

CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.

I. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL EN SENTIDO LATO

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.

En esta investigación partiremos del concepto de «derecho fundamental como un todo» (*Grundrecht als Ganzes*), que designaremos me-

por como *derecho fundamental en sentido lato*, formulado por Robert Alexy para esclarecer la estructura de cada uno de los derechos fundamentales. De acuerdo con este concepto, todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones¹ y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental².

Analicemos separadamente los tres conceptos que componen esta definición, es decir: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental.

2. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL

Las *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales³. Como hemos mencionado anteriormente, en la doctrina constitucional española parece aceptarse por consenso, que sólo los enunciados que conforman el Capítulo II del Título I CE deben ser catalogados como disposiciones de derecho fundamental. No obstante, algunos autores han advertido que estos enunciados también regulan fenómenos jurídicos de índole diversa⁴. Asimismo, en ocasiones la jurisprudencia ha extendido a otros enunciados constitucionales la calificación de disposiciones de derecho fundamental, pero siempre, bajo el entendido de que tie-

¹ En un sentido similar, M. Medina Guerrero sostiene que todo derecho fundamental puede entenderse como «un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación —conectado con el ámbito material que da nombre al derecho— que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares». Vid. *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pp. 11; y L. Aguiar de Luque sostiene que «Los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos». Vid. «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», *RDP*, núm. 18 y 19, 1983, pp. 20.

² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 240.

³ *Ibidem*, pp. 63.

⁴ Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, *op. cit.*, pp. 31; L. MARTÍN-RETORTILLO Baquer, «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en I. DE OTTO e ID., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 84 y ss.; A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, tomo II, pp. 635 y ss.; y L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.

nen una conexión interpretativa con las disposiciones del Capítulo II del Título I CE⁵.

A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental.

3. LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

Entendidas de acuerdo con el concepto semántico de norma⁶, las *normas de derecho fundamental* se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental⁷. En otros términos, las normas de derecho fun-

⁵ Como ejemplo puede citarse el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado al artículo 119 CE, como derecho vinculante para el Legislador, en razón de su nexa con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE: «El derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 C.E.) es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, al llevar a cabo la referida configuración legal, el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos, como el que aquí nos ocupa, en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional» STC 16/1994, FJ 3º. Con posterioridad, en el FJ 4º de la STC 12/1998, el Tribunal Constitucional incluso ha llegado a enjuiciar la proporcionalidad de las restricciones legislativas impuestas al derecho enunciado por el artículo 119 CE: «a la luz de esta doctrina constitucional, no cabe afirmar que el requisito de la sostenibilidad de la pretensión del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, requisito que ha sido impuesto por el legislador en el marco de su libertad de configuración normativa del derecho consagrado en el artículo 119 C.E., y mediante el que se instaura un límite legal al libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes para litigar, no goce de una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada».

⁶ Vid. sobre el concepto semántico de norma: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁷ Vid. sobre el carácter prescriptivo de las normas en general: la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, Porrúa, México, 1993, pp. 17 y ss.

damental son un conjunto de proposiciones que prescriben el *deber ser* establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución⁸.

La diferencia entre las disposiciones y las normas de derecho fundamental es una especie de la distinción genérica entre las disposiciones y las normas, conocida en la teoría jurídica. De acuerdo con V. Crisafulli, se denomina disposición jurídica a la formulación «constitutiva», «precedente» y «condicionante» de una norma, incluida en el texto de una fuente del derecho⁹. Correlativamente, las normas se definen como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas; son el resultado de su interpretación y la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como Derecho objetivo. Del mismo modo, según R. Guastini, mientras la disposición jurídica es «un enunciado legislativo (o de manera más general, un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente de derecho)», la norma es «el contenido semántico de un enunciado legislativo». La disposición está expresada en el lenguaje de las fuentes del Derecho y es el objeto de la interpretación, al paso que la norma consiste en un enunciado del lenguaje de los intérpretes y constituye el resultado de la interpretación¹⁰.

La diferencia entre disposición y norma también se ha difundido en la teoría jurídica española y ha sido adoptada por algunos autores latinoamericanos, aunque a veces con una terminología diversa. M. Atienza y J. Ruiz Manero distinguen por ejemplo entre las «oraciones jurídicas» (las disposiciones) y los «enunciados jurídicos» (las normas), que se entienden como «oraciones jurídicas significativas,

⁸ Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 53; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., pp. 11.

⁹ Vid. V. CRISAFULLI, Voz: «Disposizione (e norma)», *Enc. dir.*, tomo XIII, 1964, pp. 165 y ss. y 203 y ss.

¹⁰ Vid. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 17 y ss.; Íd., *Dalle fonti alle norme*, G. Giappichelli, Torino, 1990, pp. 17 y ss. Guastini sostiene: «llamo disposición a todo enunciado que sea parte de un documento normativo, o sea a todo enunciado del discurso de las fuentes»; «llamo norma a todo enunciado que constituya el sentido o significado adscrito (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En otros términos, se puede también decir así: la disposición es (parte de) un texto que aún debe ser interpretado; la norma es (parte de) un texto interpretado». También para V. Crisafulli la norma es el producto de la interpretación. Vid. Voz: «Disposizione (e norma)», op. cit., pp. 204. Vid. asimismo sobre la distinción entre disposición y norma: G. ZAGREBELSKI, *Giustizia Costituzionale*, op. cit., pp. 39 y ss.

esto es, interpretadas»¹¹. Por su parte, C. S. Nino distingue entre el texto o el acto lingüístico (la disposición) y la proposición normativa (la norma). Por proposición normativa comprende: «un juicio que califica como debido, prohibido o permitido cierto comportamiento» y que «constituye el significado del acto lingüístico, la referencia del punto de vista interno a la práctica social, o la interpretación del texto...»¹². Por último, J. J. Moreso diferencia entre las «prescripciones» o las «reglas prescriptivas» y las «normas», definidas estas últimas como el «significado de las prescripciones»¹³.

4. LAS POSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO

El último elemento del derecho fundamental en sentido lato es la *posición de derecho fundamental* o el derecho fundamental en sentido estricto¹⁴. Las posiciones de derecho fundamental constituyen el correlato de las normas de esta misma naturaleza. Con bastante frecuencia, cuando los operadores jurídicos se refieren a los derechos fundamentales, en realidad hacen alusión a las posiciones de derecho fundamental, como por ejemplo, cuando un peticionario en amparo alega tener un derecho fundamental a emitir programas de televisión sin censura estatal. El derecho fundamental a emitir ciertos programas de televisión sin censura estatal es una posición iusfundamental establecida por una norma de este mismo carácter, adscrita al artículo 20 CE.

Ahora bien, las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Como tales, las posiciones de derecho fundamental son una especie de la amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. Diversas investigaciones han analizado la estructura de los múltiples tipos de

¹¹ Vid. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. XIII, nota al pie número 2.

¹² Vid. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 40.

¹³ Vid. J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 19.

¹⁴ Vid. sobre la denominación de las posiciones de derecho fundamental como derechos fundamentales: M. BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 59, 2000, pp. 31, nota 5. Esta denominación es bastante frecuente en la doctrina, la jurisprudencia y en el uso común del lenguaje. Aquí adicionamos el calificativo «en sentido estricto», para diferenciar las posiciones de derecho fundamental del derecho fundamental como un todo o derecho fundamental en «sentido lato».

relaciones que se presentan en los ordenamientos jurídicos. En la próxima parte mencionaremos algunos de estos tipos de relaciones jurídicas, cuando estudiemos las diversas posiciones que establecen los derechos fundamentales liberales, democráticos y prestacionales. Baste indicar por ahora que las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que, en su forma más común¹⁵, presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo¹⁶ (figura 1).

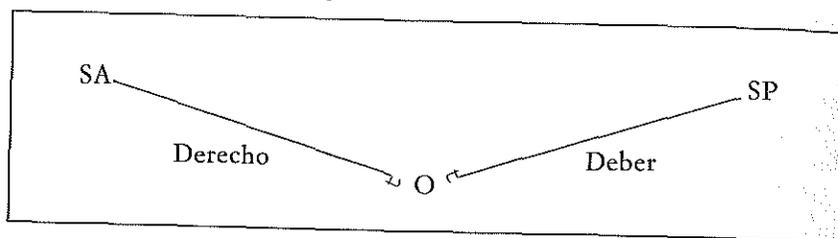


FIGURA 1.—La posición de derecho fundamental.

SA: sujeto activo

SP: sujeto pasivo

O: objeto (una conducta de acción o de omisión)

¹⁵ La forma más común de las posiciones de derecho fundamental son los derechos a algo. De acuerdo con R. Alexy, las competencias y las libertades son otras dos clases pertenecientes a estas posiciones. Vid. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 186 y ss. Este sistema de tres tipos de posiciones iusfundamentales, propuesto por R. Alexy, se basa en las investigaciones anteriores de Hohfeld y de Bentham. Vid. el sistema de W. N. Hohfeld en *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. 47 y ss. El de Bentham en J. BENTHAM (HLA. HART Edt), *Of Laws in General*, University of London-The Athlone Press, Londres, 1970, pp. 57, 58 y 84. Vid. sobre estos sistemas: H. L. HART, «Legal Rights», en ÍD., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 162 y ss. De estos sistemas, quizás ha sido el de Hohfeld el que más resonancia haya tenido en la doctrina española. Vid. al respecto: M. ATIENZA, «Una clasificación de los derechos humanos», *ADH*, Núm. 4, 1986-1987, pp. 29 y ss., quien ha utilizado la tipología de Hohfeld para clasificar los derechos del Título I de la CE. Más recientemente: G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., Madrid, 1995, pp. 462 y ss.

¹⁶ Vid. sobre la estructura de estas posiciones iusfundamentales: R. ALEXY, «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrá-

Este esquema presenta una gran versatilidad, porque permite reconstruir las variadas posiciones de derecho fundamental —los derechos de defensa, los derechos de prestación, las garantías institucionales, etc.—, mediante la indicación del sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto que sean pertinentes¹⁷. De esta manera, las posiciones iusfundamentales de defensa tienen por objeto una abstención estatal, es decir, una omisión que el sujeto activo, un particular, puede exigir de un poder del Estado que se sitúa en el lugar del sujeto pasivo. En todo derecho de defensa un particular tiene un derecho fundamental a que el Estado omita una acción. Por el contrario, el objeto de las posiciones iusfundamentales de prestación es una conducta positiva del Estado. En las posiciones de prestación, el sujeto activo tiene un derecho fundamental a que el Estado realice un comportamiento. Por su parte, las llamadas garantías institucionales son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una específica abstención; las garantías institucionales prescriben a los poderes del Estado —al Legislador por antonomasia— el deber de abstenerse de abolir una determinada institución: el matrimonio, el sufragio o la propiedad.

Entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria. R. Alexy lo ha enunciado de la siguiente manera: «si un derecho existe, debe valer una norma que garantice la existencia de ese derecho»¹⁸. Expresado en sentido contrario, cada vez que una norma de derecho fundamental garantiza una determinada posición de este mismo carácter, es preciso concluir que esta posición existe y que debe ser jurídicamente protegida. El objeto de toda posición iusfundamental es una conducta o una omisión del

«ticio», *D&L*, núm. 8, 2000, pp. 12 y ss.; ÍD., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 182 y 183.

¹⁷ Vid. sobre la variedad de posiciones de derecho fundamental: J. M. BAÑO LEÓN, «La distinción entre derechos fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 158 y ss. Asimismo, sobre la dimensión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos: M. C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 261 y ss.

¹⁸ R. ALEXY, «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático», op. cit., pp. 12. De un modo similar había concebido Kelsen, en la primera edición de *Teoría pura del Derecho*, el nexo de implicación necesaria entre el deber de un sujeto en una relación jurídica y la norma jurídica que lo tipifica: «un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción». Vid. *Teoría pura del derecho*, primera edición, op. cit., pp. 121.

destinatario, que está ordenada, prohibida o permitida por una norma de derecho fundamental, o una sujeción, correlativa a una competencia estatuida por una norma de esta índole.

El nexo de implicación necesaria entre las normas y las posiciones de derecho fundamental adquiere un valor crucial desde la perspectiva de esta investigación. Cuando los juristas debaten acerca de los derechos fundamentales en teoría o en la práctica, plantean muy a menudo las discusiones en términos de posiciones de derecho fundamental. Es usual que los jueces en las cuestiones de inconstitucionalidad, o los demandantes en los recursos de amparo, aleguen la existencia de un derecho fundamental a que cierta acción sea acometida u omitida por el Estado y que el Tribunal Constitucional se exprese en sus sentencias de la misma manera¹⁹. Sin embargo, en estos casos también puede plantearse el problema en términos de normas de derecho fundamental. La pregunta que en estas situaciones puede proponerse de modo equivalente, es si cierta norma de derecho fundamental tiene validez a partir de las disposiciones de la Constitución. Siempre que se alega la existencia de una posición iusfundamental, se alega también implícitamente la validez de la norma que la establece.

El nexo de implicación entre las normas y las posiciones iusfundamentales puede comprenderse mejor mediante un ejemplo. En la STC 11/1981 se declaró inconstitucional el apartado 7 del artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/77, por violar el derecho de huelga. Este apartado establecía literalmente lo siguiente: en caso de huelga, «corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar [...] servicios... necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa», servicios que hubiesen sido esti-pulados como tales por el comité de huelga. A juicio del Tribunal Constitucional, el ejercicio unilateral de esta potestad por parte del empresario privaba «a los trabajadores designados de un derecho [...] de carácter fundamental»²⁰, vinculado interpretativamente al

¹⁹ Por citar sólo un ejemplo: Vid. la famosa frase acuñada por el Tribunal Constitucional en la STC 105/1990, FJ 8º, y repetida en varias sentencias posteriores: «La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto». El Tribunal Constitucional expresa por medio de este enunciado, que la posición iusfundamental «derecho al insulto» no está garantizada por la Constitución.

²⁰ El Alto Tribunal se refiere en concreto al derecho individual de cada trabajador a declararse o no en huelga.

derecho de huelga del artículo 28.2 CE²¹. De esta manera, el Tribunal Constitucional reconoció que los trabajadores son titulares de un derecho fundamental en sentido estricto a no ser designados unilateralmente por el empresario para prestar los servicios necesarios durante la huelga. Por efecto del nexo de implicación necesaria entre las posiciones y las normas, el reconocimiento de la existencia de esta posición iusfundamental implica asimismo la validez de una norma de derecho fundamental, vinculada interpretativamente al artículo 28.2 CE²². Esta norma de derecho fundamental *prohíbe* al empresario la designación unilateral de dichos trabajadores en los casos de huelga y *prohíbe* asimismo al Legislador atribuir al empresario dicha potestad. A esta última norma, la prohibición dirigida al Legislador, corresponde una posición de derecho fundamental que reviste la siguiente estructura:

Sujeto activo: los trabajadores.

Sujeto pasivo: el Legislador.

Objeto: una omisión (no atribuir al empresario la potestad de designar unilateralmente a los trabajadores que deben prestar los servicios necesarios durante la huelga).

En esta relación jurídica, el Legislador tiene el deber iusfundamental de no atribuir al empresario la competencia para designar unilateralmente a los trabajadores que deben prestar los servicios necesarios durante la huelga. Por su parte, los trabajadores tienen el derecho fundamental a que el Legislador omita esta atribución.

Este nexo de implicación entre las normas y las posiciones de derecho fundamental, observado en el ejemplo, puede generalizarse. De este modo, siempre que se indaga si un derecho fundamental en sentido estricto está garantizado por la Constitución, implícitamente se plantea el problema de si la norma de derecho fundamental que lo establece es válida a partir de las disposiciones constitucionales. A la vez, al hilo de esta generalización se advierte que las normas iusfundamentales son el elemento clave de la estructura del derecho fundamental en sentido amplio. Como hemos visto, dichas normas prescriben el

²¹ La Sentencia atribuye esta facultad, en consecuencia, al comité de huelga: «La adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza...». STC 11/1981, FJ 20º.

²² Recordemos que su texto establece: «Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

«deber ser» que conforma el contenido normativo de las disposiciones iusfundamentales y establecen las posiciones que la Constitución garantiza. Esta conclusión, sumada a razones de claridad conceptual, aconseja emprender el análisis acerca de la función del principio de proporcionalidad sobre la base de las normas de derecho fundamental y del problema de su validez.

II. LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. DEFINICIÓN

Las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista formal, la respuesta a este interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución —por ejemplo, si una ley relativa al «desarrollo» de un derecho fundamental ha sido expedida con las formalidades propias de la ley orgánica (art. 81.1 CE)— y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene.

Aquí nos centraremos únicamente en el plano material de este control de constitucionalidad. En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derecho²³. La incompatibilidad entre el contenido

²³ La vulneración de un derecho fundamental es un caso específico de inconstitucionalidad de la ley. La idea de que la inconstitucionalidad de la ley se produce cuando su contenido es incompatible con el de la Constitución fue expuesta por Kelsen en su etapa clásica. Según Kelsen, la ley es inconstitucional por razones materiales, cuando su contenido «contradice el contenido de los principios o directivas establecidos por la Constitución, es decir cuando traspasa los límites allí impuestos». Vid. «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en *Íd.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 116 (Hemos traducido esta cita de una manera un poco distinta a la traducción publica-

de la ley y el contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. De este

da en castellano para ajustarla más al texto original: «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit», *VVDStRL*, núm. 5, 1929, pp. 37.). Vid. sobre este concepto de inconstitucionalidad en la doctrina de Kelsen anterior a este escrito paradigmático: «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates», *ARWP*, vol. 17, núm. 4, 1923, pp. 407. No obstante, es pertinente aclarar que la concepción de Kelsen acerca de los conflictos normativos —de los cuales la inconstitucionalidad es una especie—, basada en la idea de incompatibilidad o de «contradicción», fue modificándose a lo largo del tiempo. Así, (1) Kelsen opinaba en 1913 que dos normas jurídicas eran susceptibles de entrar en contradicción y que cuando esta situación se presentaba, una de las dos normas en conflicto no podía ser considerada como una norma jurídica: «De dos normas contradictorias entre sí, que pretenden simultáneamente ser válidas, sin que una sea capaz de derogar a la otra, sólo una puede ser reconocida como norma jurídica». Vid. *Íd.*, «Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft», *AöR*, núm. 31, 1913, pp. 200. Vid. sobre esta primera concepción de Kelsen relativa a los conflictos normativos: S. PAULSON, «Kelsen's Early Work on Material and Formal Unity», en *AAVV (A. AARNIO et al. ed.)*, *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, Juristförlaget, Lund, 1997, pp. 333. (2) Posteriormente, en la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen señaló que la inconstitucionalidad de la ley no es de ningún modo una «contradicción lógica entre la ley y la Constitución», sino «una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la supresión de la ley —hasta entonces válida y por consiguiente constitucional—, ya sea a sancionar a un determinado órgano». *Teoría pura del derecho*, primera edición, *op. cit.*, pp. 157 (También aquí hemos variado algunas palabras de la traducción publicada en castellano, para incluir una cita más fidedigna al original: *Reine Rechtslehre —1. Auflage—*, Scientia Verlag Aalen, Viena, 1994, pp. 86). (3) En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen defendió en cambio la tesis fuerte, según la cual, el concepto de «contradicción lógica» no es aplicable a los conflictos normativos, porque las normas no pueden ser catalogadas ni como falsas ni como verdaderas. Sin embargo, de acuerdo con el Kelsen de esta época, el concepto de «contradicción» sí es aplicable a estos conflictos de manera indirecta. Vid. *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán, *op. cit.*, pp. 273 y ss., sobre todo 277 y ss. Esta aplicación indirecta se fundamenta en la tesis kelseniana de la equivalencia entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y enunciado jurídico (*Rechtssatz*). Conforme a esta tesis, «un enunciado jurídico correspondiente a una norma jurídica dada es verdadero, si-y sólo si-esa norma es válida» (vid. sobre la reconstrucción de esta equivalencia: S. PAULSON, «Zum Problem der Normenkonflikte», *ARSP*, vol. 66, 1980, pp. 494 —la cita en cursivas es de Paulson—). (4) Por último, Kelsen rechazó expresamente esta tesis fuerte en su fase escéptica. Entonces sostuvo: «(E)ntre la verdad de un enunciado y la validez de una norma no existe ningún tipo de paralelismo o analogía [...]. Si existiera una analogía o un paralelismo [...] el principio de exclusión de las contradicciones que encuentra aplicación cuando dos enunciados están en conflicto, debería aplicarse también, o por lo menos por analogía, cuando dos normas están en conflicto. De esta manera, así como de dos enunciados en conflicto sólo uno puede

modo parece ofrecerse tan sólo una definición circular, porque el concepto de «conflicto» no significa en este contexto nada distinto a la noción de «incompatibilidad». Sin embargo, esta definición no resulta de ningún modo inane, porque aclara que los conflictos entre la ley y los derechos son conflictos entre normas jurídicas, o más específicamente, conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas establecidas por las disposiciones legales. Un conflicto de esta índole se presenta cuando una norma de derecho fundamental y una norma legal no pueden ser cumplidas simultáneamente, porque el deber jurídico que prescribe una de ellas, es incompatible con el deber jurídico prescrito por la otra. Por esta razón, si se obedece una de las normas, se vulnera necesariamente la norma contraria²⁴. Este supuesto se presenta, por ejemplo, cuando una norma de derecho fundamental prohíbe un determinado comportamiento cuya realización está ordenada por una norma legal²⁵; o cuando una norma de derecho funda-

ser verdadero, y portanto el otro debe ser falso, de dos normas en conflicto debería valer sólo una y la otra debería ser inválida; pero este no es el caso». Vid. «Die Grundlage des Naturrechts», *ÖZöR*, núm. 13, 1963, pp. 2. Vid. sobre esta última concepción kelseniana de los conflictos normativos: S. PAULSON, «Zum Problem der Normenkonflikte», *op. cit.*, pp. 496 y ss.; y sobre todo: B. CELANO, *Dovere essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1998, todo el capítulo V, pp. 232 y ss.

²⁴ Vid. T. ZOGLAUER, *Normenkonflikte. Zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, Frommann Holzboog, Stuttgart, 1998, pp. 99; O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, Duncker & Humblot, Berlín, segunda edición ampliada, 1989, pp. 235. También sobre los conflictos normativos: C. E. ALCHOURRÓN, «Los conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en ÍD. y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 291 y ss.

²⁵ En este caso, la norma de derecho fundamental establece la prohibición de un comportamiento (Fq), mientras que la norma legal ordena su realización (Oq). Dado que la prohibición de un comportamiento es idéntica al mandato de no llevarlo a cabo ($Fq = O\sim q$), aparece clara la contradicción deóntica entre dos normas que a la vez ordenan respectivamente la realización y la no realización de un comportamiento ($Oq \wedge O\sim q$). Vid. sobre el concepto de «contradicción deóntica» y sus diferencias con la contradicción entre enunciados no normativos: T. ZOGLAUER, *Normenkonflikte*, *op. cit.*, pp. 99; J.-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 83 y ss. y 93 y ss. (Sieckmann habla exactamente de «contradicciones normativas»); y O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, *op. cit.*, pp. 236 y ss. (Weinberger utiliza las expresiones: «incompatibilidad» o «inconsistencia» entre enunciados de deber ser). En lo sucesivo, cuando hagamos alusión al concepto de contradicción, debe entenderse que nos referimos siempre a contradicciones deónticas.

mental permite un comportamiento que una norma legal ordena²⁶ o prohíbe²⁷.

Los conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas legales deben solucionarse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal. Esta solución se deriva del principio de supremacía de la Constitución y de vinculación del Legislador a los derechos fundamentales (art. 9.1 y 53.1 CE). Las normas de derecho fundamental están dotadas en el ordenamiento jurídico de una jerarquía superior a las normas legales y, por lo tanto, las derogan en todo caso de conflicto.

2. LA FUNDAMENTACIÓN INTERNA Y EXTERNA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE SE LLEVA A CABO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El control de constitucionalidad de las leyes es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión jurisdiccional. Como toda decisión jurisdiccional, el fallo contenido en la sentencia de constitucionalidad debe ser fundamentado. Las decisiones de la jurisdicción no revisten únicamente el carácter de actos de autoridad, proferidos en ejercicio de poderes discrecionales similares a los del Legislador o la Administración, sino que se reconocen como el resultado de una fundamentación jurídica.

Ahora bien, la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales se proyecta en dos dimensiones: una interna y una externa. La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan; por su parte, la fundamentación externa es el razonamiento en el que se determinan las premisas que componen la fundamentación interna²⁸ y de las cuales se sigue la decisión contenida en el fallo.

²⁶ La contradicción deóntica se genera en este caso porque la permisón del comportamiento P(q), prescrita por la norma de derecho fundamental, abarca tanto la permisón de realizarlo (Pq), como la de no llevarlo a cabo (P~q). Esta última parte de la permisón es incompatible con el mandato de realizar el comportamiento (Oq) que prescribe la norma legal: $(P\sim q \wedge Oq)$.

²⁷ La contradicción deóntica se genera en este caso, porque la permisón del comportamiento P(q), contenida en la norma de derecho fundamental, abarca tanto la permisón de no realizarlo (P~q), como la de llevarlo a cabo (Pq). Esta última parte de la permisón es incompatible con el prohibición de realizar el comportamiento (Fq) que prescribe la norma legal: $(Pq \wedge Fq)$.

²⁸ Vid. sobre estas dos dimensiones de la fundamentación de las decisiones judiciales: J. WRÓBLEWSKI, «Legal decision and its justification», en AAVV, *Le raisonne-*

R. Alexy²⁹ ha aclarado que la fundamentación interna de toda decisión jurisdiccional consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), mediante una cadena de normas cada vez más concretas. Este tránsito reviste básicamente la estructura de un silogismo, conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión³⁰. La premisa mayor es una norma general,

ment Juridique, Huobert Hubien, Bruselas, 1971, pp. 412; Íd., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *RT*, núm. 5, 1974, pp. 39 y ss.; Íd., «Justification of Legal Decision», *RIPh, La Nouvelle Rhétorique. Essais en hommage à Chaim Perelman*, núm. 127-128, 1979, pp. 277 y ss.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 100 y ss.; A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 166, e Íd., «La respuesta correcta única y el principio de la mayoría», en Íd., *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, Fontamarrá, México, 1995, pp. 51 y ss.

²⁹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 214 y ss.

