por su alto costo. Otros son los bienes de dominio público o demaniales, esto es aquellos que la constitución o las leyes han afectado al uso público (pero esto no significa que el acceso del público sea abierto). Estos dos tipos de bienes son alternativos a los bienes de dominio privado (es decir, el conjunto de todos los bienes pueden dividirse entre bienes de dominio privado, bienes de dominio público y bienes comunes). Los bienes públicos del análisis económico pueden pertenecer a cualquiera de estas tres categorías porque su característica distinta es la no-rivalidad en el uso o consumo.

GRAFICO 1
PREFERENCIAS Y OPORTUNIDADES
W y Z bienes privados

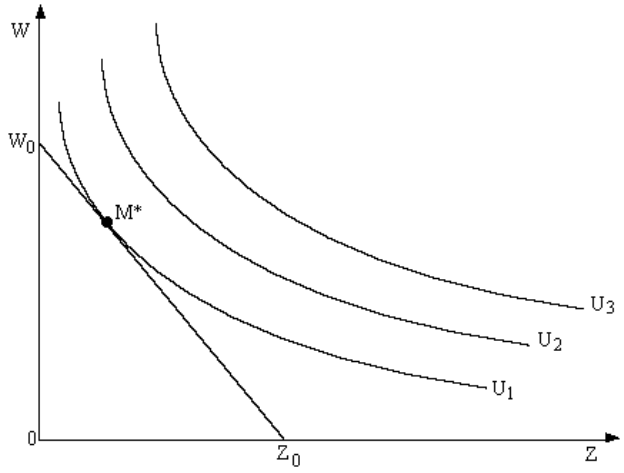

GRAFICO 2
PREFERENCIAS Y OPORTUNIDADES
W bien privado y Z bien público

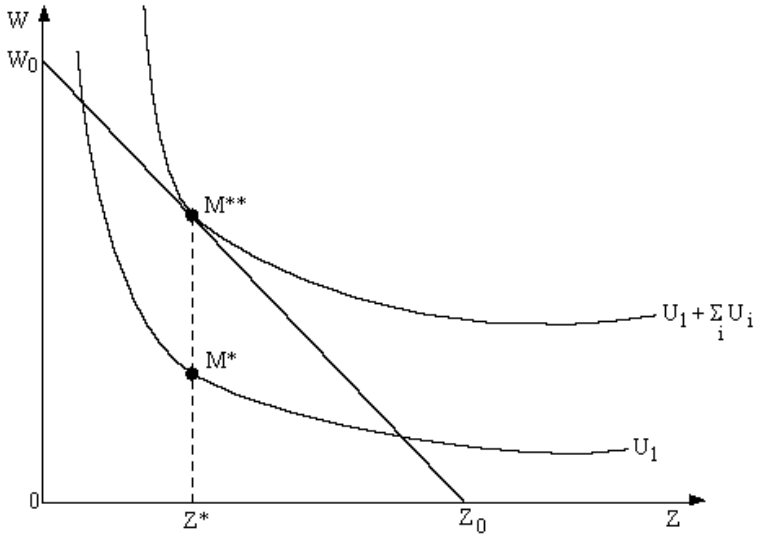

GRAFICO 3
PREFERENCIAS
W y Z bienes privados pero Z necesidad

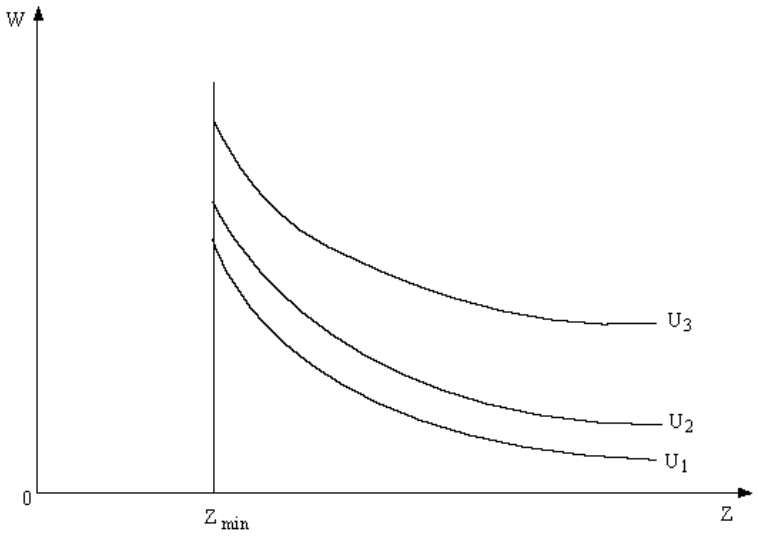

GRAFICO 4