³⁰ El concepto de fundamentación interna procede del concepto de subsunción. En relación con el concepto de subsunción puede distinguirse entre una noción fuerte y una noción débil. Una noción fuerte de subsunción es aquella que fue propugnada por los defensores del denostado «dogma de la subsunción» (vid. sobre este dogma y su crítica: A. KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 115 y ss.; L. PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 26; A. NIETO, *El arbitrio judicial*, op. cit., pp. 118 y ss.; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990, pp. 25 y ss.; 36 y ss.; y T. MAZARESSE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 27 y ss.) Según este dogma, propio de la doctrina del formalismo interpretativo, la función de aplicar el Derecho atribuida a los jueces consiste en la subsunción, que se entiende como la actividad de deducir la norma individual contenida en la sentencia de la norma general contenida en la ley, mediante un estricto y mecánico silogismo —del modo Bárbara—. De un concepto tal de subsunción hablaba Beccaria, cuando sostenía que el juez es un lógico que realiza un silogismo perfecto, en el cual «la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena» (vid. C. BECARRÍA, *De los delitos y de las penas*, op. cit., pp. 120) y Montesquieu, cuando señaló que la jurisdicción tenía un poder «nulo de todas las maneras», pues sólo podía ser considerada como «la boca que pronuncia las palabras de la ley» (vid. B. MONTESQUIEU, *De L'esprit des Loix*, París, Société les BELLES Lettres, 1950, tomo segundo, libro undécimo, capítulo sexto, pp. 68). La intensa crítica antiformalista contra este dogma llevó a la formulación de un concepto débil de subsunción. Esta crítica hizo ver que la aplicación judicial no puede prescindir de valoraciones y de decisiones, relativas sobre todo a la inclusión y exclusión de los casos reales bajo el supuesto de hecho de las normas jurídicas y que por lo tanto, no puede explicarse como un proceso matemático objetivo, como un mero juego de relaciones lógicas. Kelsen, por ejemplo, ya toma partido por un concepto débil de subsunción, que admite no ser una pura deducción y que subraya la necesi-

establecida por una disposición perteneciente a una de las fuentes del Derecho. La premisa menor, de su lado, consiste en un juicio que da cuenta del cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general, por parte del comportamiento examinado. Finalmente, la conclusión es una norma particular, contenida en el fallo, que se sigue de las premisas mayor y menor.

A nuestro modo de ver, la estructura general de la fundamentación contenida en las sentencias de constitucionalidad que versan sobre las leyes de intervención en los derechos fundamentales puede ser explicada también por medio del concepto de fundamentación interna o de silogismo judicial, aplicado desde luego con los matices propios de este nivel, es decir, con las particularidades que diferencian al juicio sobre la ley de cualquier otra aplicación jurisdiccional del derecho. Las particularidades más representativas de este tipo de control de las leyes pueden sintetizarse en las siguientes tres observaciones:

- a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que toda norma de derecho fundamental puede ser expresada de dos maneras diferentes: de forma imperativa o de forma condicional hipotética. La forma canónica de la notación imperativa de una norma de derecho fundamental es: (O¬q) (que significa: el comportamiento (¬q) está ordenado iusfundamentalmente o lo que es igual: (Vq) el comportamiento (q) está iusfundamentalmente prohibido). Por su parte, la forma canónica de una norma iusfundamental denotada de modo condicional hipotético es: «si q, entonces ORx» (que significa: en caso de que se realice el comportamiento q, está iusfundamentalmente ordenado imponer la sanción Rx)³¹. Lo que se expresa mediante esta segun-

sidad de la mediación de razonamientos adicionales para concretar la premisa mayor y la premisa menor del silogismo (vid. *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., pp. 160). Según este concepto débil de subsunción, muy desarrollado después de Kelsen por otros autores, la subsunción se identifica con la noción de fundamentación interna de la decisión judicial, que se complementa con una fundamentación externa. Vid. por ejemplo, J. WRÓBLEWSKI, «Il silogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale», AAVV (P. COMANDUCCI y R. GUASTINI eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1987, pp. 297. De acuerdo con WRÓBLEWSKI: «La justificación en forma silogística es una justificación interna».

³¹ Vid. sobre la diferencia entre las dos formas de expresar una norma, la imperativa y la hipotética, y un detallado análisis de éstas en la teoría de Kelsen: S. PAULSON, «Zwei Wiener Welten und ein Anknüpfungspunkt: Carnaps "Aufbau", Kelsens Reine Rechtslehre und ihr Streben nach Objektivität», en AAVV, *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*, Viena, 2001.

da forma de notación abarca aquello que se expresa mediante la primera. Cuando se establece que está iusfundamentalmente ordenado imputar la sanción Rx al comportamiento q, se prescribe también, implícitamente, que el comportamiento q está prohibido, o, lo que es igual, que el comportamiento contrario a q, esto es ($\neg q$), está ordenado iusfundamentalmente.

- b) En segundo lugar, en virtud del principio de supremacía de la Constitución y de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales, debe considerarse que el Legislador es un destinatario expreso o tácito de todas las normas iusfundamentales³². De este modo, aunque el Legislador no aparezca mencionado específicamente por una norma de derecho fundamental, esta norma le impone implícitamente el deber de no contradecir lo que prescribe. Explicado mediante un ejemplo, a partir del artículo 22.1 CE puede fundamentarse el derecho de los particulares a asociarse o a no asociarse, es decir, el derecho fundamental a decidir con plena libertad si desean formar parte o no de una determinada asociación³³. Este derecho fundamental en sentido estricto está establecido por una norma que prescribe la permisión de asociarse (Pq) y la permisión de no asociarse (P \neg q). Dado que el Legislador está vinculado a los derechos fundamentales, ha de entenderse que esta norma iusfundamental no se dirige sólo a los particulares, sino que también incluye a este poder del Estado dentro del conjunto de sus destinatarios. Cuando la permisión de asociarse se dirige al Legislador, cobra caracteres propios y se transforma en la prohibición de contradecir lo prescrito por la nor-

³² La Constitución Española establece claramente que los derechos fundamentales vinculan al Legislador y, por lo tanto, que el Legislador es destinatario de los derechos fundamentales. Esta vinculación se establece en los artículos 9.1 y 53.1 CE, cuyos textos, en la parte referente al Legislador, se sintetizan en los siguientes enunciados: 1. El Legislador está sujeto a las disposiciones iusfundamentales de la Constitución Española (art. 9.1). 2. El Legislador está vinculado a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I CE (art. 53.1). 3. El Legislador debe respetar el contenido esencial de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I CE (art. 53.1). Los conceptos «sujeción», «vinculación» y «respeto del contenido esencial», aludidos por los artículos 9.1 y 53.1 CE, implican que las normas estatuidas por las disposiciones del Capítulo II del Título I CE tienen como destinatario al Legislador, quien tiene el deber jurídico de no contradecirlas.

³³ Vid. sobre este derecho fundamental en sentido estricto, entre muchas otras la STC 5/1981, FJ. 19º.

ma que la estatuye. De esta manera, está prohibido al Legislador contradecir la permisión de asociarse, bien sea mediante una ley que prohíba a los particulares asociarse (Vq) o mediante una ley que les imponga el deber de pertenecer a una específica asociación (Oq).

- c) Por último, también en virtud del principio de supremacía de la Constitución y de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales, pero además, en razón de la existencia de los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, previstos por la Constitución, y de lo prescrito por los artículos 161 y 164 CE y 39 y 40 LOTC³⁴, debe entenderse que toda norma iusfundamental dirigida al Legislador y formulada de modo imperativo, puede también ser formulada de manera condicional hipotética, y que en esta forma, la sanción correspondiente es la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otros términos, toda norma iusfundamental de la forma: (O \neg q), puede ser expresada también de la manera: «si q, entonces ORx», en donde el destinatario de la orden (O \neg q) es el Legislador y la sanción (Rx) consiste en la declaración de inconstitucionalidad de la ley. De este modo, si el Legislador contradice el mandato contenido en esta norma, la norma legal que genera la contradicción debe ser declarada inconstitucional.

En síntesis, las tres consideraciones anteriores llevan a la siguiente conclusión: toda norma iusfundamental, expresada de manera imperativa, puede ser formulada de modo hipotético y puede considerarse como una norma dirigida también al Legislador. La norma iusfundamental impone al Legislador la prohibición de contradecir lo prescrito por ella y prevé la declaración de inconstitucionalidad, como sanción para toda ley que transgreda esta prohibición.

Con base en esta conclusión, es posible presentar ya la estructura que reviste la fundamentación interna de las sentencias de control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, en su modo más simple³⁵, de la siguiente manera:

³⁴ Toda ley que contradiga una norma estatuida por alguna de las disposiciones de derecho fundamental deberá ser declarada inconstitucional de acuerdo con el artículo 161 CE y los artículos 39 y 40 LOTC.

³⁵ Este modelo de fundamentación interna del control de constitucionalidad se

Premisa mayor: (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

Premisa menor: (2) Ta

Conclusión: (3) ORa (1), (2)³⁶

Esta estructura expresa el paso de la norma general (1) a la norma individual (3) y consta de los siguientes elementos:

- 1) La norma de derecho fundamental. En el punto de partida de esta fundamentación interna se halla la norma de derecho fundamental (1). Esta norma no está expresada de modo imperativo ($O\neg q$), sino de forma condicional hipotética «si q , entonces ORx ». En esta formulación hipotética, x expresa una variable en relación con las normas legales. De acuerdo con esta variable, la expresión lógica (x) debe ser entendida como: «para todas las normas legales vale el predicado de la norma (1)». Por su parte, T expresa un predicado que recoge las condiciones descritas en el supuesto de hecho de la norma iusfundamental (1), según las cuales, está ordenado imputar la sanción Rx a toda norma legal que prescriba la realización de un comportamiento (q) y contradiga por tanto la norma iusfundamental (1), que ordena la realización del comportamiento contrario ($\neg q$). Finalmente, mediante la expresión ORx se atribuye al Tribunal Constitucional el deber de declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que cumpla con la condición establecida por el supuesto de hecho $T(x)$ ³⁷.

torna mucho más complejo, cuando se trata de casos en los que el Tribunal debe dictar una sentencia que no se limite a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley. Vid. sobre la complejidad del control constitucional en estos casos: M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 12 y ss. Asimismo, sobre los variados tipos de sentencias que puede proferir un Tribunal Constitucional, con especial referencia al caso italiano: M. A. MARTÍN DE LA VEGA, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

³⁶ Vid. sobre esta estructura como formulación lógica de la fundamentación interna de las decisiones jurisdiccionales en general: R. ALEXY, «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen», en *Íd.*, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, pp. 20 y ss.; *Íd.*, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *RJ*, núm. 16, 2003, pp. 433 y ss.

³⁷ La formulación hipotética de esta norma de derecho fundamental (1) presupone que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que vulnere una norma de derecho fundamental. Sin

- 2) La premisa menor. La premisa menor (Ta) de este silogismo consiste en un juicio subsuntivo según el cual, la norma legal (a), individuo del género de normas legales (x) y objeto del control de constitucionalidad en el caso concreto, cumple las condiciones fijadas por el supuesto de hecho (Tx) de la norma de derecho fundamental (1).
- 3) El fallo. La conclusión de este silogismo judicial, aplicado al nivel de la constitucionalidad, está conformada por la norma iusfundamental individual ORa , que se sigue de las premisas (1) y (2) y que está expresada de forma imperativa y no de modo condicional hipotético. Esta norma particular establece que está iusfundamentalmente ordenado al Tribunal Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de la norma legal (a), dado que esta norma legal cumple las condiciones del supuesto de hecho $T(x)$.

La norma de derecho fundamental (1) y la premisa menor (2) son los elementos claves de la estructura de esta fundamentación interna. Traducidas desde la notación lógica, dicha norma fundamental y dicha premisa menor establecen en resumidas cuentas lo siguiente:

- Norma de derecho fundamental (1). A toda norma legal se aplica el siguiente enunciado: cuando una norma legal (x) prescriba un comportamiento (q) y, como consecuencia, contradiga la prescripción del comportamiento contrario ($\neg q$), establecida por una norma de derecho fundamental en su forma imperativa, el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la norma legal (x).

embarco, debe tenerse en cuenta que la norma de derecho fundamental (1) es una norma regulativa de conducta y, por lo tanto, no debe ser confundida con la norma que atribuye la competencia al Tribunal Constitucional para enjuiciar las leyes y para declararlas inconstitucionales en caso de que vulnere la Constitución. La razón estriba en que la norma de derecho fundamental (1) impone un mandato. Dicha norma ordena al Tribunal Constitucional imputar la sanción de inconstitucionalidad sobre la norma legal, cuando ésta cumpla las condiciones de su supuesto de hecho. Vid. sobre la diferencia entre las normas que atribuyen competencias y las normas que regulan comportamientos: M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; y nuestra crítica al planteamiento de estos autores: C. BERNAL, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos», *D&S*, núm. 36 / 37, 1997, pp. 473 y ss.

- Premisa menor (2): la norma legal (a), objeto del control constitucional en el caso concreto, cumple las condiciones del supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental (1), porque establece un comportamiento (q) que contradice el comportamiento ($\neg q$), previsto por la norma de derecho fundamental (1).

Estos dos elementos de la fundamentación interna muestran con meridiana claridad que el principal problema del control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales consiste en establecer, si lo prescrito por la norma legal examinada (a) contradice lo prescrito por la norma de derecho fundamental (1) aplicable al caso. Para contestar ese interrogante en los casos concretos, el Tribunal Constitucional debe resolver de antemano tres preguntas previas. En primer lugar, debe determinar qué es aquello que prescribe la norma iusfundamental (1) en su forma imperativa, es decir, si esta norma ordena, permite o prohíbe un comportamiento, o si atribuye una competencia. En segundo lugar, el Alto Tribunal debe averiguar qué prescribe la norma legal examinada (a); y en tercer lugar, el Tribunal debe establecer si aquello que prescribe la norma legal (a) es contradictorio con lo que prescribe la norma iusfundamental (1).

La tercera de estas tres preguntas específicas es de índole lógica. Su respuesta depende de la aplicación al caso concreto del esquema general de relaciones lógicas de oposición, contradicción y correlatividad entre las diversas modalidades deónticas que pueden estar contenidas en las normas jurídicas³⁸. Con base en dicho esquema general de relaciones lógicas es posible establecer si las modalidades deónticas de la norma de derecho fundamental y de la norma legal del caso son incompatibles entre sí, como por ejemplo, cuando se suscita una contradicción entre una prohibición de derecho fundamental (Vq) y un mandato legal (Oq).

La respuesta para las otras dos preguntas específicas, en cambio, debe ser fundamentada en la sentencia de cada caso específico. La fundamentación de la respuesta para estos otros dos interrogantes es la finalidad de la llamada «fundamentación externa» de la sentencia. En

³⁸ Vid. sobre las diversas modalidades deónticas, sus relaciones y su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 197 y ss.

esta fundamentación, por una parte, deben ofrecerse las razones de las cuales surge la premisa menor del silogismo, es decir, los argumentos que llevan a determinar qué prescribe la norma legal (a), establecida por la disposición legislativa que constituye el objeto del control de constitucionalidad. A este resultado sólo se llega después de una interpretación de la ley. Si tras dicha interpretación, el Tribunal Constitucional observa además que la norma legal contradice lo prescrito por una norma de derecho fundamental, debe formular y fundamentar un enunciado subsuntivo, es decir, debe aseverar que la norma legal examinada cumple las condiciones establecidas por el supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental (1) y debe hacer explícitas las razones que originan esta conclusión³⁹. De este modo, la fundamentación externa de la premisa menor consiste en una interpretación de la ley y en un enunciado acerca de la subsunción de la norma legislativa bajo el supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

Sin embargo, el aspecto más problemático de la fundamentación externa de este tipo de sentencias de constitucionalidad suele ser la fundamentación de la premisa mayor del silogismo⁴⁰. En esta parte de la fundamentación se trata de establecer qué es aquello que prescribe la norma de derecho fundamental (1) en su forma imperativa. El Tribunal Constitucional debe determinar, cuál es el deber ser establecido por la norma iusfundamental aplicable al caso —por ejemplo, si dicha norma estatuye una prohibición (Vq) o un mandato (Oq) dirigidos al Legislador— y hacer explícitos los argumentos que respaldan esa concreta interpretación.

El papel que la fundamentación externa de las premisas mayor y menor del silogismo desempeñan en las sentencias de control de cons-

³⁹ Vid. sobre el concepto de enunciado subsuntivo: H. L. HART, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 106 y 107. Vid. una crítica y un ulterior desarrollo del concepto de enunciado subsuntivo de Hart: R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 126 y 137. Antes de Hart, Kelsen había conceptualizado ya la actividad de concretar o individualizar las normas generales en normas individuales como la actividad de definir «si en concreto se presenta el supuesto de hecho que en abstracto ha sido previsto por la norma general», en «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates», op. cit., pp. 375.

⁴⁰ Vid. sobre la importancia de la fundamentación externa de la premisa mayor en el control de constitucionalidad de las leyes: A. CONSTANZO, «Sul controllo nel procedimento di determinazione dei principi dell'ordinamento», *Soc del dir*, núm. 3, 1988, pp. 595 y ss.

titucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, puede observarse de manera patente en el citado caso de la STC 5/1981, acerca del derecho de asociación. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolló en primer lugar la fundamentación externa de la premisa mayor del silogismo. En relación con este aspecto, el Tribunal señaló: «el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22.1, comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho de no asociarse»⁴¹. De esta manera, el Tribunal sostuvo que a partir del artículo 22.1 CE podía derivarse el derecho fundamental en sentido estricto a no asociarse, el cual a su vez está estatuido por una norma que establece la prohibición dirigida al Legislador de imponer el deber de asociación. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional expuso la fundamentación externa de la premisa menor. En este sentido, el Tribunal interpretó el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 5/1980 (LOECE), en el sentido de que este enunciado hacía obligatoria la asociación para un determinado grupo de particulares, porque condicionaba el ejercicio del derecho establecido por el artículo 27.7 CE —derecho fundamental a intervenir en el control y la gestión de los centros educativos sostenidos por la administración con fondos públicos—, a que los padres de familia se hicieran miembros de una determinada «asociación de padres de alumnos», a través de la cual podrían ejercer «su participación en los órganos colegiados». Finalmente, el Tribunal Constitucional subsumió la premisa menor como un caso de la premisa mayor; consideró que el Legislador había establecido una norma contradictoria con la norma de derecho fundamental derivada del artículo 22.1 CE y concluyó que el artículo 18.1 LOECE debía ser declarado inconstitucional (fundamentación interna).

Ahora bien, los argumentos mediante los cuales se construye la fundamentación externa de las premisas mayor y menor, que sustentan el fallo acerca de la constitucionalidad de las leyes, tienen una índole variada. Ellos pueden ser juicios acerca del significado de las disposiciones de derecho fundamental y de otras disposiciones del Derecho positivo, enunciados relativos a hechos, precedentes jurisprudenciales o conceptos elaborados por la dogmática constitucional⁴². Desde la

⁴¹ Vid. Otras sentencias sobre este mismo problema jurídico: SSTC 67/1985, FJ 3º; 89/1989, FJ 3º; 132/1989, FJ 5º; 113/1994, FJ 8º; 179/1994, FJ 4º; y ante todo la controvertida 107/1996 sobre las cámaras de comercio.

⁴² Vid. Una enumeración y clasificación de los enunciados que se suelen utilizar

perspectiva de nuestro objeto de investigación, ha de prescindirse de un análisis de la fundamentación externa de la interpretación de la ley en el juicio de constitucionalidad. Lo que aquí interesa resaltar es que tanto el principio de proporcionalidad, como los criterios que se proponen como alternativos desde el punto de vista metodológico, desempeñan su función en el campo de la fundamentación externa de la premisa mayor, es decir, en la concreción y la fundamentación de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA CONCRECIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS NORMAS ADSCRITAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

1. LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL

Antes hemos señalado que las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por su indeterminación. La indeterminación, sin embargo, no es una propiedad exclusiva de estas disposiciones, sino un fenómeno generalizado en el lenguaje, que afecta a todo tipo de enunciados. La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serle atribuidos.

La indeterminación que afecta en general a todo enunciado, recibe el calificativo de indeterminación semántica, porque se proyecta sobre el significado del enunciado. La indeterminación que caracteriza a las disposiciones jurídicas es una especie de indeterminación semántica que se denomina indeterminación normativa. Esta denominación se debe a que las disposiciones jurídicas son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos. A toda disposición se puede adscribir una multiplicidad de normas⁴³. La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados

en la fundamentación externa de las decisiones judiciales: F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 3.ª edición, 1989, pp. 146 y ss. y 261; y en R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit. pp. 222 y ss.

⁴³ Vid. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., pp. 1696 y ss.; V. CRISAFULLI, «Voz: Disposizione (e norma)», op. cit., pp. 208.

normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* —o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico— si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición. Dicho en sentido contrario, una disposición jurídica está determinada o está exenta de indeterminación, cuando hace explícito plenamente el conjunto de sus significados normativos y, como consecuencia, hace posible conocer *a priori*, cuáles son las normas que estatuye.

Las disposiciones de derecho fundamental adolecen de indeterminación normativa. La indeterminación normativa de una disposición iusfundamental puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. De manera categórica puede aseverarse que, desde este punto de vista, por fortuna no muy relevante en la práctica, todas las disposiciones de derecho fundamental de la Constitución son indeterminadas. Ninguna disposición iusfundamental, por más específica que parezca, permite conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye directa e indirectamente. Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no sólo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación.

Sin embargo, también cabe la certeza contraria, es decir, la certeza de que todas las disposiciones iusfundamentales, sin importar el mayor o menor grado de indeterminación que las caracterice, permiten identificar *a priori* por lo menos una de las normas que estatuyen: la llamada norma iusfundamental directamente estatuida. Por ejemplo, no cabe ninguna duda de que la disposición del artículo 22.1 CE establece por lo menos la siguiente norma: «está ordenado reconocer el derecho de asociación». Esta norma puede ser reconocida *a priori* a partir del artículo 22.1 CE, porque este artículo la estatuye directamente mediante el enunciado: «se reconoce el derecho de asociación».

Ahora bien, la indeterminación normativa se proyecta sobre todas las demás normas que no han sido directamente estatuidas por las disposiciones de los derechos, pero que pueden ser fundamentadas a partir de éstas. Tales normas indirectamente estatuidas se denominan normas adscritas⁴⁴. Con relación a las normas adscritas no puede afir-

⁴⁴ De este modo, adoptamos la denominación propuesta por: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 70, quien diferencia entre las normas

marse *a priori* con certeza que sean normas estatuidas por las disposiciones iusfundamentales, ni tampoco que no lo sean. Por el contrario, la validez de una norma adscrita es algo que debe ser fundamentado. Con mayor exactitud, la validez de las normas adscritas es el objeto de la fundamentación externa de la premisa mayor del silogismo contenido en la sentencia de constitucionalidad. Al ser el objeto de esta fundamentación, se excluye lógicamente la posibilidad de que sean identificadas *a priori*. Por definición, si una norma debe ser fundamentada, es porque no puede ser reconocida *a priori*. Asunto diferente es la convicción de que la facilidad para fundamentar las normas adscritas depende del grado de indeterminación de cada disposición iusfundamental: cuanto más determinada sea una disposición, más fácil resultará concretar y fundamentar el conjunto de sus normas adscritas; y viceversa: cuanto más acentuada sea la indeterminación que afecta a una disposición, más compleja será la tarea de concretar y fundamentar sus normas adscritas.

Además de lo anterior, la indeterminación de las disposiciones de derecho fundamental también puede ser examinada en concreto. El interrogante que se plantea en este nivel, el más relevante en la práctica, es si el texto de una disposición de derecho fundamental permite reconocer *a priori*, si cierta norma de derecho fundamental vale como una norma estatuida por aquélla. Esta pregunta se plantea, por ejemplo, cuando en un caso concreto se indaga si la disposición del artículo 22.1 CE —«se reconoce el derecho de asociación»— estatuye la norma de derecho fundamental que prescribe: «está prohibido al Legislador imponer a los particulares el deber de pertenecer a una determinada asociación». Preguntas de este talante pueden ser respondidas sin ninguna vacilación, cuando se refieren a la norma directamente estatuida por las disposiciones iusfundamentales (pues su fundamentación se presupone) y con pocas dificultades, cuando la disposición relevante en el caso tiene un alto grado de determinación. Sin embargo, dilucidar el problema de si una norma puede considerarse adscrita a una disposición de derecho fundamental que no la estatuye directamente, suele exigir una fundamentación compleja, tal como veremos más adelante.

directamente estatuidas y las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental: «Las normas de derecho fundamental pueden [...] dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscritas».

Para esclarecer cuál es la función del principio de proporcionalidad es imprescindible aclarar las diferencias y las relaciones entre las disposiciones de derecho fundamental y las normas adscritas y directamente estatuidas. No obstante, es aconsejable profundizar de antemano en el concepto de la indeterminación normativa y señalar cuáles son sus causas. Sobre este aspecto ya hemos observado que la indeterminación normativa es un tipo especial de indeterminación semántica del conjunto de expresiones que conforman cada disposición de derecho fundamental⁴⁵. La indeterminación de estas disposiciones suscita incertidumbres acerca de sus significados normativos. Estas incertidumbres se producen por diversas causas. Entre dichas causas son dignas de mención: la indeterminación semántica en sentido estricto o la indeterminación de alguno de los términos que componen la disposición iusfundamental, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural, la redundancia e inclusive, en algunos casos, la indeterminación pragmática⁴⁶.

1.1. La indeterminación semántica en sentido estricto

La indeterminación semántica en sentido estricto es una categoría general que comprende tres fenómenos: la ambigüedad, la vaguedad y la apertura evaluativa de las expresiones o términos que forman parte de las disposiciones de derecho fundamental⁴⁷.

Una expresión es *ambigua*, cuando su significado puede ser precisado mediante la aplicación de diversas reglas semánticas. A partir de cada una de dichas reglas se atribuye a la expresión un significado

⁴⁵ La indeterminación normativa del conjunto de términos que conforman una disposición jurídica podría llamarse también indeterminación semántica en sentido lato, para diferenciarse de la indeterminación semántica en sentido estricto o indeterminación semántica de cada uno de sus términos. Esta diferencia se basa en la distinción lingüística entre el significado de un enunciado en su conjunto y el significado de cada uno de los términos que lo conforman. Vid. sobre este aspecto: W. V. O. QUINE, *Desde un punto de vista lógico*, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 39 y ss.; M. DUMMETT, *Frege Philosophy of Language*, Duckworth, Londres, segunda edición, 1981, pp. 3 y ss.

⁴⁶ Vid. sobre algunos de estos fenómenos en el lenguaje de las fuentes del derecho: R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 101 y ss.

⁴⁷ Vid. sobre estos tres conceptos: R. ALEXI, «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen», *op. cit.*, pp. 24 y ss. Sobre la indeterminación semántica de las

diferente, con lo cual es posible que varios de estos significados sean contradictorios entre sí⁴⁸. En el ámbito de los derechos fundamentales, la ambigüedad se produce sobre todo porque las expresiones contenidas en los enunciados de la Constitución suelen ser el producto de compromisos apócrifos⁴⁹, que admiten diversas lecturas a partir de la pluralidad de concepciones del mundo y de la justicia, y de las variadas convicciones políticas e ideológicas existentes en la sociedad. En una sociedad plural, la diversidad ideológica se proyecta sobre la interpretación de las disposiciones de derecho fundamental y engendra una inagotable gama de perspectivas y propuestas de interpretación.

Si queremos explicar la ambigüedad con el recurrido ejemplo del artículo 22.1 CE, debemos observar que su enunciado: «se reconoce el derecho de asociación», por sí mismo no expresa nada acerca de si la Constitución garantiza el derecho de no asociarse, es decir, el derecho de los particulares a no ser obligados a pertenecer a cierta asociación pública o privada. En este enunciado, tanto el vocablo «derecho de asociación», como el verbo «reconocer» son ambiguos, es decir, pueden ser interpretados de muy diferentes maneras. Una interpretación liberal no dudaría en adscribir a este artículo una norma de derecho fundamental de acuerdo con la cual estaría «prohibido al Estado imponer a los particulares el deber de pertenecer a una determinada asociación». Esta perspectiva liberal interpretaría el vocablo «derecho de asociación» como un derecho de defensa que garantiza a los individuos un ámbito de decisión, que en todo caso debe permanecer ajeno a las intromisiones del poder público. Por lo tanto, el Estado no podría restringir este ámbito de decisión, enajenando al individuo la posibilidad de negarse a pertenecer a una determinada asociación. En cambio, a partir de una postura ideológica diferente, podría llegarse a

expresiones que conforman las disposiciones de derecho fundamental: K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, pp. 1719 y ss.

⁴⁸ De acuerdo con R. Guastini, el intérprete se encuentra en presencia de una norma semánticamente indeterminada por ambigüedad, cuando ante un elemento del enunciado ha de preguntarse: «¿qué cosa se entiende?». Vid. *Le fonti del diritto...*, *op. cit.*, pp. 351. Vid. También sobre el concepto de ambigüedad: M. THALER, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Springer, Viena-Nueva York, 1982, pp. 9 y ss.

⁴⁹ Vid. sobre las expresiones de la Constitución como el producto de compromisos apócrifos: C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 87.

la convicción de que a este artículo se puede adscribir una norma de derecho fundamental totalmente contraria, es decir, una norma que autorice o incluso ordene al Estado imponer a los particulares la afiliación obligatoria a una determinada asociación. Por último, un defensor del punto de vista escéptico, aseguraría que este artículo no prescribe nada acerca de la afiliación obligatoria, es decir que a partir de esta disposición no puede fundamentarse ninguna de las dos normas anteriores, contradictorias entre sí: ni la prohibitiva, ni la permisiva.

Junto a la ambigüedad, la causa de la indeterminación semántica en sentido estricto puede radicar asimismo en la vaguedad y en la indeterminación evaluativa de las expresiones o términos que componen las disposiciones de derecho fundamental. Una expresión perteneciente a un enunciado jurídico es *vaga*, cuando no aparece claro si cierto caso debe ser encuadrado en el supuesto de hecho de la norma que el enunciado establece, de acuerdo con una determinada propuesta interpretativa⁵⁰. Para citar un ejemplo, la expresión «*censura previa*», contenida en el artículo 20.2 CE, adolece de vaguedad cuando en un caso concreto se pone en tela de juicio si las actuaciones de los directores de un centro de educación privada, que exigen de los profesores el cumplimiento del ideario educativo del centro, deben ser calificadas como actos de «*censura previa*»⁵¹. La indeterminación se genera porque, desde el punto de vista del intérprete, no aparece claro a primera vista, si estas actuaciones deben ser encuadradas en el supuesto de hecho de la prohibición de censura previa, establecida por el artículo 20.2 CE.

⁵⁰ Vid. sobre la vaguedad: B. RUSSELL, «Vagueness», en AAVV (R. KEEFE y P. SMITH, eds.), *Vagueness: a Reader*, MIT Press, Cambridge (Estados Unidos) y Londres, 1997, pp. 61 y ss.; H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 155 y ss. (Hart habla exactamente de la «textura abierta» del lenguaje del derecho, pero con ello se refiere a la vaguedad). Vid. una crítica a la concepción de Hart sobre la textura abierta: M. IGLESIAS VILA, «Una crítica al positivismo hartiano: El problema del seguimiento de reglas», en AAVV (P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, eds.), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 133. Vid. asimismo sobre la vaguedad: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 70 y ss.; G. CARRIÓ, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 18 y ss.

⁵¹ Vid. el argumento 13º del voto particular sobre el motivo primero de la STC 5/1981, formulado por el Magistrado F. Tomás y Valiente, al que adhirieron los Magistrados A. Latorre Segura, M. Díez de Velasco y P. Fernández Viagas.

Por último, una disposición jurídica está afectada de *indeterminación evaluativa*, cuando comprende términos como bueno, malo, adecuado, justo o acostumbrado, que implican la realización de juicios de valor por parte del intérprete. La expresión «tratos inhumanos o degradantes» del artículo 15 CE presenta por ejemplo una indeterminación de este tipo. Aquello que reviste el carácter de «inhumano» o de «degradante» sólo puede ser definido mediante juicios de valor. En múltiples sentencias⁵², referidas sobre todo al tratamiento de los presos, el Tribunal Constitucional ha definido estas dos expresiones del artículo 15 CE, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conforme a esta doctrina, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena». Si observamos con detenimiento esta definición, advertiremos que con su ayuda se consigue reducir sólo parcialmente la indeterminación evaluativa de las expresiones del artículo 15 CE. En esta definición todavía subsiste el problema de determinar, mediante juicios de valor, qué quiere decir «especial intensidad», además de la tarea de precisar cuándo la humillación y el envilecimiento alcanzan un nivel «superior», suficiente para ser considerados como representativos de tratos inhumanos o degradantes.

1.2. La indeterminación sintáctica

La indeterminación sintáctica es otra de las causas de la indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental. La indeterminación sintáctica se produce cuando el significado normativo de un enunciado no aparece claro tras la simple lectura del texto, en razón de incertidumbres generadas por las relaciones entre los términos que lo componen⁵³.

⁵² Vid. entre muchas otras las SSTC 65/1986, FJ 4º, 89/1987, FJ 2º y 57/1994, FJ 4º.

⁵³ Vid. sobre este tipo de indeterminación: A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, pp. 119 y ss.; C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 37; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1998, pp. 54 y ss.

Los principales factores de la indeterminación sintáctica son la puntuación y la inclusión de enumeraciones y de frases adjetivales en los enunciados jurídicos. Un caso típico de este tipo de indeterminación es aquél en el cual, en una disposición jurídica aparecen uno o varios adjetivos o adverbios después de una serie de verbos o de sustantivos, y se originan dudas acerca de si la calificación que aquéllos introducen, afecta a todos o sólo a algunos de los verbos o sustantivos de la serie. C. S. Nino ofrece un ejemplo de esta clase de indeterminación, tomado del artículo 19 de la Constitución Argentina, de acuerdo con el cual, «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados». Nino señala que tras la lectura de este enunciado, puede pensarse que las «acciones privadas», las «que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública» y las «que no perjudiquen a un tercero» constituyen tres categorías distintas de acciones, o bien, que se trata de tres propiedades independientes y cumulativas que una acción debe presentar para estar exenta de la autoridad de los magistrados⁵⁴. Este dilema encierra una indeterminación sintáctica.

1.3. La indeterminación estructural

La indeterminación estructural constituye otra de las fuentes de la indeterminación normativa. Una disposición de derecho fundamental adolece de indeterminación estructural cuando estatuye una o varias normas que pueden ser cumplidas de diversas maneras. Todos estos modos de cumplimiento satisfacen por completo el deber ser iusfundamentalmente prescrito por el enunciado y, por tanto, tienen cabida dentro del campo de referencia semántica de la disposición.

Esta propiedad puede comprenderse con base en dos ejemplos tomados de la jurisprudencia constitucional. En la STC 12/1982, el Tribunal Constitucional consideró que el deber estatal de reconocer y proteger el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1.d CE) y el deber de garantizar el pluralismo y el acceso a los medios de comunicación de los grupos sociales y políticos, no implicaba necesariamente el establecimiento de un régimen de televisión privada, sino que también podía

⁵⁴ C. S. NINO, *loc. cit.*

ser satisfecho mediante otras estrategias políticas a disposición del Legislador⁵⁵. De esta manera, las referidas disposiciones del artículo 20 CE se presentan entonces como enunciados indeterminados estructuralmente, porque dejan al Legislador la elección de la mejor estrategia política para cumplir el deber ser iusfundamental que ellos establecen: la televisión privada, la televisión pública o una televisión de régimen mixto.

De modo similar, en la STC 86/1985⁵⁶ el Tribunal Constitucional señaló que el deber del Estado de garantizar el derecho a la educación (art. 27.1 CE) y, más específicamente, el derecho a la educación básica gratuita (art. 27.4 CE), no implica necesariamente el deber de subvencionar la educación de los particulares en los centros privados de su preferencia. La indeterminación estructural de las disposiciones del artículo 27.1 y del artículo 27.4 CE habilita a los órganos de configuración política para definir la estrategia más adecuada para cumplir el deber estatal de garantizar la educación básica gratuita. El desarrollo y la implantación de cualquiera de estas estrategias será entonces una conducta idónea desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

1.4. La redundancia

La redundancia es otra de las causas de la indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental. La redundancia, conocida también en la doctrina alemana como concurrencia de derechos fundamentales⁵⁷, se presenta cuando una misma norma puede ser

⁵⁵ Sobre este aspecto ha precisado el Tribunal Constitucional: «La llamada "televisión privada" no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la C. E. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse por la vía de una Ley orgánica». STC 12/1982, FJ 6°.

⁵⁶ STC 86/1985, FJ 4°.

⁵⁷ La concurrencia de derechos fundamentales («Grundrechtskonkurrenz») no debe ser confundida con la colisión o el conflicto entre derechos fundamentales. Son fenómenos diversos. Cuando existe concurrencia, una misma norma puede ser adscrita a dos o a varias disposiciones de derecho fundamental; mientras que cuando se presenta una colisión entre derechos fundamentales, lo que una norma iusfundamental prescribe *prima facie* es incompatible con lo que otra prescribe *prima facie*. Vid. sobre la concurrencia: A. BLECKMANN, «Zur Grundrechtskonkurrenz», *DöV*, núm. 17,

adscribita al mismo tiempo a dos o más disposiciones⁵⁸ y, por tanto, se desconoce *a priori* el régimen jurídico que debe serle aplicado. En la redundancia se presenta la incertidumbre de si la norma respectiva debe seguir el régimen jurídico de una, de otra o, al mismo tiempo, de todas las diversas disposiciones iusfundamentales que parecen estatuirla.

Como ejemplo de redundancia entre disposiciones de derecho fundamental puede mencionarse la doctrina sobre el derecho a crear medios de comunicación, expuesta en el voto particular del Magistrado F. Rubio Llorente a la STC 6/1981. Según este voto particular, «la Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a) y a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades». En este pasaje, acogido como doctrina mayoritaria por el Tribunal Constitucional en las SSTC 74/1982, 31/1994 y 88/1995, el derecho fundamental a crear medios de comunicación —y correlativamente, la norma de derecho fundamental que permite la creación de dichos medios— se adscribe simultáneamente a los artículos 20.1.a y 20.1.d CE. En sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional incluso ha parecido adscribir esta norma de derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38 CE)⁵⁹, con lo cual se formaría una redundancia entre una norma y tres disposiciones de derecho fundamental.

1991, pp. 722 y ss.; Íd., *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, Carl Heymanns, Colonia, 4.ª edición, 1997, pp. 476; J. SCHWABE, *Grundkurs Staatsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1995, pp. 116. Schwabe destaca como ejemplo frecuente de concurrencia de derechos fundamentales en Alemania, el relativo al derecho fundamental de los miembros de un sindicato a efectuar una reunión pública. Este derecho puede adscribirse tanto a la disposición que tipifica el derecho fundamental de reunión, como a aquella que establece el derecho de sindicación.

⁵⁸ Vid. V. CRISAFULLI, «Voz: Disposizione (e norma)», *op. cit.*, pp. 195.

⁵⁹ STC 127/1994, FJ 6º. Vid. sobre este aspecto: F. J. BASTIDA, *Libertad de Antena*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 61 y sig.; C. CHINCHILLA, «Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre», *PJ*, núm. 3, 1986, pp. 63 y ss.; L. ESCOBAR DE LA SERNA, *Manual de Derecho de la Información*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 373; y J. GARCÍA ROCA, «¿Existe un derecho a crear televisión?», *Der Priv y Cons*, núm. 9, 1996, pp. 177.

1.5. La indeterminación pragmática

Como es bien sabido, la pragmática es la dimensión del análisis lingüístico que se ocupa del uso o la función de los enunciados. Desde el punto de vista pragmático, un enunciado es indeterminado cuando por sí mismo no hace explícito qué tipo de acto de habla representa, como por ejemplo, si se trata de una orden, una petición, una afirmación o un deseo⁶⁰. La indeterminación pragmática puede ser causa de la indeterminación normativa de un enunciado⁶¹, porque las dudas acerca de la función que desempeña en cierto contexto, generan necesariamente una incertidumbre acerca de su significado normativo⁶².

Hipóticamente, este tipo de indeterminación no debería afectar a las disposiciones tipificadas en las fuentes del Derecho, pues es indiscutible que estas disposiciones están provistas en general de una dimensión normativa, o en otros términos, que la función de los enunciados jurídicos consiste en estatuir normas de esta misma índole y no en formular meros deseos o efectuar descripciones. Como señala V. Crisafulli, ha de presumirse que las disposiciones que integran las fuentes del Derecho establecen reglas normativas, por cuanto la competencia atribuida a los poderes públicos que las profieren es una competencia para estatuir normas⁶³. En lo que concierne a la Constitución, es manifiesto que el poder constituyente tiene competencia para estatuir normas y que, por lo tanto, las disposiciones constitucionales están dotadas de fuerza normativa y vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE). Sin embargo, en la práctica pueden surgir incertidumbres acerca de si una específica disposición constitucional tiene sentido normativo o carece del mismo. Este es el caso de

⁶⁰ Vid. sobre los diferentes tipos de actos de habla: J. SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Ediciones cátedra, Madrid, 1990, pp. 25 y ss.

⁶¹ Vid. sobre los problemas pragmáticos que se resuelven en la interpretación de las disposiciones jurídicas: A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, *op. cit.*, pp. 57 y ss. De acuerdo con estos dos autores, los principales problemas de indeterminación pragmática se resuelven mediante la aclaración de la finalidad del Legislador o del autor de la disposición jurídica afectada por ella.

⁶² Vid. sobre las implicaciones que la dimensión pragmática de los enunciados tiene sobre su significado: V. CAMPS, *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*, Península, Barcelona, 1976, pp. 67 y ss.

⁶³ Vid. V. CRISAFULLI, «Voz: Disposizione (e norma)», *op. cit.*, pp. 199.

los principios rectores de la política social económica del Capítulo III del Título I CE. A pesar de que estos enunciados están tipificados por la Constitución y, por consiguiente, proyectan sobre los particulares y sobre los poderes públicos la fuerza vinculante que establece el artículo 9.1. CE, el artículo 53.3 CE somete la posibilidad de que su cumplimiento sea enjuiciado por parte de la jurisdicción ordinaria, a lo dispuesto por las leyes que los desarrollen. La interpretación conjunta de estos dos artículos: 9.1 y 53.3 CE, genera entonces la incertidumbre pragmática, de si los principios rectores estatuyen normas jurídicas dirigidas al Legislador (art. 9.1 CE), cuyo cumplimiento sea exigible ante la Jurisdicción Constitucional y ante la Jurisdicción Ordinaria, o si, por el contrario, sólo tienen capacidad para vincular a los demás poderes públicos de acuerdo con el contenido jurídico que las leyes les otorgan.

2. LA DIFERENCIA ENTRE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS, ADSCRITAS E INDIVIDUALES

Una vez analizado el concepto y las causas de la indeterminación normativa que afecta a las disposiciones iusfundamentales, es necesario acercarnos con mayor profundidad al estudio de las relaciones entre tres clases de normas que resultan decisivas para determinar la función del principio de proporcionalidad. Se trata de la distinción entre las normas directamente estatuidas, las normas adscritas y las normas individuales de derecho fundamental, a la que ya hemos hecho alusión anteriormente.

Entre estos tipos de normas, que sumadas conforman el contenido prescriptivo de las disposiciones de derecho fundamental, no existe una diferencia cualitativa, sino sólo algunas divergencias en cuanto a su grado de generalidad y en cuanto a la manera en que se fundamentan. No se trata de normas disímiles desde el punto de vista de su ontología, es decir, de su *status* normativo, ni de su rango iusfundamental. Sin embargo, por una parte, las normas directamente estatuidas son más generales que las normas adscritas y estas últimas son a su vez más generales que las normas individuales; por otra parte, de cada uno de estos tipos normativos es característico un peculiar modo de fundamentación: mientras el texto de las disposiciones constitucionales se erige como fundamento inmediato y suficiente de las normas que directamente estatuye, las normas adscritas son el producto de una funda-

mentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas, y las normas individuales son el resultado de la subsunción de un caso bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida o de una norma adscrita. De este modo, estos tres tipos de normas constituyen una cadena continua. En esta cadena, las normas directamente estatuidas son más generales que las normas adscritas y constituyen el punto de partida para su fundamentación; las normas individuales, en cambio, son más específicas que las normas directamente estatuidas y que las normas adscritas.

2.1. Las normas iusfundamentales directamente estatuidas

Las normas de derecho fundamental que revisten el mayor grado de generalidad son las normas directamente estatuidas. Estas normas expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental en sentido prescriptivo. Como ya hemos señalado, las disposiciones iusfundamentales tienen un sentido normativo o prescriptivo. Su sentido pragmático consiste en establecer mandatos jurídicos y no sólo en aconsejar o estipular una tabla de buenas intenciones, un conjunto de cláusulas programáticas o una deontología del buen gobierno. Como consecuencia, para hallar el significado de estas disposiciones es necesario traducirlas a términos prescriptivos o deónticos —es decir, a términos de deber ser, en contraposición a lo óntico o relativo al ser—. Las normas directamente estatuidas se originan como resultado de esta traducción a términos prescriptivos o de deber ser, de las expresiones contenidas en las disposiciones de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, la extensión del contenido normativo de unas y otras es el mismo. La única diferencia radica en que las normas estatuidas constituyen una formulación abstracta de las disposiciones de derecho fundamental, proyectada ya en el ámbito del deber ser.

Cada disposición de derecho fundamental estatuye directamente una sola norma. El nexo entre una disposición y su norma directamente estatuida es, por así decirlo, de traducción automática. Aquello que las disposiciones *expresan*, se traduce automáticamente en aquello que las normas directamente estatuidas *ordenan*. Para citar un ejemplo, puede señalarse que el sentido prescriptivo del artículo 20.1.d) CE —«Se reconocen y protegen los derechos: [...] d) A comunicar o reci-

bir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»— se expresa mediante la norma directamente estatuida que prescribe: está *ordenado* —he aquí el operador deóntico⁶⁴— reconocer y proteger el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Asimismo, es una norma directamente estatuida aquélla, que al traducir el enunciado del artículo 22.1 CE —«se reconoce el derecho de asociación»— al lenguaje de deber ser, *ordena* reconocer el derecho de asociación.

2.2. Las normas adscritas de derecho fundamental

2.2.1. La existencia de las normas adscritas de derecho fundamental

Las normas directamente estatuidas rara vez son aptas para ser utilizadas como premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. Estas normas se caracterizan por su alto nivel de abstracción y de generalidad, razón por la cual, salvo en casos muy poco frecuentes de contradicciones literales de la Constitución por parte de la ley, de ellas no puede deducirse la solución para zanjar las controversias reales. La traducción automática de las disposiciones de derecho fundamental en normas directamente estatuidas no suele ser problemática, ni suele dar lugar a grandes desacuerdos, pero tampoco constituye un avance notorio en el proceso de interpretación. Los problemas que la realidad propone al intérprete constitucional son tan concretos, matizados, minuciosos y complejos, que desbordan la explicitud semántica de las normas directamente estatuidas. Como consecuencia, en la mayoría de los casos, el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de concretar una norma más específica, que cumpla simultáneamente dos exigencias: en primer lugar, que se pueda fundamentar a partir de la disposición de derecho fundamental, o de su equivalente deóntico: la norma directamente estatuida aplicable, y en segundo lugar, que tenga una relación directa con el objeto del caso concreto, es decir, con la norma legislativa cuya constitucionalidad se controla.

⁶⁴ Vid. sobre el concepto de operador deóntico y los tipos de operadores deónticos: J. R. CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 67 y ss.

Estas normas más específicas son las llamadas normas adscritas⁶⁵, que se fundamentan en las normas directamente estatuidas y que guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional. Cuando entre la norma adscrita y la norma legal existe un nexo de contradicción, el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la norma legal; por el contrario, cuando la relación entre estas normas es de identidad, el Alto Tribunal tiene el deber de declarar la constitucionalidad de la ley. En otros términos, cada vez que la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley no se derive de una norma directamente estatuida, para resolver el caso, el Tribunal Constitucional deberá concretar una norma adscrita contradictoria o idéntica a la ley. Dicha norma adscrita desempeña el papel de premisa mayor de la justificación interna, bajo la cual se subsume la ley que se controla. La concreción de las normas adscritas constituye en muchos casos el paso decisivo del complejo iter interpretativo de los derechos fundamentales, el asunto alrededor del cual se entretienen las más álgidas controversias. La mayoría de los llamados casos difíciles son tales, porque a la hora de resolverlos el intérprete no tiene claro cuál es el sentido de la norma que debe adscribir a la disposición de derecho fundamental relevante.

La necesidad de concretar una norma adscrita, cada vez que sea necesario resolver un caso cuya solución no emane directamente del texto constitucional, puede observarse mejor mediante el análisis de dos ejemplos. El primero está relacionado con el artículo 20.1.d) C.E.

⁶⁵ F. Rubio Llorente ha aludido, aunque sólo de manera implícita, a las normas adscritas de derecho fundamental que concreta el Tribunal Constitucional: «En el Derecho español no hay más derechos fundamentales que aquellos que la Constitución enuncia como tales. Conviene indicar, sin embargo, que este monopolio constitucional para la creación de los derechos fundamentales se refiere sólo a su nombre iuris. Nadie puede pretender el reconocimiento de derechos fundamentales que no figuren en ella, ni el Tribunal Constitucional puede reconocerlos. Sí puede (e incluso debe) el Tribunal crear realmente nuevos derechos, incluyendo bajo alguno de los nombres del canon constitucional derechos que podrían ser dotados de nombre propio, aunque, como es obvio, no puede (ni debe) crear de la nada, haciendo derivar derechos del cielo de las ideas puras o de las diversas entelequias que hacen sus veces; la creación sólo es legítima cuando es consecuencia necesaria de un razonamiento jurídico riguroso». En este sentido, sostiene Rubio, «El Tribunal ha creado, por ejemplo, el derecho a la motivación de las sentencias y el derecho a la segunda instancia en materia penal, que enuncia como parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva». Vid. «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *op. cit.*, pp. 3. En estos pasajes Rubio se refiere a la concreción de posiciones iusfundamentales adscritas, que necesariamente implica la concreción de las normas adscritas que las establecen.

En la STC 6/1981, el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse sobre el problema de si esta disposición de derecho fundamental imponía al Estado el deber de crear y mantener unos determinados medios públicos de comunicación, para que así, algunos periodistas y profesionales de este campo pudieran seguir ejerciendo el derecho a informar. La norma directamente estatuida relevante en el caso: «está ordenado reconocer el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», obtenida de la traducción automática del artículo 20.1.d) C.E. a términos prescriptivos, no establecía expresamente nada acerca de este problema jurídico específico. Por consiguiente, a fin de encontrar el sentido de su decisión, el Tribunal Constitucional tuvo que resolver de antemano la cuestión interpretativa, de si al artículo 20.1d) CE podía adscribirse una norma más concreta que prescribiera lo siguiente: «está ordenado al Estado crear y mantener unos determinados medios de comunicación públicos —los específicos del caso—». La respuesta del Tribunal a este interrogante fue negativa.⁶⁶ El Tribunal Constitucional consideró que esta norma adscrita no podía concretarse a partir del enunciado del artículo 20.1.d) y, como consecuencia, avaló la constitucionalidad de la norma que los poderes públicos —la Administración y el Juez— habían actualizado en los actos administrativos y la sentencia sobre los cuales versaba la controversia constitucional.

En la STC 179/1994, por su parte, al Tribunal Constitucional se planteó el problema de determinar, si la ley que imponía a los comerciantes, industriales y navegantes el deber de asociarse a las cámaras de comercio, vulneraba el artículo 22.1 CE. La norma directamente estatuida por esta disposición no dilucidaba por sí misma la controversia. Por esta razón, el Tribunal Constitucional debió concretar una norma adscrita a partir de este enunciado. Dicha norma adscrita estatúa la libertad negativa de asociación, es decir, el derecho a no asociarse, como posición de derecho fundamental garantizada por la Constitución y, correlativamente, prohibía al Legislador la posibilidad de imponer a los comerciantes, industriales y navegantes el deber de

⁶⁶ «Quiénes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información». STC 6/1981, FJ 4°.

asociarse a las cámaras de comercio. La concreción de esta norma adscrita fue imprescindible para declarar la inconstitucionalidad de la ley objeto del caso, tras subsumirla bajo su supuesto de hecho.

La conclusión de estos ejemplos puede generalizarse para afirmar, que en el trasfondo de un significativo número de sentencias del Tribunal Constitucional, se decide acerca de la validez definitiva de una determinada norma adscrita a la disposición de derecho fundamental relevante y que esta decisión es capital para determinar el sentido del fallo.⁶⁷ Sin embargo, esto no quiere decir que las normas adscritas existan únicamente como producto de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia constitucional. Estas normas están dotadas ya de una validez *prima facie* que dimana de la Constitución⁶⁸. Las normas adscritas forman parte *prima facie* del campo semántico o del ámbito normativo de las disposiciones iusfundamentales. La tipificación constitucional de una disposición de derecho fundamental implica entonces no sólo la validez de la norma que la disposición estatuye directamente, sino también la validez por lo menos *prima facie* de todas las normas adscritas, estatuidas de manera indirecta, y que luego pueden ser concretadas de manera definitiva por el Tribunal Constitucional o actualizadas por los demás poderes públicos.