PREFERENCIAS
W y Z bienes privados y necesidades

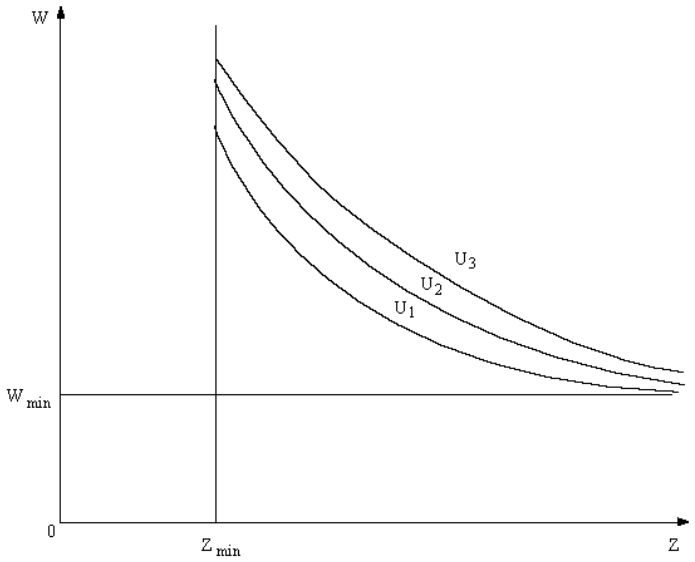

GRAFICO 5
RIQUEZA Y LIBERTAD

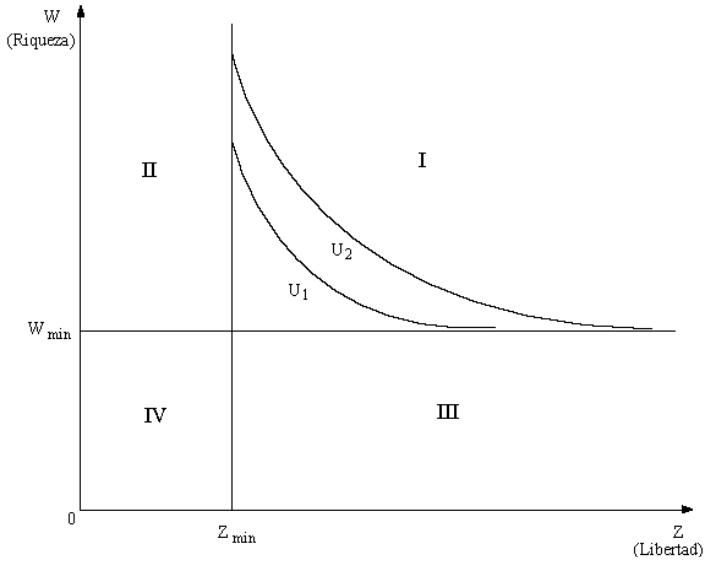

GRAFICO 6 (A y B))
PREFERENCIAS ALTERNATIVAS POR RIQUEZA Y LIBERTAD

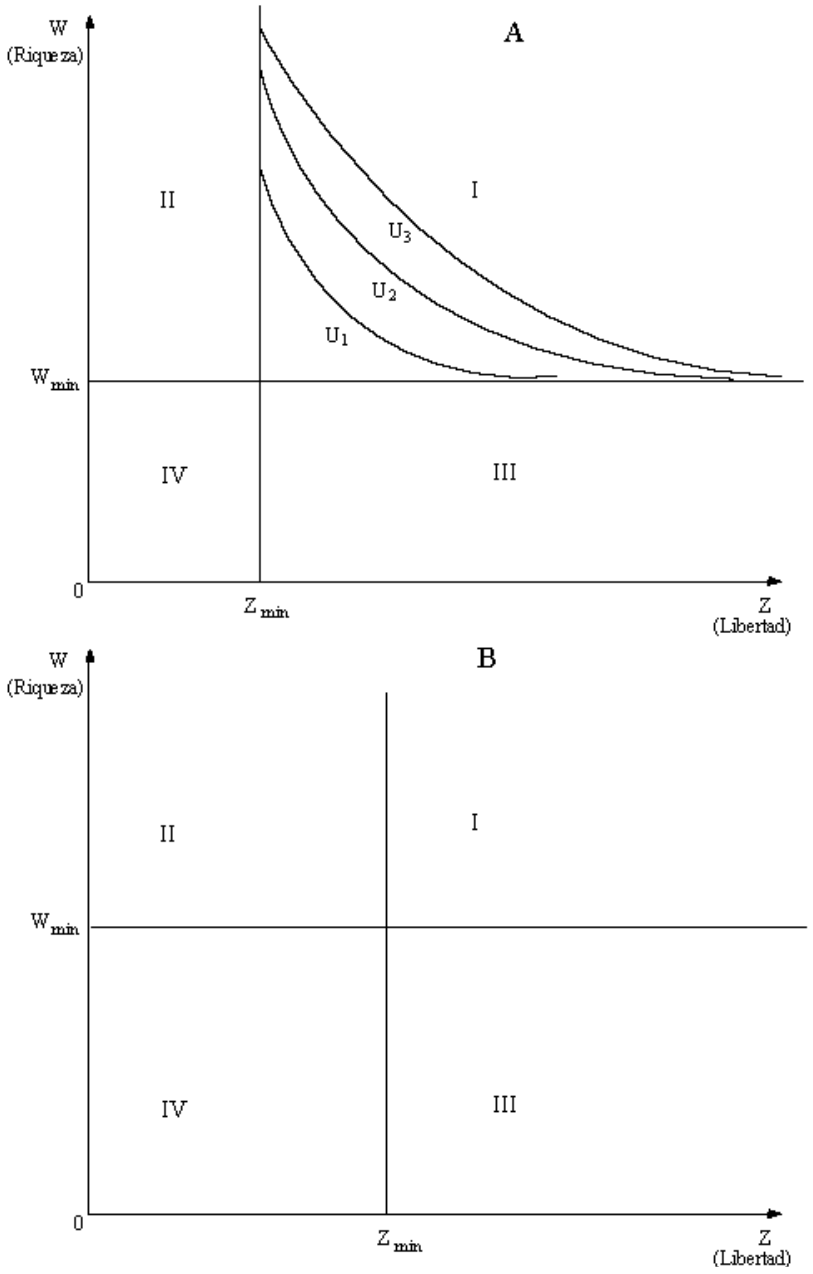

GRAFICO 7
CONJUNTOS ALTERNATIVOS DE OPORTUNIDADES

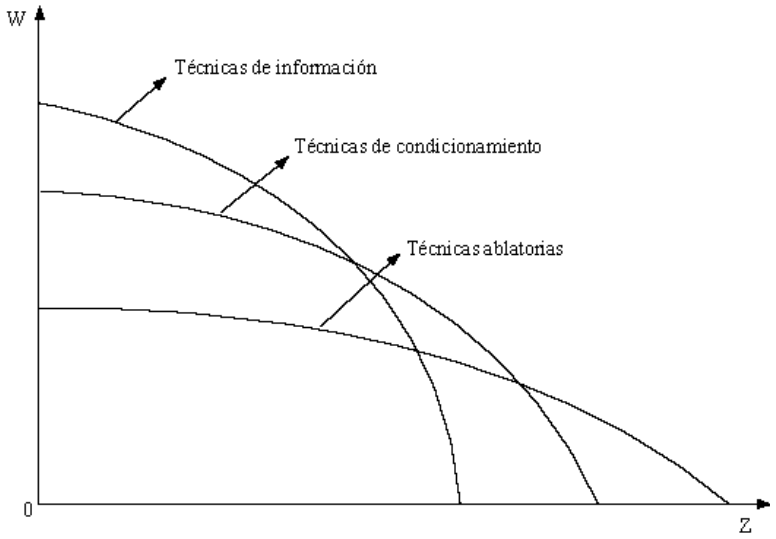
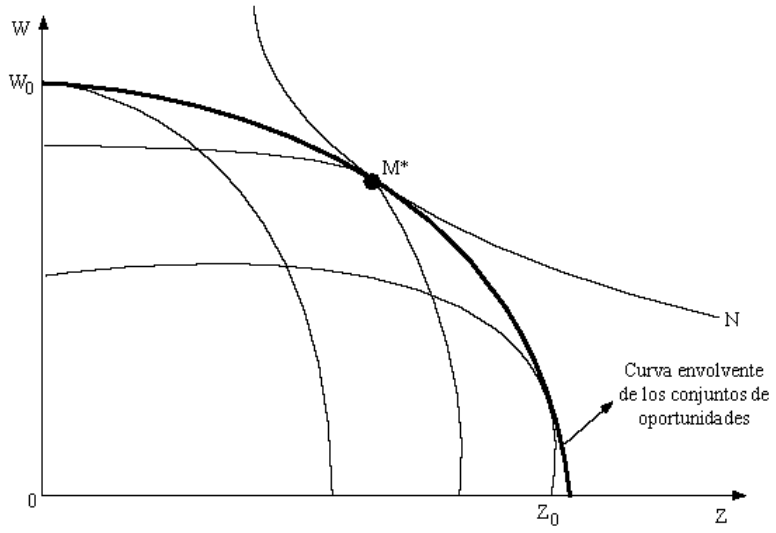
GRAFICO 8
PREFERENCIAS Y OPORTUNIDADES
W y Z derechos fundamentales