2.2.2. La concreción y la actualización de las normas adscritas de derecho fundamental

Las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental proceden entonces simultáneamente de dos fuentes jurídicas: una

⁶⁷ En este mismo sentido, E. ALONSO GARCÍA se ha referido también a la concreción de las normas adscritas, que denomina sin embargo: normas «subconstitucionales». Vid. *La interpretación de la Constitución, op. cit.*, pp. 5. La expresión norma «subconstitucional» podría ser aplicada al ámbito de los derechos fundamentales para expresar lo que aquí se denomina norma adscrita, mediante el concepto de norma subiusfundamental. No obstante, debe observarse que la locución «subconstitucional» es bastante equívoca. Puede llevar a confusiones, pues en la doctrina jurídica se habla también de normas subconstitucionales para referirse a las normas establecidas por los textos jurídicos contenidos en fuentes del Derecho de rango inferior a la Constitución. Por eso nos inclinamos por la denominación «norma adscrita».

⁶⁸ Vid. sobre el concepto de validez *prima facie* y su relación con la validez definitiva: *infra*, Capítulo VI, I, 1.4.

fuente indirecta y una fuente directa. Estas normas son estatuidas con validez *prima facie* por las disposiciones de derecho fundamental (fuente indirecta) y adquieren validez definitiva de dos formas diferentes: cuando son concretadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o cuando son actualizadas por las leyes y por los demás actos de los poderes públicos y de los particulares que constituyen fuentes del Derecho (fuente directa). A continuación interesa indagar, de qué manera surge la validez definitiva de las normas adscritas a partir de estas fuentes directas, o en otros términos, cómo se caracterizan la concreción y la actualización de estas normas y en qué se diferencian entre sí.

Sobre este aspecto, es pertinente señalar que la concreción de una norma adscrita se define como el acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, el Tribunal Constitucional asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derecho fundamental⁶⁹. La concreción es un acto institucional que, desde el punto de vista pragmático, reviste el carácter de una aseveración interpretativa o de una aseveración acerca de la existencia o de la validez definitiva de una norma: la norma adscrita⁷⁰.

A causa de la distancia semántica que separa a las normas adscritas de las disposiciones de derecho fundamental a cuyo ámbito normativo pertenecen, en ocasiones puede suscitarse la apariencia de que la concreción de cierta norma adscrita consiste en realidad en la creación de una nueva norma. Sin embargo, esta impresión carece de fundamento. En el acto de la concreción, el Tribunal Constitucional no ejerce una competencia para la imposición de normas —como la legislativa o la administrativa— y, por tanto, no estatuye una nueva norma independiente, sino que afirma que, como producto de ciertos fundamentos interpretativos, debe atribuirse validez definitiva a una norma adscrita dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental. En otras palabras, la concreción tiene el carácter de una aseveración interpretativa, de acuerdo con la cual, como producto de una

⁶⁹ Vid. sobre el concepto de concreción: K. HESSE, «Interpretación constitucional», en ÍD., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 41 y ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., pp. 1712 y ss.

⁷⁰ Vid. sobre el concepto de las «aseveraciones interpretativas» y sus relaciones con las «aseveraciones acerca de la existencia de normas» y la «imposición de normas»: R. ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 59 y ss.

fundamentación, se proclama la validez definitiva de una norma adscrita, que contradice o concuerda con la norma legal que se controla, y que se sitúa dentro del campo semántico de la disposición de derecho fundamental relevante.

Además de lo anterior, las normas adscritas también son actualizadas⁷¹ por las demás fuentes de los derechos fundamentales⁷²; los tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos suscritos por España (art. 10.2 CE)⁷³, los reglamentos y demás actos administrativos, las decisiones judiciales y, sobre todo, la legislación. La actualización que se surte mediante cada una de estas fuentes presenta características singulares. Entre ellas nos centraremos en la actualización legislativa, que reviste el máximo interés desde nuestro punto de vista.

Las diversas regulaciones de cada disposición de derecho fundamental, que el Legislador efectúa dentro de sus límites, constituyen una actualización de las normas adscritas⁷⁴. Dentro de la estructura del Estado democrático, el Legislador es el órgano dotado de mayor legitimidad para llevar a cabo dicha actualización. Los derechos fundamentales yacen permanentemente a expensas de los abusos del poder político. De acuerdo con el principio democrático, para paliar las posibles extralimitaciones del poder, además de limitar jurídicamente su

⁷¹ El concepto de actualización supone admitir que las regulaciones introducidas por los poderes públicos en los ámbitos normativos de los derechos fundamentales constituyen asimismo una interpretación de las disposiciones que los tipifican. Esta circunstancia ha sido admitida, por ejemplo, por L. PRIETO SANCHIS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *D&L*, núm. 8, 2000, pp. 434 y ss.

⁷² Vid. sobre las fuentes de los derechos fundamentales: F. RUBIO LLORENTE, «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», op. cit., pp. 3 y ss.

⁷³ Vid. La STC 78/1982, FJ 5º y también la STC 83/1982, como ejemplos de reconocimiento de normas iusfundamentales adscritas contenidas en tratados internacionales. En estas dos sentencias, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho fundamental a la representación sindical, reconocido por varios convenios de la O.I.T. suscritos por España, podía adscribirse a la libertad sindical del artículo 28.1 CE. De esta manera, se entiende que estos convenios actualizan la norma adscrita al artículo 28.1 CE que establece la posición iusfundamental: «derecho a la representación sindical».

⁷⁴ J. J. Gomes Canotilho no habla de actualización, sino de la competencia legislativa para conformar o para concretar los derechos fundamentales, según se trate de derechos que necesiten o no la intervención del Legislador para poder ser aplicados. Vid. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1186. Nosotros diríamos que la competencia para actualizar los derechos fundamentales engloba tanto la competencia para conformarlos como para concretarlos, que este autor menciona.

ejercicio, es necesario organizar la toma de decisiones políticas de tal modo que sus autores directos o indirectos sean los propios titulares de la libertad. Se trata de que las restricciones impuestas a los derechos, y sus regulaciones más significativas, provengan de los ciudadanos, o como señaló Rousseau, que al obedecer estas leyes, cada quien se obedezca a sí mismo y conserve así su libertad⁷⁵.

Como desarrollo de este principio, la Constitución ha atribuido al Legislador diversas competencias generales y específicas para intervenir en los derechos fundamentales. En ejercicio de estas competencias, el Legislador hace adquirir explicitud, y validez con pretensión definitiva, a las normas adscritas que se hallan en la zona de indeterminación semántica de las disposiciones iusfundamentales. De este manera, además de articular los intereses sociales que yacen en el trasfondo de toda decisión política, la Legislación se transforma en una fuente directa de los derechos fundamentales⁷⁶.

Ahora bien, la actualización legislativa puede atribuir explicitud y validez con pretensión definitiva a dos clases de normas adscritas. En primer lugar, puede tratarse de normas adscritas que no estén estatuidas por la Constitución como decisiones iusfundamentales necesarias o imposibles, sino sólo como opciones políticas posibles. Este caso se presenta, por ejemplo, cuando las disposiciones de derecho fundamental son indeterminadas estructuralmente, es decir, cuando dejan abierto al Legislador un margen de acción, dentro del cual éste puede escoger aquella estrategia política que considere conveniente para cumplir los deberes fijados por la Constitución —recuérdese el ejemplo de la posibilidad del Legislador de establecer un régimen de televisión privada, que no viene impuesto por la Constitución como una política necesaria—. Cuando el Legislador adopta una de estas estrategias políticas posibles, actualiza implícitamente una norma iusfundamental adscrita. En este caso, la ley que regula el derecho fundamental comienza a formar parte de su contenido y, por tanto, la vulneración administrativa o judicial de dicha ley se convierte también indirectamente en una vulneración del derecho fundamental respectivo. Sin embargo, la actualización de este tipo de normas adscritas no vincula al propio Legislador⁷⁷. El Parlamento dispone siempre de la competen-

cia para derogar o modificar las normas adscritas que la Constitución no establece como decisiones iusfundamentales necesarias o imposibles, sino sólo como posibilidades sometidas a la elección de los órganos de configuración política.

El Legislador no dispone en cambio de esta competencia, en relación con las normas adscritas que la Constitución impone como necesarias. La legislación debe respetar en todo momento su validez y para garantizar este respeto, la Constitución ha atribuido al Tribunal Constitucional la competencia suprema para interpretar los derechos fundamentales y para revisar la constitucionalidad de la actualización legislativa de las normas adscritas. De este modo, el Tribunal puede despojar de su validez con pretensión definitiva, a una norma adscrita actualizada por el Legislador, cuando la actualización es incompatible con los mandatos iusfundamentales establecidos como necesarios por la Constitución. Asimismo, una ley es inconstitucional cuando adopte una opción que los derechos fundamentales cataloguen como imposible (por ejemplo, la imposición de torturas).

Esta dicotomía entre las normas adscritas que la Constitución establece como opciones políticas posibles y aquéllas que estatuye indirectamente como decisiones indisponibles por el Legislador (imposible o necesarias), es el principal criterio para trazar las relaciones entre la concreción jurisdiccional y la actualización legislativa de las normas adscritas. La ley objeto del control de constitucionalidad estatuye una norma legislativa que además de intervenir en un derecho fundamental, actualiza alguna de las normas adscritas a la disposición que lo tipifica. Si la actualización se refiere a una opción que la Constitución

para el Legislador, así como parece contradecirse la propia definición de los derechos fundamentales como aquéllos que resultan vinculantes para este poder del Estado. Esta aparente contradicción se produce a causa de la catalogación de la ley y de las fuentes jurídicas de rango inferior a ésta, como fuentes de los derechos fundamentales. A nuestro modo de ver, es enteramente apropiado otorgar el *status* de fuente de los derechos fundamentales a la ley, los actos administrativos, la jurisprudencia ordinaria e incluso a ciertos actos de los particulares, por cuanto mediante estos actos se introducen elementos nuevos en el ordenamiento jurídico, para actualizar o hacer explícitas a las normas adscritas, que tienen sólo una validez *prima facie* en la zona de indeterminación semántica de las disposiciones de derecho fundamental. No obstante, como consecuencia de la aceptación de este *status*, se introducen algunas excepciones a la regla general de que todas las normas de derecho fundamental tienen como destinatario al Legislador, por la sencilla razón de que la ley y las fuentes del Derecho de rango inferior a ésta no tienen la capacidad de vincular al Parlamento.

⁷⁵ J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969, pp. 25.

⁷⁶ Vid. sobre la legislación como fuente de los derechos fundamentales: F. RUBIO LLORENTE, «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁷⁷ De este modo parece contradecirse la afirmación defendida algunas páginas atrás, según la cual, todas las normas de derecho fundamental resultan vinculantes

ha dejado a la política, el Tribunal Constitucional debe reconocer su incompetencia para decidir en este ámbito en contra de lo dispuesto por el Legislador y, como consiguiente, debe declarar la constitucionalidad de la actualización legislativa que se examina. Si por el contrario, la actualización del Legislador se refiere a una decisión constitucional, de la que no pueden disponer los órganos de configuración política, el Tribunal Constitucional debe examinar si la norma legislativa que la lleva a cabo se compadece o no con la norma adscrita, indirectamente estatuida por la disposición iusfundamental pertinente. Para tal fin, el Tribunal debe concretar previamente dicha norma adscrita. En este caso, cuando se declara la inconstitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita contraria a la que había sido actualizada por el Legislador. Por el contrario, si se declara la constitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita idéntica a aquélla que había sido actualizada por la ley.

Además de lo anterior, conviene tener en cuenta que entre la actualización y la concreción de las normas adscritas existen otras diferencias patentes. Estas diferencias provienen del distinto papel que el Tribunal Constitucional y el Legislador juegan en el Estado Constitucional Democrático. El modo de concreción de las normas adscritas y el tipo de competencia que ejerce el Tribunal Constitucional difieren abiertamente de las técnicas de actualización y de la competencia propias del Legislador. Mientras la actualización de las normas adscritas por parte del Parlamento surge como resultado del ejercicio de la competencia legislativa para imponer normas, tras una discusión política abierta, en la que se articulan los diversos intereses sociales en juego, la concreción es el producto de un procedimiento de interpretación, en el cual, el Tribunal Constitucional afirma la existencia de una norma adscrita y fundamenta su validez definitiva.

Asimismo, las normas adscritas que actualiza el Legislador están dotadas de una pretensión y de una presunción de validez definitiva. Esta pretensión y esta presunción pueden ser desvirtuadas en el control de constitucionalidad. En cambio, las normas adscritas concretadas por el Tribunal Constitucional tienen en todo caso una validez definitiva, que no puede desvirtuarse por las decisiones de ningún otro poder político, salvo las que provengan del ejercicio del poder para reformar la Constitución.

2.2.3. Sobre el *status* de las normas adscritas

La atribución del *status* normativo a las normas adscritas actualizadas por el Legislador y por los demás órganos de configuración política no suele suscitar grandes discusiones. Esto no ocurre, en cambio, cuando se otorga el *status* de normas a las normas adscritas concretadas en los fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional. El hecho de que este tipo de normas adscritas no sea el resultado del ejercicio de una competencia para la imposición de normas, sino de una competencia interpretativa, podría generar algunas objeciones, de ningún modo insustanciales, en cuanto a su catalogación como normas.

De un lado, podría advertirse que el fallo es la única parte jurídicamente vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional y, por lo tanto, el único lugar en donde se hace explícita una norma. Esta crítica señalaría que los fundamentos jurídicos de las sentencias contienen solamente explicaciones y fundamentaciones, pero que de ninguna manera establecen ni concretan normas. Por otra parte, podría objetarse que la principal característica de toda norma consiste en su capacidad para vincular a algún destinatario y afirmarse que estas normas adscritas no presentan esta propiedad, que carecen de destinatarios. En consecuencia, se sugeriría otras denominaciones para estas entidades, tales como: enunciados interpretativos o, simplemente, interpretaciones de los enunciados de derecho fundamental y se rechazaría en todo caso su catalogación como normas.

A nuestro juicio es posible rebatir estas objeciones. La concreción de las normas adscritas por parte del Tribunal Constitucional es desde luego el resultado de la interpretación de las disposiciones iusfundamentales. Sin embargo, el objeto de estas interpretaciones, o con mayor precisión: el objeto de estas aseveraciones interpretativas, tiene el carácter de norma de derecho fundamental en sentido semántico. Estas normas adscritas presentan claramente cuatro características que comúnmente integran no sólo el concepto semántico de norma, sino también otros conceptos alternativos de la norma jurídica⁷⁸. En primer lugar, se trata de proposiciones prescriptivas, en las

⁷⁸ No es este el lugar adecuado para ahondar en la discusión acerca del concepto de norma jurídica y acerca del concepto de su validez, que, como señaló Kelsen, constituye el modo específico de existencia de las normas. Baste mencionar que en la

cuales su componente deóntico prevalece. En segundo término, estas normas adscritas se fundamentan a partir de una disposición jurídica: una disposición de derecho fundamental. En tercer lugar, dichas normas proceden simultáneamente de dos fuentes del derecho: de la Constitución, indirectamente, y de modo inmediato, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por último, las normas adscritas vinculan a sus destinatarios.

Anteriormente hemos aludido a las dos primeras de estas cuatro características, es decir, al carácter prescriptivo o deóntico de las normas adscritas y a su relación semántica e interpretativa con las disposiciones de derecho fundamental. Las normas adscritas que concreta el Tribunal Constitucional constituyen una parte del significado normativo de las disposiciones de derecho fundamental y prescriben una parte del deber ser establecido por éstas: prohibiciones, mandatos, permisiones o habilitaciones de derecho fundamental. Por su parte, la tercera propiedad de las normas adscritas ha desencadenado intrincadas discusiones, que no es preciso abordar ahora, atinentes sobre todo al interrogante de si la jurisprudencia constitucional puede ser considerada como una fuente del Derecho. Sobre este aspecto, baste señalar

doctrina se han propuesto un sinnúmero de teorías de la validez normativa, cada una de las cuales enumera una exigencia o un conjunto de exigencias, cuyo cumplimiento resultaría imprescindible para que una norma pudiese ser considerada válida. R. Alexy ha sintetizado las diversas teorías de la validez en tres grandes grupos: aquéllas que postulan un concepto «sociológico» de validez, aquéllas que propugnan uno «jurídico» y aquéllas que se decantan por un concepto «ético». De acuerdo con el primero de estos conceptos, para que una norma sea válida, es pertinente que goce de una eficacia social mínima, o en otros términos, que sea obedecida socialmente y que, en caso de desobediencia, se aplique una sanción. Según el concepto jurídico, la validez de una norma depende de que haya sido dictada conforme a lo prescrito por el ordenamiento jurídico, es decir, por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y sin violar normas jerárquicamente superiores. Por último, según el concepto ético de validez, para que una norma sea válida, ella debe ser materialmente correcta (vid. R. ALEXY *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 87 y ss.). Como Alexy señala, estos conceptos son complementarios entre sí y a veces pueden entrar en colisiones. Además, sus exigencias son acordes con los principios del Estado Constitucional (vid. Sobre este aspecto: D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 18 y ss. y 34 y ss.) En todo caso, todos ellos son independientes y compatibles con el concepto semántico de norma (vid. Sobre esta independencia y esta compatibilidad: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 55 y ss.). No obstante, conviene reconocer que el concepto semántico de norma formula un requisito de validez independiente de los anteriores: el de la corrección interpretativa.

que existe cierto consenso en la doctrina, a la hora de reconocer a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el *status* de fuente de los derechos fundamentales⁷⁹, y baste recordar, en todo caso, que aunque sólo sean normas indirectamente estatuidas, las normas adscritas forman parte *prima facie* del contenido normativo de las disposiciones de derecho fundamental y, por lo tanto, valen como contenidos constitucionales *prima facie*.

La cuarta característica, o sea, el hecho de que las normas adscritas concretadas por el Tribunal Constitucional sean vinculantes para sus destinatarios, es sin embargo el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas. Estas normas adscritas resultan vinculantes por lo menos en tres sentidos. En primer lugar, son vinculantes para los particulares y para los operadores jurídicos, porque establecen el significado normativo de las disposiciones de derecho fundamental para tipos generales de situaciones de hecho. Las normas adscritas prescriben aquello que resulta iusfundamentalmente vinculante para ciertos tipos de circunstancias. En el ejemplo citado anteriormente, el carácter vinculante del artículo 22.1 CE se proyecta y se extiende sobre la norma adscrita, concretada por el Tribunal Constitucional, que prescribe la prohibición de asociación obligatoria. Desde la promulgación del texto constitucional, esta norma adscrita tiene validez *prima facie*, como contenido del artículo 22.1 CE. Esta validez se hace explícita y se convierte en definitiva mediante la concreción efectuada por parte del Tribunal Constitucional. Tras dicha concreción se disipan todas las dudas acerca de la validez de la norma adscrita y su vinculación se proyecta sobre los destinatarios de la Constitución. En el ejemplo, todos los destinatarios del artículo 22.1 CE resultan también vinculados por la norma adscrita que prescribe la prohibición de asociación obligatoria⁸⁰. Por esta razón, puede asegurarse que el deber ser que las disposiciones iusfundamentales ordenan, no es sólo aquél que su texto estatuye directamente, sino también el deber ser que prescriben las normas adscritas y que el Tribunal Constitucional concreta en los fundamentos de sus sentencias.

⁷⁹ Vid. F. RUBIO LLORENTE, «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», op. cit., pp. 3 y ss.

⁸⁰ Este deber de actuar de acuerdo con las normas adscritas concretadas por el Tribunal Constitucional no es óbice para que si un juez en un caso concreto encuentra una razón plausible para apartarse de ellas, plantee la cuestión de inconstitucionalidad, con el fin de que se revise la jurisprudencia o para que el Tribunal Constitucional determine si una norma adscrita que ha sido concretada anteriormente es aplicable también a un nuevo caso.

En segundo lugar, el carácter vinculante de las normas adscritas se sigue también de los artículos 38.1 LOTC y 5.1 LOPJ. De acuerdo con el artículo 38.1 LOTC, «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad... vincularán a todos los poderes públicos»⁸¹. Por su parte, el artículo 5.1 LOPJ prescribe: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Las normas adscritas pueden asimilarse a la «interpretación» de las disposiciones —*preceptos*— de derecho fundamental, a los que este enunciado alude, y están contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional, vinculantes para los poderes públicos en virtud del artículo 38.1 LOTC⁸².

Por último, las normas adscritas concretadas por el Tribunal Constitucional también resultan vinculantes en cierto sentido para el propio Tribunal. Por una parte, estas normas constituyen la premisa mayor de la fundamentación interna de todo fallo. Por esta razón, el Tribunal Constitucional debe decidir los casos concretos de acuerdo con las normas adscritas que concrete para el efecto. Se trata de un requisito de coherencia que se predica de toda sentencia. Una sentencia sería incoherente, si la decisión contenida en el fallo no se derivara de la norma adscrita que el Tribunal hubiese concretado previamente en los fundamentos jurídicos de ella misma. La incoherencia se suscitara porque la fundamentación invocada en la sentencia no constituiría el fundamento del fallo; porque éste no se derivaría de las premisas que se invocan para sustentarlo.

Este primer sentido de la vinculación que las normas adscritas proyectan sobre el Tribunal Constitucional es evidente y sólo será relevan-

⁸¹ A su vez, esta disposición se fundamenta en el artículo 164.1 CE: «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicaran en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos».

⁸² Vid. una Sentencia en donde se invoca el artículo 5.1 LOPJ para hacer valer el carácter vinculante de las interpretaciones contenidas en los fundamentos jurídicos de las sentencias de constitucionalidad: la STC 186/2001, FJ 8°. Además, sobre la fuerza vinculante de las argumentaciones del Tribunal Constitucional, contenidas en los fundamentos jurídicos de sus sentencias: la STC 6/1991, FJ. 4°.

te en casos muy poco probables de sentencias abiertamente incoherentes. Sin embargo, junto a este efecto cabe mencionar asimismo que la concreción de las normas adscritas reviste el carácter de precedente y que, por consiguiente, dichas normas resultan también vinculantes para el Tribunal Constitucional, aunque con un carácter *sui generis*. El carácter *sui generis* se debe a que el Alto Tribunal tiene siempre competencia para modificar su propia jurisprudencia y, como es bien sabido, ningún sujeto puede considerarse vinculado por una norma, en el estricto sentido de la expresión, cuando tiene la posibilidad de modificarla.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la modificación de las normas adscritas debe cumplir por lo menos dos exigencias: una exigencia de índole legal y una exigencia de corrección. Por una parte, con fundamento en el artículo 13 LOTC, puede aseverarse que si en un determinado asunto, una sala del Tribunal Constitucional concluye que no debe decidir de acuerdo con una norma adscrita concretada en un caso anterior, debe someter la decisión al Pleno. De esta manera, el hecho de que la concreción de una norma adscrita tenga el carácter de precedente, obliga por lo menos a que la sala deba enviar el asunto para que sea discutido con mayor reflexión en el Pleno. Por otra parte, sobre el Tribunal Constitucional pesa la exigencia de corrección consistente en el deber de fundamentar el cambio de precedente, cada vez que se aparte de una norma adscrita concretada en una sentencia anterior. Siempre que se presente esta hipótesis, el Tribunal debe aducir una razón para justificar la inaplicación de la norma anterior y la concreción de la nueva.

Es posible que el Tribunal Constitucional no cumpla en la práctica esta exigencia, así como tampoco el mandato establecido por el artículo 13 LOTC. No obstante, el hecho de que estas dos exigencias estén desprovistas de toda sanción jurídica, no las hace efímeras por completo. Si en un caso dado, el Alto Tribunal se apartara de una norma adscrita y no adujera ninguna razón aceptable como justificación, o si una sala actuara de este modo y no remitiera el asunto al Pleno, cualquier participante en la práctica jurídica advertiría que el Tribunal Constitucional ha realizado un comportamiento anómalo, una conducta que se aparta de lo debido, porque sobre éste pesaba un deber que no cumplió. De este modo, el cumplimiento de las exigencias que impone el carácter de precedente, propio de la concreción de las normas adscritas, es un importante elemento de juicio, para que

la opinión pública y los órganos políticos ejerzan un control, cuando menos social, sobre las decisiones del Tribunal Constitucional.

2.2.4. El deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas

El Tribunal Constitucional tiene el deber de fundamentar correctamente la concreción de las normas adscritas, o de modo más preciso, el deber de fundamentar su validez definitiva. La existencia de este deber puede sustentarse con varios argumentos. En primer lugar, ya hemos señalado que mediante la concreción de una norma adscrita no se crea ni se impone una nueva norma, sino que este acto consiste en la formulación institucional de una aseveración interpretativa. Mediante la concreción, el Tribunal Constitucional asevera que una determinada norma adscrita debe ser considerada interpretativamente como una norma válida, por ser uno de los contenidos normativos que cierta disposición de derecho fundamental ha estatuido. En cuanto aseveración interpretativa, toda concreción es susceptible de ser correcta o de ser incorrecta. Esto se observa con claridad en los casos fáciles. A nadie se ocultaría, por ejemplo, que la adscripción interpretativa de la norma: «está prohibido imponer el deber de asociación obligatoria» al artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), sería una adscripción incorrecta. Por el contrario, resulta patente que la adscripción al artículo 15 CE de la norma: «está prohibido el fusilamiento de civiles en tiempo de paz», es una adscripción correcta. Lo que ocurre, sin embargo, es que la mayoría de los casos reales envuelven situaciones de mayor complejidad. En casi todos los supuestos sobre los que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse en la práctica, la corrección o incorrección de este tipo de aseveraciones interpretativas no salta a la vista desde el comienzo, sino que suele ser el resultado de una fundamentación compuesta por diversos argumentos a favor y en contra de la aseveración de que se trate.

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse, en primer lugar, que el deber de motivar las sentencias impone también al Tribunal Constitucional el deber de fundamentar la validez definitiva de las normas adscritas⁸³ y, como medio para tal fin, el deber de considerar

⁸³ De este modo, el concepto semántico de norma, aplicado para definir las normas iusfundamentales adscritas, impone una exigencia de validez, independiente

todos los argumentos que jueguen a favor y en contra de la norma respectiva. En otros términos, el Tribunal Constitucional tiene el deber de hacer explícitos los fundamentos jurídicos que respaldan la concreción de las normas adscritas. Sin embargo, este deber no se entiende sólo como un deber de fundamentación, sino como un deber de fundamentación correcta. Como hemos visto en la Introducción, el Tribunal Constitucional incurriría en una contradicción performativa si concretara una norma adscrita, en cuya fundamentación advirtiera: «los siguientes fundamentos jurídicos son incorrectos». Si el Tribunal incluyera una advertencia de estas características en alguna de sus decisiones, se produciría una contradicción performativa, porque lo advertido sería incompatible con uno de los presupuestos de toda decisión jurisdiccional: que la decisión pretende estar basada en una fundamentación correcta. La existencia de esta contradicción performativa demuestra entonces que un presupuesto de toda sentencia de constitucionalidad consiste en que su decisión pretende estar fundamentada correctamente, o en otros términos, que la motivación que respalda el fallo pretende ser una motivación correcta. Este presupuesto de la sentencia de constitucionalidad es también un presupuesto de la concreción de las normas adscritas, porque dicha concreción es una parte decisiva de la sentencia: la determinación de la premisa mayor de la fundamentación interna.

En segundo lugar, junto a lo anterior, el deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas se deriva de la pretensión de corrección que eleva cada una de las decisiones del Tribunal Constitucional. Al significado y al alcance de esta pretensión de corrección ya hemos aludido anteriormente. Baste señalar aquí que la concreción de las normas adscritas no puede entenderse sólo como un acto de autoridad del Tribunal Constitucional, sino, en cuanto parte de la sentencia de constitucionalidad, una decisión jurisdiccional, como la culminación de un proceso discursivo en el cual se trata de decidir con fundamento en los argumentos correctos, acerca de la

de aquéllas que propugnan las teorías jurídicas, éticas y sociológicas de la validez jurídica. Esta exigencia independiente consiste en la corrección interpretativa y puede enunciarse de la siguiente manera: una norma debe considerarse, en sentido semántico, como una norma válida, si su adscripción interpretativa a una disposición jurídica puede ser fundamentada correctamente. La existencia de este requisito de validez ya había sido avizorada en cierto sentido por Heckmann, al señalar: «la fuerza de validez [*Geltungskraft*] de las normas jurídicas se establece en últimas mediante su interpretación». Vid. *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, op. cit., pp. 153.

constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. Al tener el carácter de acto proveniente de un discurso jurisdiccional, la sentencia de constitucionalidad se pretende necesariamente como una decisión correcta, susceptible además de ser fundamentada. Del mismo modo, la concreción de las normas adscritas, en cuanto parte de la sentencia de constitucionalidad, no se presenta a sí misma sólo como un acto de autoridad del Tribunal Constitucional, sustentado únicamente en su carácter inapelable y definitivo, sino que se pretende a sí misma como una decisión correcta y como una decisión susceptible de ser fundamentada. La corrección de la validez de una norma adscrita se reconocerá más fácilmente, si la sentencia en donde aparece, aduce argumentos correctos como fundamento de aquélla. De esta relación teleológica se sigue, que la pretensión de corrección impone también al Tribunal Constitucional el deber de fundamentar correctamente la validez de las normas adscritas⁸⁴.

Por último, este deber de fundamentación correcta dimana asimismo de la presunción de constitucionalidad de las leyes⁸⁵. En muchos casos, la concreción de una norma adscrita lleva consigo la declaración de inconstitucionalidad de una ley de intervención en los derechos fundamentales. No obstante, como es bien sabido, la ley goza siempre de una presunción de constitucionalidad. Por esta razón, su inconstitucionalidad debe ser fundamentada mediante argumentos correctos. La fundamentación correcta de una norma adscrita contraria a una ley que ha intervenido en un derecho fundamental, equivale a la fundamentación correcta de la vulneración del derecho y, correlativamente, a la fundamentación de la inconstitucionalidad de la ley. Por consiguiente, la presunción de constitucionalidad de una ley sólo puede

⁸⁴ Este deber de fundamentación correcta es una especie del deber que tiene todo hablante de fundamentar lo que afirma, cuando se le solicita la fundamentación. Sobre este último deber, R. Alexy ha acuñado la siguiente regla de racionalidad: «Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifique el rechazar una fundamentación». Vid. *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 185 y 36.

⁸⁵ Vid. sobre el significado y el alcance de la presunción de constitucionalidad de las leyes: V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 141 y ss. Ferreres sostiene que la presunción de constitucionalidad de las leyes impone el deber de demostrar la inconstitucionalidad de la ley, es decir, «demostrar que la interpretación correcta del texto de la ley, contradice la interpretación correcta del texto de la Constitución» (el énfasis es nuestro).

desvirtuarse, si se fundamenta correctamente la validez de una norma adscrita incompatible con ella.

2.2.5. La función del principio de proporcionalidad

La correcta fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental tiene dos dimensiones: una material y una estructural. En cada una de estas dimensiones actúan diferentes criterios materiales y estructurales que cumplen una doble función. Estos criterios son la materia prima con la que el Tribunal Constitucional lleva a cabo la fundamentación de las normas adscritas y, por otra parte, son instrumentos para el control y la crítica social y política de las fundamentaciones ofrecidas por el Alto Tribunal.

Por medio de los criterios materiales se determina qué concretos mandatos, prohibiciones, permisiones, sujeciones y habilitaciones constituyen el objeto de las normas adscritas y, por lo tanto, deben considerarse como una parte del ámbito normativo de las disposiciones de derecho fundamental. La labor de precisar qué criterios materiales son idóneos para este fin, es la tarea de las conocidas teorías materiales de los derechos fundamentales —la liberal, la democrática y la del Estado social—, del análisis de las diversas funciones de los derechos fundamentales —como derechos de defensa, derechos a prestaciones en sentido amplio, derechos de organización y de procedimiento, derechos democráticos y derechos de igualdad— y del análisis dogmático del alcance de cada uno de los específicos derechos fundamentales.

Es pertinente señalar que los criterios materiales de ordinario son insuficientes para ofrecer una fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas de derecho fundamental. La principal razón de esta insuficiencia estriba en que los criterios materiales suelen entrar en colisión. En los casos difíciles es usual que no exista un consenso acerca de cuáles son los criterios materiales decisivos para la fundamentación de la validez de una determinada norma adscrita. Esta situación se presenta, cuando los criterios materiales que para un individuo determinan la validez de cierta norma adscrita, no son válidos o no son relevantes desde el punto de vista de otros individuos inmersos en la misma práctica constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, para fundamentar las normas adscritas casi siempre es necesario recurrir a los criterios estructurales.

Mediante los criterios estructurales se determina la manera en que debe llevarse a cabo la fundamentación correcta de dichas normas. Estos criterios determinan la forma en que deben resolverse las colisiones existentes entre los diversos criterios materiales relevantes. De este modo, se pretende alcanzar la corrección material de la fundamentación de las normas adscritas, mediante su corrección estructural. Ciertamente, la corrección estructural no es una condición suficiente para obtener una fundamentación correcta. Una fundamentación estructuralmente correcta, en la que sin embargo sean utilizados criterios materiales incorrectos, terminará siendo una fundamentación incorrecta. No obstante, la mediación de criterios estructurales es una condición necesaria para la corrección, siempre que los criterios materiales no sean suficientes para desarrollar plenamente la fundamentación de la norma adscrita respectiva. Toda fundamentación basada en criterios materiales que entren en conflicto, que se lleve a cabo sin la mediación de criterios estructurales, será una fundamentación inconsistente y por tanto incorrecta.

Diversas teorías de los derechos fundamentales han propuesto un nutrido catálogo de criterios estructurales para la fundamentación de las normas adscritas. Entre los criterios estructurales sobresalen los distintos conceptos del contenido esencial de los derechos fundamentales, los criterios de las llamadas teorías internas y el principio de proporcionalidad. Estos criterios son el producto de distintas concepciones teóricas acerca de los derechos fundamentales, que se diferencian en su perspectiva y en su trasfondo. Sin embargo, todos ellos han sido propuestos para cumplir una misma función: la de estructurar la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental. Por esta razón, dichos criterios se excluyen mutuamente y compiten entre sí. Es de suma importancia intentar establecer cuál de estos criterios logra desempeñar de la manera más racional posible la función de estructurar la fundamentación de las normas iusfundamentales adscritas. No obstante, este objetivo nos lleva por ahora demasiado lejos. De antemano debemos enunciar la siguiente tesis acerca de la función del principio de proporcionalidad, que da cuenta de su carácter de criterio estructural: la función que el principio de proporcionalidad cumple en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas iusfundamentales adscritas.

El principio de proporcionalidad estructura esta fundamentación en un procedimiento de cinco pasos, en el cual son tenidos en cuenta

todos los argumentos materiales analíticos, normativos y fácticos a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante. Los cinco pasos son los siguientes: a. La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b. La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; c. El examen de idoneidad de la ley; d. El examen de necesidad de la ley; e. El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

De estos cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad y los tres últimos son los ya referidos subprincipios que lo componen. La manera cómo se surten estos cinco pasos será aclarada al final de este Capítulo mediante un ejemplo y será analizada a profundidad en el Capítulo sexto. A continuación todavía es preciso aclarar el concepto de las normas individuales, para completar la tipología de las normas de derecho fundamental que aquí proponemos, y definir cuál es el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad.

2.3. *Las normas individuales de derecho fundamental*

Las normas individuales⁸⁶ de derecho fundamental son las normas contenidas en la parte resolutive de las sentencias del Tribunal Constitucional que versan sobre los derechos fundamentales⁸⁷. En estas sentencias de constitucionalidad, las normas individuales son el producto

⁸⁶ Con este nombre procuramos mantener la conocida terminología kelseniana. Vid. H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1995, pp. 159 y ss.; Id., *Teoría general de las normas*, Trillas, México D.F., 1994, pp. 25 y ss.; 272 y ss.

⁸⁷ E. Bulygin ha hecho hincapié, en que en los fundamentos jurídicos de las sentencias se encuentran «enunciados normativos generales». En contraposición, en la parte resolutive o dispositiva de una sentencia se halla siempre una «norma individual», «que se refiere a la conducta de individuos determinados y a prestaciones o sanciones concretas», en «Sentencia judicial y creación de derechos», en C. E. ALCHOURRÓN e ÍD., *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 358. No obstante, cabe aclarar que ésta no es la única fuente de las normas iusfundamentales individuales. También se encuentran múltiples normas iusfundamentales individuales en las regulaciones legislativas y administrativas de los ámbitos materiales concernientes a los derechos y en los actos jurídicos de los particulares que se refieren a estos ámbitos.

de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida o de una norma adscrita. Dicho de otro modo, las normas individuales son la conclusión del silogismo que constituye la fundamentación interna de la sentencia de constitucionalidad sobre las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, silogismo cuya premisa mayor es una norma directamente estatuida o una norma adscrita.

Si se sigue la conocida distinción entre las normas generales y las normas individuales, expuesta por G. H. von Wright⁸⁸, se convendrá que las normas individuales de derecho fundamental reciben esta denominación porque son individuales con respecto al sujeto y a la ocasión. La individualidad en cuanto al sujeto se debe a que estas normas se refieren a la conducta de uno o varios individuos determinados. Que a la vez sean individuales en cuanto a la ocasión, significa que aluden a una sola conducta, cuya realización está ordenada, prohibida, permitida o habilitada para un cierto número de ocasiones.

Con todo, observadas desde el punto de vista de la definición de von Wright, las normas individuales de derecho fundamental presentan características peculiares, en comparación con otros tipos de normas individuales, como aquéllas que se estatuyen en el fallo de las sentencias de la Jurisdicción Ordinaria. Los rasgos específicos de las normas individuales de derecho fundamental se derivan principalmente de dos factores:

En primer lugar, al ser el producto de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes, las normas individuales de derecho fundamental están dotadas del máximo grado de generalidad y abstracción dentro de su género y, por consiguiente, sin dejar de ser individuales —en cuanto al comportamiento y en cuanto a la ocasión— pueden estar referidas al mismo tiempo a una pluralidad de sujetos. En relación con este aspecto, debe recordarse que en virtud del carácter universal de la vinculación que dimana de las normas constitucionales (art. 9.1 CE), las normas individuales de derecho fundamental vinculan a todos los poderes públicos y a los particulares. Como consecuencia, tanto los poderes públicos como los particulares están sujetos a estas normas individuales.

En segundo lugar, la singularidad de estas normas se desprende de la variedad de procesos constitucionales en que los derechos fun-

⁸⁸ G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963, pp. 77-81.

damentales son aplicados. De este modo, el fallo de una sentencia de amparo suele contener una norma individual que concierne a un caso concreto y a uno o varios individuos específicos, en una determinada relación con el poder público o con otro particular. Por el contrario, en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley, suscitada por un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad, se encuentran normas individuales que merecen esta denominación porque se refieren a una sola ley expedida por un único legislador determinado: el Parlamento español, pero que están dotadas de un grado de generalidad y abstracción mayor que el de las normas individuales contenidas en los fallos de amparo. La generalidad y la abstracción de la ley objeto del control de constitucionalidad, se proyecta sobre la norma individual que constituye el fallo de la sentencia y la dota de generalidad y de abstracción.

El carácter de las normas individuales de derecho fundamental se observa con mayor nitidez en el ya citado ejemplo del FJ 20° de la STC 11/1981. Recordemos que en dicha sentencia, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad, se declaró inconstitucional la prescripción contenida en el apartado 7 del artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/1977. Este apartado establecía literalmente: «corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar [...] servicios [...] necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa», que hubiesen sido estipulados como tales por el comité de huelga. A juicio del Tribunal Constitucional, este apartado del Real Decreto-Ley era inconstitucional, porque «la designación hecha unilateralmente por el empresario priva[ba] a los trabajadores designados de un derecho [...] de carácter fundamental». El fallo de esta sentencia contiene una norma individual de derecho fundamental que ordena al Tribunal Constitucional imputar la sanción de inconstitucionalidad en contra del Real Decreto-Ley examinado (una norma determinada), como consecuencia de la contradicción, por parte del Legislador, de la norma adscrita aplicable al caso, que prohibía atribuir al empresario la competencia para designar unilateralmente a los trabajadores que deben prestar los servicios necesarios mencionados en el apartado referido. Esta norma individual es el producto de la subsunción del caso, es decir del apartado examinado, bajo el supuesto de hecho de la norma adscrita de derecho fundamental relevante. Dado que el Legislador transgredió la prohibición contenida en la

norma adscrita, en el fallo de la sentencia se establece el deber de imputar la sanción de inconstitucionalidad a la norma transgresora.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Anteriormente hemos señalado que la función del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas adscritas de derecho fundamental. Con base en esta idea, ahora es preciso delimitar el ámbito de aplicación de este principio en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales.

De lo expuesto hasta el momento se sigue que la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales es un proceso complejo que se compone de relaciones de derivación, fundamentación y concreción entre las normas iusfundamentales directamente estatuidas, las normas adscritas y las normas individuales. Dicho de otro modo, quien intente analizar cómo se determina el contenido normativo de los derechos fundamentales, debe averiguar de qué manera, a partir de la norma que una disposición iusfundamental estatuye directamente, pueden concretarse y fundamentarse las normas adscritas y las normas individuales⁸⁹. En este marco, el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental.

Si se parte de esta base, para determinar el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es preciso indagar, en qué casos es necesario concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental⁹⁰. Este interrogante puede responderse mediante un análisis

⁸⁹ Desde luego, este interrogante no es exclusivo del campo de los derechos fundamentales. La principal pregunta de la interpretación de la ley es también, *mutatis mutandi*, cómo se concretan las normas individuales contenidas en la sentencia a partir de las normas estatuidas directamente por la legislación o adscritas a ella.

⁹⁰ P. Lerche y E. Grabitz han intentado delimitar con otros criterios el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. La delimitación de P. Lerche toma como base el criterio del tipo de ley que se controla. De este modo, Lerche diferencia entre las normas legislativas de aclaración, de determinación, de interven-

de las relaciones entre las normas directamente estatuidas y las normas legislativas que son el objeto del control de constitucionalidad. Estas

ción y de defensa contra el abuso de los derechos fundamentales y las normas legislativas de solución de conflictos entre derechos. De acuerdo con Lerche, el principio de proporcionalidad se aplica básicamente para controlar la constitucionalidad de los últimos tres tipos de normas legislativas; en cambio, su aplicación es muy remota en el control de los dos primeros. Vid. *Übermaß und Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 99 y ss. y 106 y ss. Por su parte, E. Grabitz delimita el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad con fundamento en el criterio del ámbito de decisión que el Legislador tiene a su disposición, para determinar qué tipo de intereses públicos pueden justificar la intervención de una ley en los derechos fundamentales. De esta manera, Grabitz distingue entre diversas clases de competencias legislativas para la fijación de fines en el ámbito de los derechos fundamentales. Dichas clases de competencias son: «la competencia legislativa para la concreción», «la competencia legislativa cualificatoria libre de arbitrariedad», «la competencia legislativa cualificatoria vinculada negativamente» y «la competencia legislativa cualificatoria vinculada positivamente». En ejercicio de la competencia legislativa para la concreción, el Parlamento restringe los derechos fundamentales para proteger un interés público tipificado en la Constitución. La competencia legislativa cualificatoria libre de arbitrariedad habilita en cambio al Legislador para fijar intereses públicos en campos más abiertos a la política —como por ejemplo, la economía— y para restringir los derechos fundamentales, en razón de dichos fines, de una forma no arbitraria. Por último, las competencias cualificatorias vinculadas negativa y positivamente habilitan al Legislador para intervenir en los derechos fundamentales, sólo cuando la intervención esté exigida por un interés público de mayor peso que el derecho intervenido. En opinión de Grabitz, el principio de proporcionalidad no puede aplicarse para controlar las leyes que se dicten en ejercicio de la competencia cualificatoria libre de arbitrariedad. Por el contrario, este principio sí debe aplicarse en el control de las leyes expedidas en ejercicio de las demás competencias. No obstante, frente a estos otros tres tipos de leyes, la intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad debe variar en función de la intensidad de la intervención legislativa: cuanto mayor sea la intensidad en la intervención legislativa, tanto mayor deberá ser la intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad. Vid. «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, núm. 4, 1973, pp. 602 y ss. En contra de los modelos de Lerche y de Grabitz puede proponerse varias objeciones. Por una parte, en estos dos modelos se confunde el problema de la delimitación del ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, con el de los criterios para fijar la intensidad de su aplicación. En el Capítulo VI veremos que este último es un problema diferente. En segundo lugar, en los dos modelos aparecen algunas distinciones entre tipos de leyes y tipos de intereses públicos, con base en las cuales es bastante difícil clasificar las leyes que el Parlamento expide en la realidad. Estas clasificaciones se solapan entre sí y no aportan demasiados elementos de juicio para dilucidar cuáles son las relaciones entre las normas legislativas y las diversas clases de normas de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes. Vid. una crítica de estos y de otros intentos de delimitar el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: A. BLECKMANN, *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, op. cit., pp. 455 y ss.

relaciones pueden reconstruirse a su vez por medio de la distinción entre casos iusfundamentales fáciles y difíciles en sentido amplio⁹¹.

3.1. *Los casos fáciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes*

De acuerdo con la conocida definición de H. L. Hart⁹², un caso puede ser catalogado como fácil, cuando es posible reconocer a primera vista, si el evento que se presenta es uno de los ejemplos previstos por la norma que debe aplicarse. Expresado de otra manera, el intérprete se sitúa frente a un caso fácil, cuando puede determinarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, si la hipótesis de que se trata se encuadra dentro de la referencia semántica de la disposición jurídica relevante o si, por el contrario, está excluida de ésta. Los casos fáciles no despiertan controversias, concitan el acuerdo acerca del significado normativo de la disposición jurídica relevante y acerca de la aplicación de este significado a la hipótesis de hecho que se presenta.

Si aplicamos esta definición a nuestro ámbito de estudio, podemos considerar como casos fáciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes, a aquéllos en los cuales es patente *a priori* que la norma legislativa examinada se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma directamente estatuida o, por el contrario, es evidente que se trata de una hipótesis excluida del mismo.

⁹¹ Cuando en este Capítulo hagamos alusión a la diferencia entre casos fáciles y difíciles, deberá entenderse que se trata de casos fáciles y difíciles en sentido amplio. De este modo, pretendemos distinguir esta clasificación, de la distinción entre los casos fáciles y difíciles en sentido estricto, que se aplica dentro de la estructura del principio de proporcionalidad. Los casos difíciles en sentido estricto son aquéllos que no pueden ser solucionados mediante los criterios ofrecidos por los tres subprincipios de la proporcionalidad.

⁹² H. L. HART, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 155 y ss. Vid. También sobre la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y las controversias que suscita: B. BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 9 y ss. En la doctrina española: M. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 110 y ss.; M. ATIENZA, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 246 y ss.; A. NIETO, *El arbitrio judicial*, op. cit., pp. 63 y ss.; P. ANDRÉS IBAÑEZ, «Racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 307 y ss.; F. ATRIA, «Del Derecho y el razonamiento jurídico», *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 92 y ss.

Además de esto, para que un caso de derecho fundamental pueda ser considerado como fácil, es necesario que no sean relevantes otros principios constitucionales que jueguen en contra de la relación *a priori* entre la norma directamente estatuida y la norma legislativa examinada; específicamente, es preciso que no sean aplicables otros principios constitucionales que avalen la constitucionalidad de la norma legislativa, cuando se considere *a priori* que ésta se subsume bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida.

De acuerdo con estos dos criterios, se presenta un caso fácil de derecho fundamental en los siguientes cuatro supuestos:

- a) Cuando es evidente que la norma legislativa que se controla, está excluida del supuesto de hecho de la norma iusfundamental directamente estatuida relevante en el caso.

Esta circunstancia se presenta, cuando la norma legal regula una hipótesis absolutamente extraña a la referencia semántica de la norma directamente estatuida y, por esta razón, existe consenso en la comunidad de intérpretes sobre la constitucionalidad de la ley.

Este tipo de caso fácil puede explicarse con mayor claridad con base en un ejemplo jurisprudencial, relativo al artículo 26 CE. Según este artículo: «se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales». En la STC 174/1996⁹³, el Tribunal Constitucional sostuvo que no podían ser declarados inconstitucionales, por violación del artículo 26 CE, ciertos acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, en los que se excluyó a un abogado de un concurso entre juristas de reconocida competencia para obtener el cargo de Magistrado, en razón de haber sido condenado penalmente por el delito de estafa. En la fundamentación de la Sentencia, el Tribunal Constitucional señaló: «es [...] claro que la decisión adoptada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial *nada tiene que ver* con la interdicción de los Tribunales de Honor contenida en el artículo 26 C.E., aun cuando su fundamento fuere que la condena penal del concursante supone un demérito incompatible con la condición de "jurista de reconocida competencia", pues tal conclusión, derivada de una conducta antecedente, no im-

⁹³ STC 174/1996, FJ 1º.

plica un juicio en conciencia sobre el honor de aquél ni responde a las convicciones personales de los juzgadores sobre los deberes inmanentes a un indefinido honor corporativo, sino que, muy al contrario, es una resolución adoptada con una motivación explícita y un soporte objetivo que el Consejo encuentra (acierte o no, y eso poco importa en este momento liminar) en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (el énfasis es nuestro).

En este caso, no referido a una ley, sino a unos acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, se observa que *a priori* aparecía claramente que, en razón de su contenido, dichos acuerdos no podían ser asimilados a la categoría de decisiones de un «Tribunal de Honor» y que, por tanto, la inconstitucionalidad alegada no encontraba fundamento a partir de la norma directamente estatuida por el artículo 26 CE. Por esta causa, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo que había originado su decisión.

Esta conclusión puede aplicarse también al control de las leyes. En este sentido, puede afirmarse que toda norma legislativa que aparezca excluida de modo manifiesto de la referencia semántica de una norma iusfundamental directamente estatuida, no podrá ser declarada inconstitucional por vulnerar dicha norma. La ubicación de la norma legislativa examinada fuera de la referencia semántica de la norma iusfundamental directamente estatuida invocada en el caso, implica que entre esas dos normas no existe una contradicción. Por este motivo debe declararse la constitucionalidad de la ley.

- b) Un segundo tipo de caso fácil de derecho fundamental es aquel en el cual, la norma legislativa regula un caso que se encuadra claramente en el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida, pero también en el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva estatuida directamente por la Constitución o sobre cuya constitucionalidad no existe ninguna duda.

Para comprender este supuesto puede imaginarse que el Tribunal Constitucional debiese examinar la constitucionalidad de una ley que prohibiera las reuniones en las cuales los asistentes llevaran consigo un fusil. En este caso hipotético, la ley se encuadra en el supuesto de hecho de la norma directamente estatuida por el artículo 21 CE, que garantiza el dere-

cho de reunión. De acuerdo con esta norma, las reuniones están *prima facie* permitidas. Sin embargo, la ley también se encuadra sin lugar a dudas en el supuesto de hecho de la cláusula restrictiva que el mismo enunciado introduce, en virtud de la cual, el derecho de reunión no se garantiza para llevar a cabo reuniones que no sean pacíficas o sean con armas. Es patente que el fusil es un tipo de arma. Por esta razón, el caso se soluciona sin necesidad de una fundamentación más elaborada, con la declaración de la constitucionalidad de la ley. En este caso es indudable que la ley examinada no contradice la norma iusfundamental directamente estatuida, porque su supuesto de hecho está delimitado por una cláusula restrictiva, en la cual se subsume la ley objeto del control.

- c) En tercer lugar, un caso iusfundamental es un caso fácil, cuando la norma legislativa contiene una contradicción flagrante de una norma iusfundamental directamente estatuida.

Para comprender mejor este supuesto, imaginemos por ejemplo que en una ley de procedimiento penal o de Habeas Corpus se incluyera una prescripción según la cual, se amplía a dos semanas el plazo de 72 horas establecido por el artículo 17.2 CE, para que el detenido sea puesto en libertad o a disposición de una autoridad judicial. Si esta ley fuera controlada por el Tribunal Constitucional, sería aplicable el artículo 17.2 CE, cuya norma directamente estatuida establece en su forma condicional hipotética: so pena de inconstitucionalidad, está prohibido establecer por ley un plazo mayor a 72 horas, como «plazo máximo» para que el detenido deba ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. En este supuesto, la norma directamente estatuida actuaría como premisa mayor de la justificación interna del control de constitucionalidad. La premisa menor de este caso constataría que el plazo de dos semanas previsto por la ley, es un plazo mayor a 72 horas. El fallo, por tanto, tendría que declarar la inconstitucionalidad de la ley. En este caso, dado que es palmaria la contradicción de la norma directamente estatuida por parte de la ley, no es necesario concretar una norma adscrita. La ley debe ser declarada inconstitucional, sin necesidad de efectuar ninguna fundamentación adicional.

- d) Por último, un caso de derecho fundamental es un caso fácil, cuando la norma legislativa regula un caso de manera contra-

ría a la Constitución y por lo tanto se subsume claramente bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y además, no es relevante ninguna cláusula restrictiva del derecho, ni ningún otro principio constitucional que juegue en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

En este evento, la ley no contradice absolutamente y en toda su extensión a la norma directamente estatuida, sino sólo regula de manera contradictoria un caso previsto por dicha norma. Por esta razón, la subsunción de la ley bajo el supuesto de hecho de la norma directamente estatuida está libre de controversia y no es necesaria la concreción ni la fundamentación de ninguna norma adscrita. Cualquier participante en la misma práctica constitucional subsumiría la ley bajo el supuesto de hecho de la norma directamente estatuida. Estos supuestos típicos son —de nuevo en palabras de Hart aplicadas a nuestro tema— hipótesis «familiares», «que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios»⁹⁴.

Como ejemplo de este tipo de casos fáciles puede imaginarse el caso de una ley relativa a la última parte del enunciado del artículo 15 CE. La última frase de esta disposición establece: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Puede entenderse que la norma directamente estatuida por esta disposición prescribe lo siguiente: está prohibido imponer la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Redactada de forma condicional hipotética, esta norma prescribe: cualquier norma proferida por un órgano del Estado que imponga la pena de muerte deberá ser declarada inconstitucional. El término «abolida», que figura en el texto de la disposición se puede convertir, sin lugar a discusiones, en el operador deóntico: *prohibido*, que aparece en la norma directamente estatuida. Asimismo, puede sostenerse que existe en la sociedad un grado relativo de claridad acerca de lo que debe entenderse

por «pena de muerte»⁹⁵, con relación a un elevado número de casos. El fusilamiento de un secuestrador perpetrado por la Policía sería con seguridad uno de estos casos que aglutinarían un amplísimo consenso, inclusive hasta la unanimidad, en cuanto a que debe ser considerados como casos claros de pena de muerte. Por esta razón, no cabe duda de que si, en tiempos de paz, el Legislador incluyera en el Código Penal la pena de fusilamiento para el delito de secuestro, el Tribunal Constitucional podría fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de esta ley con base en la norma directamente estatuida por el artículo 15 CE. En este supuesto, dicha norma directamente estatuida funcionaría como premisa mayor de la justificación interna del examen de constitucionalidad. La premisa menor contendría la aseveración de que el fusilamiento perpetrado por la Policía es un caso de pena de muerte impuesto por el Estado y que la ley que ordena su imposición para el delito de secuestro se subsume bajo el supuesto de hecho de la norma estatuida por el artículo 15 CE. El fallo de la sentencia tendría que declarar la inconstitucionalidad de la ley.

Es característico de estos cuatro tipos de casos fáciles, que las norma directamente estatuidas actúan como premisa mayor de la fundamentación interna del control de constitucionalidad. En todos estos supuestos, una norma directamente estatuida se sitúa en la cabeza del silogismo que estructura la fundamentación interna, sin que este hecho dé lugar a controversias o incertidumbres que hayan de ser resueltas mediante una fundamentación adicional. La norma directamente estatuida puede funcionar como premisa mayor, porque guarda un nexo semántico patente de inclusión o de exclusión con la norma legislativa examinada.

Este claro vínculo entre la norma directamente estatuida y la ley se presenta con mayor frecuencia cuando las disposiciones de derecho

⁹⁵ Vid. en la jurisprudencia, un caso fácil en relación con el concepto de pena de muerte: la manera rotunda en que el abogado del Estado rechaza que de este enunciado del artículo 15 CE se derive la obligación del Estado de prohibir penalmente el aborto, en el caso de la STC 53/1985. En este alegato se puede observar que está claro, que la falta de prohibición penal del aborto no constituye un caso de imposición de la pena de muerte por parte del Estado. Se trata de un caso fácil en el que se excluye la aplicación de los términos clasificatorios de la disposición del artículo 15 CE.

⁹⁴ H. L. HART, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 155 y ss.

fundamental revisten un menor grado de indeterminación. Cuanto más determinada sea una disposición de derecho fundamental, con mayor frecuencia podrá operar su norma directamente estatuida como premisa mayor de la fundamentación interna.

Sin embargo, también pueden presentarse casos fáciles en relación con disposiciones de derecho fundamental muy indeterminadas. Es de esperar, no obstante, que en un Estado en donde la Constitución se tome en serio, estos casos se presenten con muy poca frecuencia. Es posible presentar un ejemplo hipotético de este supuesto, en relación con la primera frase del artículo 15 CE, en la parte que prescribe «Todos tienen derecho [...] a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Por lo general, estas disposiciones nunca dan lugar a casos claros. Es evidente que el término «tortura», y las expresiones «penas o tratos inhumanos o degradantes» son indeterminados semántica y estructuralmente. Frente a una misma situación de hecho —por ejemplo frente a la pregunta de si está prohibido a la autoridad penitenciaria ordenar a un recluso desnudarse y hacer flexiones después de un registro a su habitación— dos participantes en la misma práctica constitucional podrían llegar a conclusiones distintas, en relación con el interrogante de si se trata de una tortura, una pena o un trato inhumano o degradante⁹⁶. Sin embargo, una disposición tan indeterminada como ésta, hipotéticamente también puede dar lugar a casos fáciles. Piénsese, por ejemplo, en una ley que autorizara a la Policía a emplear el conocido método del «potro» para obtener las confesiones de los presuntos delincuentes. Dado que el método del «potro» es una forma manifiesta de tortura, la ley del caso debería ser declarada inconstitucional con base en la norma directamente estatuida por el artículo 15 CE, sin que para tal fin fuere necesario adicionar otro tipo de fundamentaciones.

⁹⁶ El ejemplo es de la STC 57/1994. El recurrente en amparo sostuvo que había padecido tratos degradantes. El Tribunal Constitucional, por su parte, estimó el amparo, pero por un motivo diferente. En relación con el motivo fundado en los tratos degradantes señaló: «En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 C.E. Lo que conduce a la desestimación por este motivo de la queja del recurrente de amparo». FJ 4º.

3.2. Los casos difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes

En los casos fáciles de derecho fundamental, la fundamentación interna constituye el aspecto central de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes. El principal objetivo del razonamiento que el Tribunal Constitucional aduce para fundamentar el fallo, consiste en evidenciar que la ley examinada regula un caso que se subsume con claridad bajo una norma iusfundamental directamente estatuida o que está excluido de su ámbito normativo, o que se subsume de forma simultánea en el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva. La norma directamente estatuida actúa como premisa mayor de la fundamentación interna y, dado que está estatuida directamente por la Constitución, no necesita ser a su vez objeto de una fundamentación externa. La fundamentación externa se presupone.

Esta misma situación no se presenta en los casos difíciles, es decir, aquéllos en los cuales, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable⁹⁷, no aparece claro *a priori* si la ley que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental directamente estatuida que resulta relevante⁹⁸. Dado que la norma directamente estatuida no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en estos casos es necesario concretar y fundamentar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia. Esta nueva norma es una norma

⁹⁷ Vid. sobre la indeterminación normativa de los enunciados jurídicos como fuente de los casos difíciles: Z. Yi, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeitsprinzip in der grundrechtlichen Argumentation*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1998, pp. 32 y ss. Yi sostiene que en los casos difíciles es necesario concretar una nueva norma y que la ponderación es un método idóneo para tal fin (pp. 61).

⁹⁸ Vid. sobre el concepto de casos difíciles: R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 146 y 149. Dworkin define los casos difíciles como aquéllos en los cuales «un determinado litigio no se puede subsumir claramente en ninguna norma jurídica» o en los que «no existe una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido». Vid. También sobre este concepto: M. IGLESIAS VILA, «Una crítica al positivismo hartiano. El problema del seguimiento de reglas», *op. cit.*, pp. 139. Esta autora sostiene que un caso difícil es aquel en el cual, el supuesto «al que pretendemos aplicar un término [incluido en un enunciado jurídico] no está cubierto ni excluido por su significado literal». En estos casos, por tanto, «es necesaria la interpretación... sustituir la formulación lingüística de la regla por otra formulación que elimine [la] indeterminación».

adsrita de derecho fundamental, que resuelve la situación de incertidumbre jurídica existente, es decir, la incertidumbre acerca de la constitucionalidad de la ley.

De este modo, en los casos difíciles el núcleo central de la estructura del control de constitucionalidad deja de ser sólo la subsunción del caso bajo la premisa mayor. En estos casos, el razonamiento del Tribunal Constitucional se compone de dos pasos: el tránsito de la norma directamente estatuida —o de su equivalente: la disposición iusfundamental— hasta la norma adsrita (es decir, la concreción y fundamentación externa de la norma adsrita); y el tránsito desde la norma adsrita hasta el fallo o hasta la norma individual (o sea, la subsunción o fundamentación interna de la ley bajo el supuesto de hecho de la norma adsrita).

Por lo demás, este proceso de dos pasos se ve reflejado en la estructura de la argumentación de una buena parte de las sentencias de constitucionalidad que se refieren a los derechos fundamentales. De ordinario, el Tribunal Constitucional parte de la disposición de derecho fundamental aplicable y con base en ella construye los fundamentos jurídicos de la sentencia, en los cuales se hace explícita la norma adsrita (primer paso). Posteriormente, a partir de los fundamentos jurídicos, o sea de la norma adsrita, deriva la norma individual del caso, que termina contenida en el fallo (segundo paso).

La mayoría de casos de derecho fundamental son casos difíciles. Los siguientes son los supuestos más representativos de los casos difíciles:

- a) Cuando la norma legislativa examinada regula un caso, que suscita la incertidumbre —existen argumentos a favor y en contra— de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida.
- b) Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre —existen argumentos a favor y en contra— de si también está tipificado por el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva constitucionalmente legítima.
- c) Cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas —entran en escena argumentos a favor y

en contra— acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula restrictiva.

- d) Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero a la vez existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otros términos, a primera vista parece que la constitucionalidad de la ley que interviene en el ámbito de un derecho fundamental está avalada por otro principio constitucional. (Una especie de este tipo de casos es el llamado conflicto entre derechos fundamentales, en el cual, la ley interviene en un derecho fundamental para realizar las exigencias de otro derecho).

La principal característica de estos tipos de casos difíciles consiste en que en ellos se presenta un conflicto entre argumentos constitucionales que juegan a favor y en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal examinada. Este conflicto entre argumentos se soluciona mediante la concreción y la fundamentación de una norma adsrita de derecho fundamental. Algunos de los argumentos en conflicto provienen de la norma directamente estatuida relevante en el caso. La norma directamente estatuida auspicia la concreción de una norma adsrita contraria a la ley examinada. Este auspicio se produce, porque entre las normas directamente estatuidas y las normas adsritas existe una relación recíproca de *precisión* de las segundas a las primeras, y de *fundamentación* de las primeras a las segundas⁹⁹. Las normas adsritas *precisan* o concretan el alcance de las normas directamente estatuidas en los más variados ámbitos particulares de aplicación. Por su parte, las normas directamente estatuidas constituyen un fundamento jurídico para la concreción de las normas adsritas. Dicho de otro modo, las normas adsritas traducen en los casos concretos aquello que está ordenado por las normas directamente estatuidas. Correlativamente, las normas directamente estatuidas constituyen el soporte de la fundamentación de las normas adsritas.

No obstante, el apoyo que las normas directamente estatuidas proporcionan a las normas adsritas no es suficiente para su fundamentación jurídica. Las relaciones de fundamentación y precisión entre estos dos tipos de normas funcionan de una manera circular y desatien-

⁹⁹ Vid. sobre estas relaciones: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 69.

den la posibilidad de que en un caso determinado, sean relevantes otros principios y argumentos constitucionales que determinen la concreción de una norma adscrita, no contraría, sino coincidente con la ley examinada. Por lo tanto, en el proceso de fundamentación externa de las normas adscritas no debe considerarse sólo lo prescrito por la norma directamente estatuida aplicable al caso, sino también lo que establezcan otros principios constitucionales que jueguen a favor de la constitucionalidad de la ley. Las normas adscritas no pueden derivarse de forma automática de las normas directamente estatuidas. Dichas normas deben ser el resultado de una fundamentación rigurosa y exhaustiva, en la cual, el Tribunal Constitucional debe tomar en cuenta las exigencias de todos los principios constitucionales que juegan a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley y, en una posición activa, debe decidir cuáles de estos argumentos prevalecen en el caso concreto¹⁰⁰.

Por esta razón, siempre que existan dudas acerca de si un caso es fácil o difícil, éste debe ser tratado como un caso difícil y de este modo, debe concretarse una norma adscrita de derecho fundamental. Es bien cierto que el interrogante acerca de si un caso debe ser considerado como un caso fácil o como un caso difícil es un asunto de interpretación, cuya respuesta sólo puede formularse después de considerar todas las circunstancias relevantes, los argumentos aportados por las partes en el proceso constitucional y las disposiciones constitucionales pertinentes. Sin embargo, conviene señalar por una parte, que el principio *favor libertatis* exige que cuando se dude acerca de si una ley interviene en un derecho fundamental y por tanto se encuadra dentro del supuesto de hecho de la norma que lo estatuye, la ley debe subsumirse *prima facie* bajo dicho supuesto de hecho. En otras palabras, siempre que no aparezca claro *a priori* si una ley interviene en un derecho fundamental, debe considerarse que es así, para que su constitucionalidad sea examinada. Sin embargo, por otra parte, el principio de unidad de la Constitución y la presunción de constitucionalidad de la ley exigen que en el examen de las leyes consideradas *prima facie* como intervenciones en un derecho fundamental, sean tenidos en

¹⁰⁰ Para destacar la posición activa, opuesta a la mera derivación automática, que el Tribunal Constitucional asume en la concreción de las disposiciones de la Constitución, F. Rubio Llorente ha señalado que la Jurisdicción Constitucional cumple una función de «creación normativa» cuando acomete «la concreción del contenido de [un] precepto constitucional». Vid.: «La Jurisdicción Constitucional como forma de creación del derecho», en *Id.*, *La forma del poder, op. cit.*, pp. 492.

cuenta todos los demás principios constitucionales que jueguen a favor de la constitucionalidad de la ley. Dicho de manera conjunta, siempre que a primera vista no aparezca claro si una ley es inconstitucional, es preciso considerar que la ley interviene *prima facie* en el derecho fundamental respectivo, para examinar de este modo su constitucionalidad; y, en dicho examen, es necesario tener en cuenta todos los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley. Si un caso dudoso es tratado como un caso difícil, se cumplirán las exigencias de estos principios de la interpretación constitucional; si por el contrario, se resuelve como un caso fácil, no sólo dejarán de cumplirse estas exigencias, sino que el fallo adoptado por el Tribunal Constitucional quedará basado por una fundamentación deficiente¹⁰¹.

La necesidad de concretar y fundamentar las normas adscritas para resolver los casos difíciles suscita el problema metodológico de definir, de qué manera se estructura el proceso de fundamentación de dicha normas, o dicho de otro modo, el proceso de fundamentación externa de la premisa mayor; ¿qué tipo de argumentos debe considerarse en esta fundamentación y cómo deben ser tenidos en cuenta?; ¿qué papel

¹⁰¹ Esta clase de deficiencia en la fundamentación de las decisiones de constitucionalidad en las cuales no se han tenido en cuenta todos los principios constitucionales relevantes, se puede mostrar claramente mediante un ejemplo. En la STC 115/1987 el Tribunal Constitucional debía pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley de extranjería, según el cual, siempre que los extranjeros quisieran organizar una reunión pública, debían solicitar una autorización administrativa. En el FJ 2º de la Sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que esta norma legislativa vulneraba el contenido esencial del artículo 21.1 CE, que establecía: «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa». Según el Tribunal Constitucional, la solución para este caso emanaba claramente del artículo 21.1 CE, porque éste no prevé ninguna diferencia entre los españoles y los extranjeros, en cuanto al ejercicio del derecho de reunión sin necesidad de autorización previa. Sin embargo, los Magistrados F. Rubio Llorente, F. Tomás y Valiente y F. García Mon hicieron explícito en su voto particular, que la fundamentación de la Sentencia era deficiente, porque no había tenido en cuenta el artículo 13.1 CE, según el cual: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas [...] en los términos que establezcan los tratados y la ley». El caso habría debido ser tratado como un caso difícil. El artículo 13.1 CE era relevante, porque la restricción objeto del control de constitucionalidad era una restricción legislativa. Una fundamentación correcta y exhaustiva habría tenido que ocuparse del interrogante, de hasta qué punto la restricción introducida por el Legislador estaba fundada en otros principios constitucionales y era proporcionada. La Sentencia soslayó por entero este problema, desconoció absolutamente la relevancia del artículo 13.1 CE y por esta razón quedó deficientemente fundamentada.

juegan en este proceso las disposiciones de derecho fundamental o las normas directamente estatuidas y los demás principios constitucionales que auspician la constitucionalidad de la ley?

El principio de proporcionalidad pretende ofrecer una respuesta para estos problemas metodológicos. Este principio se proyecta como criterio estructural para la fundamentación correcta de las normas adscritas en los casos difíciles¹⁰².

IV. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EJEMPLIFICADA EN UN CASO DIFÍCIL

El objetivo de este primer Capítulo ha sido explicar la función del principio de proporcionalidad como criterio estructural para la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental. La forma en que el principio de proporcionalidad desempeña este cometido puede comprenderse mejor al observar un ejemplo proveniente de la jurisprudencia constitucional. Se trata de un caso difícil, relacionado con la antes mencionada concreción del derecho negativo de asociación —o dicho de otra manera, del derecho fundamental a no ser obligado a asociarse—, en cuanto derecho establecido por una norma adscrita al artículo 22.1 CE.

En la STC 179/1994, el Tribunal Constitucional resolvió de manera conjunta varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las correspondientes Salas Contencioso-Administrativas de diversos Tribunales Superiores de Justicia, en contra de la Base Cuarta de la Ley de 29 de junio de 1911, del artículo 1 del Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 y de las Disposiciones adicionales novena de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 y vigésima quinta de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

En las respectivas cuestiones, los Tribunales Superiores fundamentaron las dudas acerca de la constitucionalidad de estas normas con base en varios argumentos. Desde nuestro punto de vista sólo interesa

¹⁰² Vid. explícitamente sobre el principio de proporcionalidad como criterio para la fundamentación de la solución de los casos difíciles: A. BLECKMANN, *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, op. cit., pp. 456 y ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., pp. 1745 y ss.

el argumento que avizora una posible contradicción entre las disposiciones cuestionadas y el artículo 22.1 CE. La contradicción tendría lugar en razón de que las disposiciones cuestionadas imponen una modalidad de afiliación obligatoria a las Cámaras de comercio, industria y navegación, a todos aquellos que se dediquen a actividades de este género y que satisfagan al Tesoro con un impuesto anual superior a 25 pesetas. Con anterioridad, el Tribunal Constitucional ya había resuelto un asunto similar en las SSTC 132/1989 y 139/1989, con respecto a la afiliación obligatoria a las Cámaras Agrarias. La doctrina sentada por el Tribunal en estos dos precedentes señalaba que «para deducir si el derecho de asociación en su faceta negativa puede ser limitado por la adscripción obligatoria a las entidades corporativas, [había] de hacerse un juicio de razonabilidad de los fines públicos que éstas cumplen y de la posibilidad de sustitución de las mismas por otras asociaciones privadas».

Si dejamos aparte algunas consideraciones de orden procesal, irrelevantes desde nuestra perspectiva, la argumentación del Tribunal Constitucional puede sintetizarse en el siguiente esquema, referido al principio de proporcionalidad. Es cierto que el Tribunal no divide explícitamente su razonamiento en las diversas etapas que mencionaremos a continuación, así como tampoco hace explícito de modo manifiesto, que el principio de proporcionalidad sea la estructura sobre la cual descansa la fundamentación de su fallo. Sin embargo, si se sigue la lógica de los fundamentos jurídicos de la Sentencia, es forzoso reconducirlos a la estructura del principio de proporcionalidad¹⁰³, que se puede descomponer analíticamente en los siguientes pasos:

1) Adscripción de la posición iusfundamental prima facie. El Tribunal comienza su argumentación con el reconocimiento de la consagración del derecho de asociación por el artículo 22.1 CE. No obstante, el texto de esta disposición —«se reconoce el derecho de asociación»— no permite por sí mismo establecer si a partir de la Constitución puede derivarse una norma que prohíba al Estado obligar a los particulares a asociarse, o su posición de derecho fundamental co-

¹⁰³ J. Barnés también ha reconstruido la fundamentación de esta Sentencia con base en la estructura del principio de proporcionalidad, aunque con una perspectiva diversa a la nuestra. Vid. «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», *Cdp*, núm. 5, 1998, pp. 355 y ss.

respondiente: la libertad negativa de asociación. Si el Tribunal Constitucional hubiera tenido que fundamentar su decisión únicamente con base en el texto de esta disposición, habría debido concluir que la Constitución no prohíbe, ni ordena, ni permite la libertad negativa de asociación. Este modo de proceder sería muy riguroso en la observancia del texto constitucional. Sin embargo, llevaría este rigor a tal extremo, que por su efecto, la Constitución no sería aplicable prácticamente a ningún caso de la realidad. Las disposiciones de derecho fundamental sólo podrían ser aplicadas para enjuiciar las leyes, cuando éstas contradijeran su texto por completo, como por ejemplo, cuando una ley estableciera en contra del artículo 22.1 CE, que en el ordenamiento jurídico se deja de reconocer el derecho de asociación.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional opta por una alternativa que favorece más la eficacia de las disposiciones de derecho fundamental. El Tribunal adscribe al artículo 22.1 CE la prohibición de asociación obligatoria o, lo que es igual, la libertad negativa de asociación. Esta adscripción sólo es una hipótesis interpretativa, que tiene carácter *prima facie*. El Tribunal no tiene certeza sobre si esta libertad pertenece definitivamente al contenido del artículo 22.1 CE. Ésta es precisamente la pregunta a responder, el problema jurídico del caso, el punto de llegada y no el punto de partida. Por consiguiente, ni el Tribunal descarta de plano la inclusión, ni efectúa una adscripción definitiva. No descarta la inclusión, porque la libertad negativa de asociación ostenta algunas propiedades que la relacionan con el ámbito normativo del artículo 22.1 CE. No obstante, tales propiedades no son suficientes para una adscripción definitiva, pues en contra de esta última pueden jugar algunos otros argumentos constitucionales. Por este motivo, el Tribunal Constitucional se limita a formular una hipótesis, a efectuar una adscripción *prima facie*: «La Constitución, en efecto, reconoce el derecho de asociación (art. 22.1), habiendo especificado este Tribunal Constitucional, desde su STC 5/1981, cómo esta libertad pública incluye, *de forma general*, la llamada libertad negativa de asociación, es decir, el derecho a no asociarse...» (FJ 4º). (El énfasis es nuestro).

En síntesis, el Tribunal Constitucional reconoce que a partir del artículo 22.1 es válida *prima facie* una norma adscrita de derecho fundamental que prescribe: está prohibido imponer a los particulares el deber de asociarse. Esta norma adscrita establece a su vez una posición de derecho fundamental que también es válida *prima facie*: la libertad negativa de asociación o el derecho a no asociarse.

2) Catalogación de la norma legislativa como una intervención en el derecho fundamental. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional admite que el Legislador está habilitado para intervenir en la libertad negativa de asociación *prima facie*, por medio de leyes tendientes a la consecución de diversos objetivos políticos, tales como la creación de organizaciones sociales. Paralelamente, el Tribunal reconoce que el Legislador ha intervenido en el derecho de asociación por medio de la ley que constituye el objeto del control de constitucionalidad en el caso concreto. Esta intervención consiste en la actualización de una norma contraria a la que el Tribunal Constitucional ha adscrito en el primer paso del razonamiento de su sentencia, es decir, la actualización de una norma contradictoria con aquélla que ha sido adscrita *prima facie* al artículo 22.1 CE y que establece la libertad negativa de asociación. El Tribunal reconoce que la Ley examinada contiene una intervención en el ámbito normativo de la libertad de asociación o, según la cita textual de la Sentencia, reconoce que la Ley impone un «tratamiento excepcional respecto del principio de libertad» (FJ 8º). Es un tratamiento excepcional, porque la posición constitucional de partida es la validez *prima facie* de la libertad negativa de asociación. Sin embargo, es posible que el Legislador intervenga en esta libertad *prima facie* y que su intervención impida que esta libertad cobre una validez definitiva. Este caso se presentará, cuando la intervención legislativa supere el examen del principio de proporcionalidad.

La intervención legislativa actualiza una norma que en el control de constitucionalidad también cobra el carácter *prima facie* y que prescribe lo contrario de aquélla otra norma que el Tribunal Constitucional ha adscrito *prima facie* al derecho fundamental en el primer paso de la fundamentación de su sentencia. En el ejemplo, la intervención legislativa contenida en la Base Cuarta de la Ley de 1911, en el inciso que a estos efectos importa, imponía de manera indirecta a todos los comerciantes, industriales y navegantes el deber de asociarse a las Cámaras de comercio, industria y navegación. La Ley establecía: los miembros de las Cámaras de Comercio «serán elegidos por el sufragio de los comerciantes, industriales y nautas que paguen por cuota del Tesoro una cantidad no inferior a 40 pesetas anuales» (cantidad posteriormente fijada en 25 pesetas por el artículo 1 del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929). Según esta norma legal, entonces, sobre todos los comerciantes, industriales y navegantes, que pagaran más de dicha cantidad de dinero anual al Tesoro, pesaba el deber de afiliarse a las Cámaras de comercio, a efecto de poder elegir a sus miembros. A su

vez, en cuanto electores, los sujetos afiliados obligatoriamente debían pagar un 2% de los ingresos de su actividad, para el sostenimiento de la respectiva Cámara. Por esta razón, el Tribunal Constitucional consideró que la norma legislativa imponía a sus destinatarios la obligación de asociarse¹⁰⁴.

De este modo aparece con claridad la contradicción que la norma legislativa introduce, en relación con la norma que el Tribunal había adscrito anteriormente *prima facie* al artículo 22.1 CE, según la cual, la afiliación a las asociaciones no puede ser obligatoria para ningún individuo —incluidos los comerciantes, industriales y navegantes—. Mientras la norma adscrita por el Tribunal Constitucional prohíbe la imposición de la afiliación obligatoria, la norma legislativa ordena este tipo de afiliación.

3) Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental. El aspecto central del control constitucional sobre la norma legislativa consiste en este caso en el análisis de la proporcionalidad de la intervención del Legislador en el derecho fundamental. El problema jurídico que el Tribunal Constitucional debe resolver es, cuál de las dos normas *prima facie* —la norma actualizada por la ley (la intervención) o la norma adscrita *prima facie* por el propio Tribunal—, contradictorias entre sí, debe adquirir validez definitiva. Si el Tribunal determina que la norma adscrita *prima facie* al artículo 22.1 (la prohibición de asociación obligatoria) debe valer también de modo definitivo, tendrá que declarar la inconstitucionalidad de la norma legislativa, por ser una norma contradictoria con dicha norma adscrita. Si, por el contrario, el Tribunal considera que la intervención legislativa es la norma que debe valer definitivamente, habrá de concluir que la ley es constitucional y que la norma adscrita inicialmente *prima facie* al artículo 22.1 CE no puede cobrar validez definitiva.

Para solucionar este problema jurídico, el Tribunal Constitucional analiza la proporcionalidad de la intervención legislativa en el artículo 22.1 CE. La constitucionalidad de la intervención en la libertad negativa de asociación deberá declararse, sólo si dicha intervención es

¹⁰⁴ El Tribunal Constitucional señaló sobre este aspecto: «la coincidencia y simultaneidad de la función electoral y la financiación de las Cámaras de Comercio en unas mismas personas da como resultado inevitable una posición jurídica, un status, de dichos ciudadanos cuya constitucionalidad ha sido cuestionada desde la perspectiva, fundamentalmente, del artículo 22 C.E., en su vertiente de derecho de asociación negativo» (FJ. 9º).

capaz de superar el examen de proporcionalidad compuesto por los siguientes pasos:

a) Examen de idoneidad de la intervención. En primer término, el Tribunal se pregunta si la intervención legislativa tiene un objetivo legítimo, y si es idónea para alcanzarlo o por lo menos para favorecer su obtención. La constitucionalidad de toda intervención legislativa presupone que ésta debe ser idónea para el logro de algún objetivo constitucionalmente legítimo. Esta exigencia se hace patente, cuanto el Tribunal señala en el caso examinado: «la adscripción [afiliación] obligatoria a estas Corporaciones Públicas, en cuanto “tratamiento excepcional respecto del principio de libertad”, debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo» (FJ 8º).

No es difícil identificar en la STC 179/1994 —a pesar de los confusos términos en que están redactados algunos de sus pasajes— el fin para el cual es idónea la intervención legislativa en el derecho de asociación. Esta intervención pretende contribuir al funcionamiento de las Cámaras de comercio, industria y navegación. A su vez, estas Cámaras tienen un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional, reconocido por el propio Tribunal: «el fomento y la representación de los intereses del comercio, la industria y la navegación» (FJ 10º) La intervención legislativa examinada tiene capacidad para favorecer estos objetivos, por lo menos en alguna medida. No cabe duda de que la afiliación obligatoria es una estrategia encaminada a obtener la participación y el soporte financiero de un elevado número de comerciantes, industriales y navegantes y, de este modo, el aumento de la capacidad de las Cámaras para representar los intereses de estos sectores. Por esta razón, el Tribunal Constitucional, aunque sea de manera implícita, considera que la norma legislativa que se controla supera el examen de idoneidad.

b) Examen de necesidad de la intervención. El objeto del segundo paso del control de proporcionalidad consiste en determinar si los objetivos perseguidos con la intervención legislativa en el derecho fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido. Se trata de establecer si el Legislador disponía de medidas alternativas por lo menos igualmente idóneas para obtener sus propósitos y que además implicaran res-

tricciones de menor calado que aquéllas originadas por la ley examinada.

En el caso concreto, el Tribunal se pregunta si «el fomento y la representación de los intereses del comercio, la industria y la navegación», habría podido obtenerse con medidas alternativas a la afiliación obligatoria a las Cámaras de comercio. De este modo, intenta averiguar si existe alguna otra medida, igualmente idónea para estos fines, que no implicara a la vez una restricción tan gravosa para el derecho de asociación, como aquélla que elimina de su contenido la libertad negativa de asociación de los comerciantes, los industriales y los navegantes.

A juicio del Tribunal Constitucional, la existencia de una medida alternativa más benigna es el argumento clave para declarar la inconstitucionalidad de la norma legislativa cuestionada. Este argumento se expone con claridad en el siguiente pasaje:

«Las funciones que se asignan a las Cámaras de Comercio son muchas y de muy variada índole, como lo demuestra la larga lista del artículo 3 del Reglamento, a la que hay que añadir las funciones consultivas enumeradas en el artículo 2 y las definidas en los arts. 4 y 5. Ahora bien, reconociendo la importancia de todas esas funciones, así como el alcance público de algunas [v.gr., las funciones consultivas del artículo 2, las certificantes del artículo 3 D), las de fomento a la exportación del apartado C) del artículo 3, la delegación de funciones administrativas, del artículo 4 o la llevanza de un censo público de empresas al que se refiere el artículo 5 A)] *ninguna de ellas justifica la adscripción obligatoria por cuanto no resulta imposible, ni tampoco difícil, ejercer esas funciones a través de técnicas que no constriñan la libertad de asociación de los profesionales del sector profesional de que se trata. Ni las funciones consultivas, ni las certificantes, ni las de llevanza del censo de empresas ni, finalmente, las del apoyo y estímulo a la exportación son actividades cuyo cumplimiento no sea fácilmente atendible sin necesidad de acudir a la adscripción forzosa a una Corporación de Derecho Público.* Ciertamente este Tribunal no puede erigirse en Juez absoluto de la imposibilidad o dificultad de alcanzar los fines a los que sirven estas corporaciones por otros medios que no sea la adscripción forzosa, pero sí puede identificar los casos en los que, como el presente, la imposibilidad o dificultad *prima facie* no se presente. Y no se presenta en este caso, porque, como hemos dicho, *cualquiera de las funciones enumeradas puede encomendarse a asociaciones*

de tipo privado o, incluso, realizarse directamente por la propia Administración sin necesidad de obligar a los comerciantes, industriales y nautas a pertenecer obligatoriamente a una Corporación de Derecho Público y a sostenerla con sus aportaciones» (FJ 10º) (el énfasis es nuestro).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la intervención legislativa no supera entonces el examen de necesidad. Por este motivo, declara inconstitucional la norma legislativa que la establecía. Esto quiere decir que la posición *prima facie* adscrita al derecho fundamental del artículo 22.1 CE, es decir, la libertad negativa de asociarse, adquiere una validez definitiva en el caso concreto, o sea, en relación con los comerciantes, industriales y nautas. Después de esta Sentencia, se tiene entonces la certeza de que al artículo 22.1 CE se adscribe una norma de derecho fundamental que prescribe: está prohibido al Legislador imponer a los comerciantes, los industriales y los navegantes el deber de afiliarse a una Cámara de comercio. A partir de la Sentencia, esta norma adscrita no tiene sólo una validez *prima facie*, sino también una validez definitiva¹⁰⁵.

c) Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Hasta aquí llega el razonamiento del Tribunal Constitucional, hecho explícito en los fundamentos jurídicos de la STC 179/1994. Sin embargo, como manifiesta P. Cruz Villalón en su voto particular, al que adhirió M. Miguel Rodríguez-Piñero y F. García-Mon, y como se hace evidente en la posterior STC 107/1996, tal vez el Tribunal Constitucional habría debido considerar en la STC 179/1994, que en el caso concreto no existía una medida alternativa a la afiliación obligatoria que fuera igualmente eficaz para alcanzar los objetivos de fomento y representación de los comerciantes, industriales y navegantes, perseguidos por ésta. De este modo, el Tribunal Constitucional habría debido llegar a la conclusión de que el cumplimiento de algunas funciones de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación hacía necesaria la afiliación obligatoria. En este caso, la argumentación contenida en los fundamentos jurídicos habría tenido que analizar además la proporcionalidad en sentido estricto de la intervención legislativa, o sea, habría tenido que indagar, si los beneficios que la afiliación obligatoria aportaba a la consecución de sus objetivos, justificaban la grave restricción que se causaba al individuo desde el punto de vista del dere-

¹⁰⁵ Esta validez sólo se pierde mediante un cambio de jurisprudencia o mediante una reforma de la Constitución.

cho de asociación. En otros términos, habría sido pertinente que el Tribunal evaluara si enajenar a los industriales, comerciantes y navegantes su libertad negativa de asociación, estaba justificado en razón de los beneficios que se obtenían desde el punto de vista de la organización y funcionamiento de las Cámaras de comercio.

Este juicio de proporcionalidad en sentido estricto aparece en los fundamentos jurídicos de la STC 107/1996, Sentencia que se pronunció sobre el mismo asunto de la STC 179/1994, porque la afiliación obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación fue reproducida por el legislador posconstitucional en la Ley 3/1993. En la STC 107/1996 el Tribunal Constitucional señala que la afiliación obligatoria tiene finalidades de interés público de suma importancia. Con las adiciones introducidas por la Ley 3/1993, estas Cámaras adquieren imprescindibles funciones de colaboración con las autoridades administrativas, que no podrían llevarse a cabo sin contar con la afiliación obligatoria de los comerciantes, industriales y navegantes (FJ 9º). La «plenitud subjetiva» que se logra mediante la afiliación obligatoria, es decir, la representación de todos los sujetos participantes de los sectores de la economía cubiertos por las Cámaras, es una condición indispensable para el cumplimiento de la función de defensa de intereses que éstas desarrollan. Por esta razón, de acuerdo con el Tribunal Constitucional la afiliación obligatoria lleva consigo importantes beneficios desde el punto de vista del interés público, que a su vez, compensan los perjuicios que se causan a la libertad de asociación. Según el Tribunal, la restricción de la libertad de asociación en este caso, es decir la supresión de la libertad negativa, es una restricción leve, que se justifica por el beneficio social que produce, como quiera que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación son entes de la Administración corporativa creados por ley, con la finalidad de satisfacer importantes intereses generales. Como consecuencia de este carácter, la libertad de asociación de los individuos, tipificada en el artículo 22.1 CE debe ceder ante las necesidades justificadas por el interés público (FJ 10º).

Mediante el ejemplo de la STC 179/1994, sumado a los complementos que hemos extraído de la STC 107/1996, hemos podido observar cómo el principio de proporcionalidad desempeña la función de estructurar el proceso de concreción y fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental. En primer lugar, el Tribunal Constitucional concreta una norma contraria a la ley examinada y la adscribe con carácter *prima facie* a la disposición constitucional. Correlativamente, el Tribunal cataloga la ley recurrida o cuestionada como una

intervención en el derecho fundamental, es decir, como una norma que contradice la norma adscrita *prima facie*. Ciertamente, la intervención legislativa contraria a la norma adscrita en el primer paso de la fundamentación también se expresa mediante una norma. Por tanto, el problema del caso consiste en establecer cuál de las dos normas, la legislativa o la adscrita *prima facie* al derecho, es aquella que debe valer definitivamente. Para resolver este problema, el Tribunal somete la norma que expresa la intervención legislativa al juicio de proporcionalidad. Si lo supera, esta norma valdrá como una norma adscrita que restringe el derecho fundamental definitivamente. La sentencia deberá ser entonces desestimatoria. Si por el contrario, la norma enjuiciada no supera el control de proporcionalidad, el Tribunal concluirá, en una sentencia estimatoria, que la norma adscrita *prima facie* al inicio de la fundamentación se concreta definitivamente. Esta norma adquirirá ya no sólo una validez *prima facie*, sino una validez definitiva.

El análisis de este caso también deja al descubierto todas las dificultades implícitas en la aplicación del principio de proporcionalidad. Uno de los problemas más importantes es, si existen algunas razones «objetivas» con base en las cuales el Tribunal pueda reconocer si una restricción legislativa es idónea, necesaria o proporcional en sentido estricto. Si comparamos los resultados de las SSTC 179/1994 y 107/1996, vemos por ejemplo, que frente a un supuesto casi idéntico —la variación consiste en algunas modificaciones de las funciones de las Cámaras de Comercio introducidas por la Ley 3/1993— el Tribunal Constitucional sostuvo primero que la restricción legislativa de la libertad de asociación no era necesaria, es decir, que no cumplía las exigencias del subprincipio de necesidad, y luego que sí lo era. Quiere esto decir entonces, ¿que el principio de proporcionalidad es un expediente para encubrir la subjetividad e incluso la arbitrariedad del Tribunal Constitucional?; o, de otro modo, ¿que este principio no es un canon fiable, que permita llegar a decisiones fundadas?. Por lo mismo, ¿significa esta circunstancia que la dogmática de los derechos fundamentales debe prescindir de este principio y reemplazarlo por otra figura que ofrezca mayor solidez o racionalidad?. A estos interrogantes se suma el problema del respeto a la libertad de configuración del Legislador. Si el principio de proporcionalidad no es una garantía de objetividad, ¿se debe concluir entonces que cuando el Tribunal Constitucional lo utiliza para evaluar la conformidad de las leyes con la Constitución, termina invadiendo el margen de acción que corresponde al Legislador?

Estos problemas que suscita la aplicación del principio de proporcionalidad han sido desarrollados *in extenso* por una parte representativa de la literatura constitucional. A ellos dedicaremos el siguiente Capítulo, no sin antes repasar la conclusión del que ahora finalizamos.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO PRIMERO

Como síntesis de todo lo dicho en este Capítulo podemos sostener la siguiente tesis acerca de la función y el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad:

Tesis 1. El principio de proporcionalidad, en cuanto criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador, cumple la función de estructurar la concreción y la fundamentación jurisdiccional de las normas adscritas de derecho fundamental en los casos difíciles.

A continuación veremos cuáles son las objeciones que se han propuesto a la utilización de este principio con esta finalidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS OBJECIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El objetivo de este Segundo Capítulo consiste en analizar las objeciones que se han formulado en contra de la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio para estructurar la concreción y la fundamentación jurisdiccional de las normas adscritas de derecho fundamental. En el contexto europeo, dichas objeciones han sido expuestas sobre todo en Alemania. La incesante utilización de este principio por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán ha generado un animado debate entre destacados constitucionalistas y teóricos del Derecho. En este debate se han aducido múltiples argumentos que pretender hacer evidentes las dificultades implícitas en esta tendencia jurisprudencial y, muy especialmente, los problemas que desencadena la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, conocido también como mandato de ponderación¹.

A nuestro entender, los argumentos esgrimidos en el debate germano también deben ser tenidos en cuenta para evaluar la aplicación

¹ La ponderación se identifica con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por esta razón, algunos autores denominan «mandato de ponderación» a este último principio. Vid. Por ejemplo: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 112. Sin embargo, otros autores definen a la ponderación en un sentido más amplio, como el procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales. Cuando se asigna a la ponderación este significado más general, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es entendido como la «medida [...] de la ponderación». De tal modo, en este segundo sentido, mientras la ponderación se define como un tipo de juicio o de examen judicial, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se concibe como un criterio para llevarla a cabo. Vid. E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», en *ÍD.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 183.

de este principio por parte del Tribunal Constitucional español. Dichos argumentos se refieren básicamente a dos problemas, relevantes tanto en España como en Alemania: el supuesto carácter irracional de la aplicación del principio de proporcionalidad y la pretendida ilegitimidad del Tribunal Constitucional para utilizarlo. En cuanto a lo primero, se ha sostenido que la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de las leyes tiene un inevitable carácter irracional y subjetivo. Se ha señalado que el empleo de los subprincipios de la proporcionalidad no puede llevarse a cabo ni controlarse mediante criterios jurídicos objetivos y que, por tanto, dichos subprincipios sólo son un camuflaje para las valoraciones políticas del Tribunal Constitucional (I). Como consecuencia, se ha advertido, en segundo lugar, que el Tribunal Constitucional no cuenta con la legitimidad necesaria para aplicar este principio y que cada vez que lo hace, restringe injustificadamente e incluso usurpa la competencia legislativa para configurar la Constitución (II). Como corolario de lo anterior, se ha aseverado que el principio de proporcionalidad no constituye un criterio fiable para la aplicación de los derechos fundamentales y que, por lo tanto, debe ser sustituido por otros que ofrezcan mayores garantías de racionalidad y para cuya utilización esté verdaderamente legitimado el Tribunal Constitucional.

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN CRITERIO IRRACIONAL Y SUBJETIVO

Varios destacados autores han advertido que la aplicación del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes resulta ineludiblemente subjetiva e irracional. A su entender, la causa de la subjetividad y de la irracionalidad no se halla sin embargo en la aplicación singularmente errada de este principio en un caso determinado o, de modo genérico, en la jurisprudencia de cierto Tribunal Constitucional, sino que emerge de un fenómeno mucho más complejo e insoluble: el principio de proporcionalidad no admite ninguna aplicación racional. Según esta crítica, la razón de esta circunstancia estriba en que dicho principio no constituye más que un argumento formal, vacío; es sólo una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, que gracias a su fuerza persuasiva —pues nadie estaría dispuesto a considerar legítima una medida desproporcionada— ostenta una gran capacidad para enmascarar las

valoraciones subjetivas e irracionales del Tribunal Constitucional, que no pueden ser explicadas ni controladas mediante criterios jurídicos. Como consecuencia, concluye la crítica, toda aplicación del principio de proporcionalidad resulta arbitraria e incontrolable, y toda fundamentación jurídica construida con base en este principio no es sino un artificio retórico de camuflaje de una decisión adoptada por razones emotivas, políticas o de otra índole, pero en todo caso, ajenas al Derecho.

Esta objeción de subjetividad e irracionalidad se sustenta en varios argumentos. Entre los más importantes se destacan los siguientes: la falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad (1), la carencia de un punto de referencia jurídico sobre el cual pueda apoyarse su aplicación (2), el argumento de la inconmensurabilidad (3), el problema de la identificación de los derechos y bienes que deben ser considerados en la aplicación de este principio (4) y el desencadenamiento de una incontrolable justicia del caso concreto (5).

1. LA FALTA DE PUNTOS DE REFERENCIA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1.1. *Exposición de la crítica*

E.-W. Böckenförde ha aseverado que la aplicación del principio de proporcionalidad es irracional, porque no puede sustentarse sobre ningún punto de referencia jurídico.

De acuerdo con Böckenförde², la aplicación de este principio en la jurisprudencia constitucional se deriva del reconocimiento de una dimensión objetiva a los derechos fundamentales³, en la cual no sólo

² Vid. E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en *Íd.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 124 y 125. También en «Grundrechte als Grundsatznormen», *op. cit.*, pp. 184 y ss. Vid. en el mismo sentido: I. MAUS, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», *Rth*, núm. 20, 1989, pp. 197 y ss.

³ En este mismo sentido, J. M. Rodríguez de Santiago y F. Velazco Caballero han señalado: «Punto de partida del avance de la ponderación en este ámbito [el de los derechos fundamentales] es el descubrimiento de la llamada vertiente objetiva de los derechos fundamentales». Vid. «La ponderación entre derechos públicos», en AAVV, *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 625.

desempeñan la función de defensa y garantía de la libertad individual frente al Estado, sino que cumplen otros cometidos y se revisten de otros efectos frente a los poderes públicos y frente a los particulares. Por efecto de estas otras funciones, los derechos fundamentales entran con frecuencia en colisión. Las colisiones tienen lugar, por ejemplo, cuando cierto derecho demanda de los poderes públicos la abstención de una conducta, cuya ejecución viene exigida por otro. Estas colisiones no tienen las características habituales de las antinomias jurídicas. Las colisiones entre derechos fundamentales no pueden ser resueltas mediante la declaración de nulidad o de invalidez de alguna de las disposiciones constitucionales implicadas, a la luz de los tradicionales criterios de jerarquía, especialidad o posterioridad, sino que se solucionan mediante la construcción y fundamentación de relaciones de prioridad o de prevalencia condicionada entre los derechos en conflicto. Dado que el principio de proporcionalidad representa el criterio básico para la construcción de estas relaciones de prioridad, su aplicación se hace imprescindible cada vez que los derechos fundamentales entran en conflicto.

No obstante, advierte Böckenförde, el problema estriba en que el principio de proporcionalidad no constituye por sí mismo un criterio objetivo y racional para resolver las colisiones entre derechos fundamentales⁴, y peor aún, tampoco puede fundamentarse en ningún criterio jurídico que cumpla con estas características.

En este aspecto, Böckenförde encuentra marcadas diferencias entre el principio de proporcionalidad que se aplica en el ámbito de los derechos fundamentales y aquél que tradicionalmente había operado en el Derecho administrativo⁵. En este último campo, el principio de proporcionalidad dispone de un sólido punto de referencia: la finalidad de la ley que regula la competencia administrativa ejercida. La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de

⁴ Sobre la carencia de carácter autónomo del principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento de los actos jurídicos, J. A. Lascuáin Sánchez ha afirmado: «salvo por elipsis de elementos sobreentendidos, no cabe catalogar sin más algo como proporcionado ni cabe realizar un juicio genérico de proporcionalidad sin relación directa a otra magnitud ni especificación del criterio o la medida que instrumenta la comparación». Vid. «La proporcionalidad de la norma penal», *Cdp*, núm. 5, 1998, pp. 159.

⁵ B. Aláez Corral ha hecho eco de esta crítica de Böckenförde en «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15, 1999, pp. 31.

cualquier acto administrativo puede enjuiciarse racionalmente, con base en la finalidad de la competencia que la ley confiere a la Administración. En otros términos, con fundamento en la finalidad que la ley establece para la expedición de los actos tendientes a reglamentarla o ejecutarla, el juez puede controlar si las medidas administrativas que llevan a cabo este cometido son idóneas, si son aquéllas que constriñen en menor grado la libertad, entre todas las que están provistas de la misma aptitud para conseguir el fin propuesto, y si las ventajas que ofrecen, compensan los perjuicios que su vigencia representa para la libertad.

De acuerdo con Böckenförde, el principio de proporcionalidad no cuenta por el contrario con ningún punto de referencia de esta índole en el terreno de los derechos fundamentales. En opinión de este autor, un punto de apoyo semejante sólo podría consistir en un orden jerárquico de los diversos derechos y de sus contenidos, a partir del cual, se pudiese establecer con seguridad en cada caso concreto, qué derecho debe prevalecer sobre los demás⁶. La Constitución, sin embargo, no establece un orden jerárquico de estas características y, por esta causa, la aplicación del principio de proporcionalidad confiere al Tribunal Constitucional un ámbito de actuación demasiado amplio: le atribuye la competencia de definir qué bienes jurídicos son más importantes que otros en cada caso concreto, y esto, según Böckenförde, se asemeja a la posibilidad de decidir qué es lo justo en la sociedad en cada momento y frente a cada situación constitucional que suscite controversias⁷.

⁶ Vid. en este mismo sentido: J. ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en AAVV (Id. y P. KIRCHHOF eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, vol. 5, pp. 236; F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, op. cit. pp. 60; R. DESCHLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Franz Vahlen, Munich, 1989, pp. 140 y ss. En la doctrina italiana: S. FOIS, «'Ragionevolezza' e 'valori': interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato sul diritto», en AAVV, *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, op. cit., 1994, pp. 110. En la doctrina española, E. Alonso García ha criticado la intensa mediación de los valores del propio juez a la hora de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales mediante la ponderación. Vid. *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 431. Asimismo, sobre la subjetividad de la ponderación: F. LAPORTA, «Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, núm. 22, pp. 327.

⁷ Vid. una crítica similar en la doctrina italiana, en relación con la aplicación del principio de «ragionevolezza» en un sentido análogo al del principio de proporcio-

Todo lo anterior lleva a Böckenförde a vislumbrar una de dos soluciones. Por un lado, que se atribuya al Legislador la competencia para resolver las contradicciones y las relaciones de tensión entre los derechos fundamentales y para establecer definitivamente el equilibrio entre ellos y, correlativamente, que se sustraiga al Tribunal Constitucional la facultad de aplicar el principio de proporcionalidad; o, por otro lado, intentar dotar a este principio de un punto de referencia sólido, bajo el entendido de que los derechos fundamentales vuelven a comprenderse sólo como derechos de defensa frente al Estado⁸. De acuerdo con este autor, si se adoptara esta segunda solución, el Legislador tendría plena libertad para determinar sus fines y el principio de proporcionalidad encontraría en las disposiciones de derecho fundamental un soporte inequívoco. Su aplicación no tendría que hacer frente a las dificultades que se presentan en la actual jurisprudencia constitucional, en donde es utilizado como un mecanismo para equilibrar y cohesionar las exigencias paralelas y contradictorias de acción y omisión, que los derechos fundamentales imponen al Legislador, cuando se conciben a la vez como derechos subjetivos y como valores objetivos.

B. Pierrot y B. Schlink han criticado la aplicación del principio de proporcionalidad en términos similares a las objeciones propuestas por Böckenförde. Estos autores han advertido que los razonamientos jurisdiccionales en que se sopesan derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto a la luz del principio de proporcionalidad, carecen de todo punto de referencia racional, objetivo y obligatorio para el juez⁹. Según Pierrot y Schlink, esta circunstancia se debe a que

alidad: C. ESPOSITO, «La Corte Costituzionale come giudice della 'non arbitrarità' delle leggi», *Giur Cos*, 1962, pp. 78 y ss.

⁸ Vid. E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental», *op. cit.*, pp. 135 nota al pie núm. 140.

⁹ Vid. B. PIEROTH y B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht*, *op. cit.*, pp. 74 y ss. De manera similar: E. DENNINGER, «Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts», en *Íd.*, *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 147; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, *op. cit.*, pp. 129; y M. PETERS, «Grundrechte als Regeln und als Prinzipien», *ZöR*, 51, 1996, pp. 171 y ss. Una exposición de esta objeción y de algunos argumentos en su contra puede encontrarse también en A. BALDASARRE, «L'interpretazione della Costituzione», en AAVV, *Memorias del Congreso Internacional: Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 1996, pp. 220 y ss.; K. Greengwalt, «Objectivity in legal Reasoning», en *Íd.*, *Law*

no siempre existe una única respuesta, capaz de concitar el consenso general, para el interrogante implícito en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si las ventajas para el bien jurídico en cuyo favor se restringe el derecho fundamental, justifican las desventajas que se producen a causa de la restricción, o en otros términos: cuál de los derechos o bienes en conflicto debe tener prioridad en el caso concreto. En algunos supuestos es posible que no exista una única respuesta correcta para este interrogante, a causa de la pluralidad de visiones y de ideologías de los individuos que participan en la práctica constitucional, y puede que tampoco exista ningún criterio racional para poder construirla. Y más aún, como ha hecho ver I. Maus, aunque existiesen estos puntos de referencia o criterios racionales para solucionar las colisiones entre derechos o bienes constitucionales mediante la ponderación, ellos permanecerían únicamente en el plano de la moral. Dichos criterios estarían desprovistos de fuerza jurídica, pues no existe ningún mecanismo institucional de índole coercitiva que garantice su aplicación por parte de la Jurisdicción Constitucional¹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, según la crítica, el principio de proporcionalidad produce una ampliación desmedida e inconveniente de la competencia del Tribunal Constitucional. Cuando el Alto Tribunal lo aplica, implícitamente se reviste a sí mismo de la competencia para establecer el significado, el contenido y el alcance que cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad debe cobrar en el caso concreto. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad extiende la competencia del Tribunal para sopesar los derechos o bienes en conflicto y lo faculta también para establecer en cada caso, cuáles son los criterios mediante los cuales debe decidirse la ponderación y se debe definir, si una intervención legislativa debe considerarse idónea y necesaria¹¹. De este modo, la aplicación del principio de propor-

and Objectivity, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1992, pp. 205. Asimismo, en la doctrina española, A. Carrasco Perera sostiene que «Lo característico del factor razonabilidad [que para el autor coincide en algunos aspectos con el principio de proporcionalidad] consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia», en «El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional», *REDC*, núm. 11, 1984, pp. 55 y ss. También: J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 293.

¹⁰ Vid. I. MAUS, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», *op. cit.*, pp. 199.

¹¹ Como ha sostenido J. A. García Amado, en cada ocasión en que el juez debe

cionalidad desemboca en una maraña de juicios subjetivos y enmas-cara decisiones determinadas en realidad por los prejuicios irracionales de los jueces que componen el Tribunal¹². Por este motivo, B. Pierrot y B. Schlink aconsejan que los derechos fundamentales sean aplicados en lo posible mediante otros criterios y procedimientos alternativos¹³.

1.2. Valoración de la crítica

La crítica de estos autores deja al descubierto uno de los más espinosos problemas a los que debe hacer frente cualquier análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. El problema que subyace a este conjunto de objeciones consiste en determinar, si es posible reconocer, reconstruir y enunciar, mediante criterios racionales y generalizables, los argumentos que subyacen a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Dicho de otro modo, en el trasfondo de esta crítica se encuentra el interrogante de si existen algunos criterios susceptibles de control racional, para determinar en cada caso concreto, cuándo una medida

ponderar, «construye la balanza con la cual pesa los principios en conflicto», en «¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *AFD*, tomo XIII-XIV, 1996-1997, pp. 71.

¹² De manera similar: E. SCHMIDT, «Der Strafprozess. Aktuelles und Zeitloses», *op. cit.*, pp. 1142 y sig., para quien la aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias representa casi siempre una decisión última que queda sin fundamentar. Esta decisión expresa los valores subjetivos y la voluntad de quien decide y no contiene ningún criterio capaz de obtener un reconocimiento general. En consecuencia, concluye este autor, el principio de proporcionalidad siempre lleva al decisionismo, subjetivo irracional y completamente incontrolable. Asimismo: K.-A. BETTERMAN, «Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit», *JZ*, 1964, pp. 601 y ss.

¹³ En este mismo sentido, J. de Lucas y E. Vidal han subrayado la necesidad de aplicar el criterio de razonabilidad —en el cual está implícita a veces una ponderación— sólo como método residual. Vid. «Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de una jurisprudencia reciente», en *AAVV, X jornadas de estudio: introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, vol. III, pp. 2286. Del mismo modo: E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 436. Incluso, R. H. Pildes señala que la ponderación puede y debe ser evitada, y que de hecho así ha sido en el Derecho constitucional norteamericano, mediante la aplicación de las llamadas cláusulas de exclusión. Vid. «Eludiendo la ponderación. El papel de las cláusulas de exclusión en el derecho constitucional», *CCCFFC*, núm. 14, 1996, pp. 27 y ss.

legislativa de intervención en los derechos fundamentales resulta desproporcionada o, de manera más específica, cuándo debe considerarse idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Muchas veces se soslaya el problema de la fundamentación de los subprincipios de la proporcionalidad a causa de la fuerza persuasiva de los términos asociados con estos subprincipios. En ocasiones se estima suficiente que al fundamentar sus sentencias, el Tribunal Constitucional manifieste si las disposiciones legales enjuiciadas son proporcionadas o desproporcionadas, pero no se trasciende a un ulterior análisis de las razones que sustentan el resultado de la aplicación de los tres subprincipios. Es bien cierto que las expresiones proporcionado y desproporcionado revisten una sobresaliente fuerza persuasiva: lo proporcionado siempre parece ajustado a Derecho, mientras que lo desproporcionado se tiende a identificar automáticamente con fenómenos contrarios a lo justo o a lo debido¹⁴. Sin embargo, este efecto no debe implicar que los términos proporcionado y desproporcionado funcionen como las palabras mágicas de un conjuro y se considere que basta pronunciarlas para que las decisiones del Tribunal Constitucional queden fundamentadas. Hemos de reconocer que expresiones como proporcionalidad, ponderación, peso, beneficios o costes, no son más que metáforas de las que se sirve el lenguaje jurídico. Por consiguiente, la racionalidad de su uso argumentativo no debe depender sólo de su fuerza persuasiva, sino sobre todo de que se sustente en razones valederas, capaces de concitar una aceptación generalizada, y en criterios analíticos plausibles

A pesar de que sea preciso tomar en serio la objeción que imputa a la aplicación del principio de proporcionalidad una carencia de puntos de referencia objetivos, ésta no parece revestir la contundencia suficiente para desvirtuar la posibilidad de utilizar este principio en la interpretación de los derechos fundamentales. La carencia de objetividad o de racionalidad absoluta no se presenta sólo cuando se practica la ponderación, o de manera más amplia, cuando se aplica el principio de proporcionalidad, sino siempre que debe llevarse a cabo un razonamiento jurídico mediante el cual deban resolverse cuestiones normativas¹⁵. Por lo tanto, esta carencia afecta también a la aplicación

¹⁴ L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 41.

¹⁵ M. BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 46. Vid. sobre los especiales matices del problema de la objetividad en la pon-

de los criterios alternativos al principio de proporcionalidad, mediante la cual se pretende resolver asimismo la cuestión normativa, de si una determinada intervención del Legislador en un derecho fundamental debe ser considerada constitucionalmente admisible, o técnicamente, de si puede fundamentarse la validez de una norma adscrita de contenido contrario al de la ley examinada. Dada esta circunstancia, como ya hemos señalado, el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos. Nuestra tesis intenta contestar este interrogante de forma afirmativa.

Junto a lo anterior es pertinente señalar que hasta el momento tampoco se ha demostrado que el principio de proporcionalidad carezca de todo punto de referencia o que su aplicación no pueda fundamentarse en ningún tipo de argumentación ni de estructura analítica plausible y sea por tanto únicamente un ardid de la retórica. Sin lugar a dudas, desde ahora debe descartarse la posibilidad de que este principio, o cualquier otro criterio alternativo, se ofrezca como un método algorítmico para la solución objetiva de las controversias de derecho fundamental. Como antes hemos señalado, esta posibilidad no parece verosímil ni conveniente. En todo caso, su inverosimilitud no empece el prurito de reconstruir y enunciar teóricamente los criterios o puntos de referencia que juegan en la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y la manera en que ellos funcionan en la argumentación constitucional. Es bien cierto que en muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional no se hacen explícitas las razones que sustentan el resultado del juicio de proporcionalidad. Sin embargo, de esta circunstancia no se sigue que dichas razones no existan o que las sentencias del Tribunal sean sólo un ejercicio de solipsismo, maquillado con la alusión a lo proporcional o a lo desproporcionado. En la mayoría de los casos en que este principio se ha aplicado, las decisiones del Alto Tribunal no aparecen a primera vista como exabruptos, sino como el resultado de procesos interpretativos de las disposiciones de derecho fundamental,

deración: J.-R. SIECKMANN, «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung — Das Problem der Begrenzung der Besteuerung», *Der Staat*, núm. 41-3, 2002, pp. 392 y ss.

llevados a cabo con mayor o menor corrección. Esta circunstancia impide otorgar a la aplicación del principio de proporcionalidad el apelativo de procedimiento absolutamente irracional. De lo contrario resultaría muy difícil explicar, por qué un gran número de decisiones adoptadas con la mediación de este principio parecen intuitivamente plausibles.

Este hecho aconseja, como estrategia metodológica, intentar hacer explícitos los criterios analíticos que hacen que los resultados de la aplicación del principio de proporcionalidad resulten por lo general intuitivamente correctos. Para tal efecto, es preciso escrutar en la jurisprudencia constitucional cuáles han sido las razones implícitas y explícitas que en cada caso han llevado al Tribunal a dictaminar la desproporción o la proporcionalidad de la medida enjuiciada y establecer si tales razones pueden postularse a modo de criterios argumentativos revestidos de validez general¹⁶. En adelante denominaremos a este propósito: la reconstrucción de la estructura argumentativa de los subprincipios de la proporcionalidad.

Si este propósito investigativo consigue obtener buenos resultados, perderían contundencia algunas de las críticas en contra del principio de proporcionalidad que hemos expuesto anteriormente. Así, por una parte, la reconstrucción de la estructura argumentativa de los subprincipios de la proporcionalidad dejaría sin fundamento la crítica de Böckenförde a la extrapolación de este principio desde el Derecho administrativo hasta el Derecho constitucional. Extrapolaciones de esta naturaleza no han sido insólitas en la historia del Derecho. Por el contrario, las diversas áreas de todos los ordenamientos jurídicos se han conformado básicamente por medio de la adaptación de conceptos provenientes de ámbitos fronterizos. De sobra es sabido que innumerables principios y conceptos han sido extrapolados primero desde el Derecho privado hasta el Derecho administrativo y luego desde este último hasta el Derecho constitucional. Baste sólo pensar en la difusión del concepto de derecho subjetivo a lo largo de las diversas áreas del Derecho y en su transfiguración en el actual concepto de derecho fundamental, y en tantos otros conceptos del Derecho constitucional

¹⁶ En un sentido similar, A. Anzon considera posible reconstruir algunos criterios bajo cuya égida se practica en Italia el juicio de *ragionevolezza*, en los aspectos coincidentes con el principio de proporcionalidad. Vid. «Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza», en AAVV (R. ROMBOLI ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, G. Giappichelli, Torino, 1991, pp. 36 y ss.

que han circulado de un sistema jurídico a otro y de una rama del Derecho a otra, en lo que P. Häberle ha bautizado con la expresión «comunidad internacional de producción y recepción en relación con el Estado Constitucional»¹⁷. Además, como H. Schneider ha puesto en evidencia, no es cierto que en el Derecho de Prusia el principio de proporcionalidad se aplicara únicamente en el ámbito del Derecho de policía. Ese fue sólo su origen, pero con la evolución llegó a convertirse en un principio general del Derecho público, bajo cuya óptica se enjuiciaba todo tipo de acciones estatales¹⁸. Asimismo, el tránsito del principio de proporcionalidad desde el Derecho administrativo hasta el Derecho constitucional es explicable en gran medida, en razón de que en ambos campos existe un elemento común: la necesidad de controlar, aunque *mutatis mutandi*, el ejercicio discrecional del poder público. En el Derecho administrativo, este poder discrecional se manifiesta en la posibilidad de que dispone la Administración para elegir entre las medidas reglamentarias o ejecutivas apropiadas para alcanzar la finalidad de la ley. En el Derecho constitucional, por su parte, la discrecionalidad estriba en la opción que tiene el Legislador de escoger entre diversos medios para alcanzar un determinado objetivo político y, aún más, en su capacidad para trazarse fines, siempre y cuando estos no sean ilegítimos desde el punto de vista constitucional.

Por todo lo anterior, la crítica de Böckenförde quizás podría reconducirse por nuevos derroteros. La solución consiste en reconstruir la estructura argumentativa de los subprincipios de la proporcionalidad, de tal forma que se avenga con la competencia legislativa para configurar la Constitución, es decir, que tenga en cuenta las diferencias estructurales existentes entre las funciones de la Administración y del Parlamento y entre los ámbitos de discrecionalidad propios de cada una de ellas¹⁹.

¹⁷ P. HÄBERLE, «El concepto de derechos fundamentales», en AAVV (J. M.^a SAUCA ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 107; ÍD., «Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica», en AAVV (A. E. PÉREZ LUÑO ed.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 151 y ss.

¹⁸ H. SCHNEIDER, «Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», *op. cit.*, pp. 395-396.

¹⁹ Sin embargo, es preciso reconocer las dificultades que existen para establecer con nitidez las diferencias entre estos dos ámbitos de discrecionalidad. Una interesante diferenciación puede encontrarse en T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998,

A diferencia de Böckenförde, no estimamos apropiado que para dotar al principio de proporcionalidad de un punto de referencia, sea necesario despojar a los derechos fundamentales de su dimensión objetiva y volver a considerarlos como meros derechos de defensa frente al Estado. Por una parte, es bastante discutible que en un sistema constitucional en que los derechos fundamentales sean concebidos sólo como derechos de defensa, pueda prescindirse de la aplicación del principio de proporcionalidad y de la práctica de ponderaciones para solucionar los casos de colisión. Aun en un sistema de estas características, los derechos fundamentales entrarían frecuentemente en conflicto, en razón de su universalidad. La circunstancia de que la titularidad de los derechos esté atribuida a todos los individuos, hace inevitables las colisiones entre derechos fundamentales de diversos titulares²⁰. La universalidad hace impracticable un ejercicio absoluto de los derechos e impone la necesidad de coordinar los diversos ejercicios relativos²¹.

Ahora bien, ninguna Constitución puede establecer de antemano la manera de armonizar estos diversos ejercicios relativos. Esta tarea queda relegada entonces al Legislador y a los demás poderes públicos, cuyos actos resuelven las colisiones entre los derechos atribuidos a diferentes titulares y establecen una relación de concordancia práctica entre las múltiples posiciones en conflicto. Sin embargo, las disímiles fórmulas políticas mediante las cuales se solucionan dichas colisiones, no tienen por sí mismas una validez definitiva, sino que en caso de duda, su legitimidad puede ser examinada en el control de constitucionalidad. En este control, el Tribunal Constitucional no puede declarar que alguno de los derechos fundamentales en conflicto es in-

pp. 56 y ss., y especialmente en pp. 98 y ss.; También sobre este aspecto: J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

²⁰ En este sentido, R. Alexy señala que un caso frecuente de colisión entre derechos fundamentales es aquél que se presenta entre derechos fundamentales idénticos que, en su dimensión de derecho de defensa, son ejercidos por titulares distintos, como cuando dos grupos políticos adversarios quieren manifestarse en el centro de una ciudad por un motivo actual y existe el peligro de choques entre ellos. Vid. «Colição de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático», *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999, pp. 269; ÍD., «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», en AAVV (M. LATORRE y A. SPADARO, eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002.

²¹ Vid. J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *REP*, núm. 71, 1991, pp. 98.

constitucional —pues los derechos fundamentales son la Constitución misma—, sino que debe determinar, qué relación de prioridad debe fundamentarse a partir de las disposiciones iusfundamentales relevantes en el caso, y si esta relación de prioridad coincide con aquella que los poderes públicos han adoptado previamente. Como consecuencia, aun cuando los derechos fundamentales se definiesen sólo como derechos de defensa, mientras existiera una Jurisdicción Constitucional sería necesario apelar al principio de proporcionalidad o a algún criterio que hiciera sus veces, para examinar la conformidad constitucional de los actos de los poderes públicos que deciden acerca de las relaciones de prioridad y de coordinación entre las posiciones iusfundamentales y constitucionales que entraran en conflicto.

Además de lo anterior, conviene enfatizar que el reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales constituye un avance irrenunciable del Derecho constitucional, que encuentra una plena justificación en la necesidad de robustecer la posición jurídica del individuo para hacer frente a los avatares de las sociedades del presente, en donde la libertad se ve amenazada por la intervención del Estado Social y por el amplio margen de maniobra que la globalización ha deparado a las grandes fuerzas económicas del sector privado. Más bien, lo pertinente consiste en idear la manera más adecuada para que las dos dimensiones —subjetiva y objetiva— de los derechos fundamentales puedan articularse y la forma en que esta concepción bidimensional de los derechos pueda hacerse compatible con la competencia de configuración de la vida política que en todo Estado democrático corresponde al Legislador.

Ahora bien, es cierto que la reconstrucción de la estructura argumentativa de los subprincipios de la proporcionalidad tiene un alcance limitado y una eficacia restringida. Como bien ha dejado claro I. Maus, la observancia de estos criterios por parte del Tribunal Constitucional no puede ser controlada jurídicamente por ninguna instancia superior. Sin embargo, esta circunstancia no despoja a estos criterios de todo su valor. Inducidos mediante un análisis reconstructivo de la jurisprudencia, dichos criterios se ofrecen a la opinión pública y a los interlocutores políticos y jurídicos del Tribunal Constitucional —a los jueces, al Legislador y a la dogmática jurídica—, como pautas de racionalidad para valorar sus decisiones. En este sentido, aunque no estén dotados de fuerza jurídica, dichos criterios sí pueden ser utilizados como instrumentos de control que la teoría jurídica pone a dis-

posición de la crítica social de las sentencias de constitucionalidad de las leyes y, en general, del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional²².

En segundo lugar, estos criterios de aplicación del principio de proporcionalidad pueden ser útiles como pautas para orientar la búsqueda de las soluciones para los casos futuros. De hecho, en la práctica del Tribunal Constitucional muchas sentencias de proporcionalidad se refieren a razonamientos y a posiciones doctrinales desarrolladas en casos precedentes. Esto no quiere decir, sin embargo, que la enunciación de estos criterios sea capaz de reducir todas las expresiones de subjetividad de los jueces del Tribunal, ni de despojar a la aplicación del principio de proporcionalidad de todo tipo de valoraciones. En este sentido, acierta R. Alexy al aseverar que la ponderación no lleva en cada caso a una solución precisa, es decir: no implica la verificación de la tesis de la «única respuesta correcta». Qué solución sea apropiada después de la ponderación, depende de valoraciones que no son controlables por este mismo procedimiento²³. Sobre este aspecto debe reiterarse que ni la estructura del principio de proporcionalidad, ni la de ningún otro criterio alternativo —como más adelante se verá— puede ofrecerse como un procedimiento algorítmico, que por sí mismo sea suficiente para alcanzar una única solución objetiva para los casos concretos. Como ya hemos indicado, una solución de este talante, aparentemente ideal si se parte de una actitud de desconfianza ante la Jurisdicción Constitucional, sería además refutable, porque reduciría al mínimo la competencia del Legislador para configurar la vida política. El ejercicio de dicha competencia presupone que exista un margen de incertidumbre en la interpretación de las disposiciones constitucionales. Por esta razón, conviene que las sentencias de la Jurisdicción Constitucional revistan el mayor grado de racionalidad relativa, pero asimismo, que los criterios interpretativos con los que operan sean lo suficientemente flexibles para hacer viable el ejercicio de la competencia legislativa de configuración de la política.

Ahora bien, para verificar la hipótesis de que el principio de proporcionalidad es el criterio interpretativo que facilita el cumplimiento de estos dos objetivos en la mayor medida posible, es necesario acometer una reconstrucción de su estructura argumentativa. La reconstruc-

²² Vid. M. MEDINA GUERRERO, «El principio de proporcionalidad y el Legislador de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 139 y 141, quien sostiene que el principio de proporcionalidad puede perfilarse no sólo como un criterio para el control del Legislador, sino también del propio Tribunal Constitucional.

²³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

ción de esta estructura es por sí misma una ganancia en términos de racionalidad, porque permite identificar más fácilmente en qué parte del razonamiento implícito en la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad se sitúan las valoraciones del Tribunal Constitucional y qué es aquello que se define mediante ellas. El análisis de la estructura del principio de proporcionalidad esclarece qué es lo que el Tribunal debe fundamentar y de qué manera debe hacerlo. Todo esto redundará, al mismo tiempo, en favor de aclarar, hasta dónde debe extenderse la competencia del Tribunal Constitucional y dónde debe comenzar el ámbito de las atribuciones del Legislador.

2. LA FALTA DE CLARIDAD CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

2.1. Exposición de la crítica

La objeción de falta de claridad conceptual guarda una relación íntima con las críticas enunciadas en el epígrafe anterior. Aunque el argumento básico de esta objeción fue desarrollado ya por R. Stammler en su embate en contra de la jurisprudencia de intereses por no ofrecer criterios inteligibles para la ponderación²⁴, recientemente ha sido expuesta por W. Leisner en una extensa crítica acerca de las consecuencias que el auge del principio de proporcionalidad y de la ponderación pueden implicar para el Derecho de un Estado Democrático.

De acuerdo con W. Leisner, la aplicación del principio de proporcionalidad y la solución de problemas jurídicos mediante la ponderación consiste básicamente en el ejercicio de una técnica de poder²⁵, mediante la cual se producen decisiones que no son susceptibles de control desde el punto de vista jurídico²⁶ y que por ende resultan subjetivas e irracionales.

Esta irracionalidad deriva de varios factores, entre los cuales se destaca la falta de claridad de los términos con los que se define el principio de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad, así como otras expresiones conexas utilizadas en la jurisprudencia consti-

²⁴ Vid. R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle A.D. S, Buchhandlung des Weisshauses, 2.ª edición, 1923, pp. 447.

²⁵ W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 171.

²⁶ *Ibidem*, pp. 119 y 222.

tucional para describir el procedimiento de ponderación y sus resultados, no tiene un significado unívoco y comprensible²⁷. Expresiones tales como razonable, idóneo, importante, proporcionado, adecuado, necesario o indispensable, no están dotadas de un sentido depurado en el uso común y por tanto, dan lugar a confusiones, cuando se utilizan como criterios decisivos para optar por una u otra solución en los casos concretos.

En opinión de Hirschberg²⁸, esta es una de las críticas con que se ataca de modo más frecuente al principio de proporcionalidad. Esta crítica ha sido esgrimida por varios autores e incluso por algunos de los propios Jueces Constitucionales en su votos particulares. Según esta objeción, la ambigüedad hace que el mencionado principio carezca de contenido preciso, que sea un criterio vacío, poco consistente, ajeno a la dogmática, y críptico²⁹.

Además, se le acusa de tener exclusivamente un talante formal, es decir, de no estar dotado de un contenido semántico del cual pueda extraerse una única solución jurídica para cada caso en que haya de ser aplicado. El principio de proporcionalidad exige que las medidas legislativas de intervención en la órbita de los derechos fundamentales sean proporcionadas, o en sentido negativo, prohíbe que sean desproporcionadas. Sin embargo, el propio principio no establece qué es lo proporcionado ni lo desproporcionado. Como consecuencia, la definición de estos términos se convierte en un misterio. La capacidad de determinar cómo ha de definirse lo idóneo, lo necesario y lo proporcional, queda otorgada entonces al juez que aplica el principio, a quien por consiguiente se abre un amplísimo horizonte para desplegar su subjetividad³⁰.

²⁷ *Ibidem*, pp. 96 y ss.

²⁸ L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *op. cit.*, pp. 212. Vid. un eco de esta crítica en España en M. MEDINA GUERRERO, «El principio de proporcionalidad y el Legislador de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 129.

²⁹ Fr. OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *DVBt*, 1995, pp. 905. Vid. asimismo, en la doctrina española, sobre la falta de precisión conceptual de la ponderación: S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *TyRC*, núm. 12-13, 2003, pp. 351 y ss.

³⁰ J. Calvo González asegura en este sentido que el principio de proporcionalidad cumple sólo una función narrativa. El juez, sostiene este autor, «toma la decisión en el ámbito indisponible y personalísimo de su libre apreciación en conciencia». Luego, lo justifica mediante criterios como los de proporcionalidad o razonabilidad. Según Calvo González, el problema estriba en que la causa justificativa de la decisión, es decir las razones que motivan la aplicación del principio de pro-

Asimismo, no parece existir suficiente claridad acerca de las relaciones de sinonimia, intersección o diferencia, que existen entre los subprincipios de la proporcionalidad y otros criterios y argumentos colindantes, tales como los de razonabilidad y contenido esencial de los derechos fundamentales, los argumentos teleológico, sistemático y de concordancia práctica y en general, los criterios y métodos de la interpretación constitucional³¹. Esta falta de diferenciación se debe sobre todo al uso variable de estas expresiones por parte del Tribunal Constitucional y de la doctrina, lo cual se explica, entre otras razones, por las dificultades que entraña diferenciar el significado especializado de estos conceptos, de aquél que tienen en el lenguaje corriente. Todos estos términos guardan entre sí intrincadas relaciones semánticas en el español común. La complejidad de estas relaciones se proyecta al campo de las argumentaciones jurisprudenciales y dogmáticas, porque es inevitable que en una y otra se acuda al uso retórico de estos vocablos con el significado que tienen en el lenguaje habitual. Por esta razón, no son infrecuentes las confusiones³², ni las logomaquias o disputas terminológicas³³, al tratar de deslindar el ámbito que describe el concepto de proporcionalidad de aquéllos similares o conexos.

2.2. Valoración de la crítica

La objeción de falta de claridad conceptual tampoco parece tener una magnitud suficiente como para desaconsejar la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y sugerir la sustitución de este principio por algún criterio alternativo. La claridad conceptual es desde

porcionalidad no pueden someterse a control. Vid. «Razonabilidad como relato», *PJ*, núm. 33, marzo de 1994, pp. 42.

³¹ Vid. sobre este problema en la doctrina constitucional norteamericana: T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 986 y ss. En la alemana: R. DESCHLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit Staatlichen Handelns*, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

³² Una descripción del uso indiferenciado de los términos proporcionalidad y razonabilidad, efectuado a veces por el Tribunal Constitucional español puede hallarse en A. CARRASCO PERERA, «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», *op. cit.*

³³ Vid. Por ejemplo en la obra de Hirschberg, un recuento de las principales disputas semánticas, que los conceptos de indispensabilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto han suscitado en la doctrina alemana. L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

luego la principal condición de racionalidad que todo concepto o criterio jurídico debe cumplir para poder ser utilizado en la interpretación constitucional sin reparos de ningún tipo. Sin embargo, como ya se verá, un detenido análisis del principio de proporcionalidad y de los criterios alternativos muestra que aquél principio es el criterio cuya estructura puede comprenderse con mayor claridad. A diferencia de algunos criterios alternativos, la estructura del principio de proporcionalidad está libre de contradicción y puede reconstruirse como un procedimiento argumentativo en el cual aparecen explícitamente los diferentes tipos de premisas utilizadas por el Tribunal Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer que la objeción de falta de claridad conceptual sí exige llevar a cabo dos tareas que hasta el momento no han sido ejecutadas cabalmente por la escasa bibliografía que se ha ocupado del principio de proporcionalidad. En primer lugar, esta objeción sólo puede superarse tras haber desarrollado una reconstrucción de la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad, tal como lo hemos mencionado en el epígrafe anterior. Dicha reconstrucción hará cobrar nitidez a las reglas y a los elementos que integran conceptualmente a este principio. Un concepto deja de ser críptico cuando su significado se vuelve de uso común, cuando las ambigüedades a que pueda dar lugar se reducen y, de esta manera, cuando su utilización se hace comprensible para todos los participantes en el proceso político y en el discurso jurídico. A medida en que la doctrina y la jurisprudencia hagan un uso consistente, decantado y semánticamente constante del principio de proporcionalidad, este concepto adquirirá una mayor nitidez.

En segundo lugar, este último propósito exige también establecer con precisión cuáles son las similitudes y diferencias que existen entre el principio de proporcionalidad y la amplia gama de conceptos conexos que también son utilizados en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, tales como el principio de razonabilidad, el criterio del contenido esencial y los criterios y métodos de la interpretación en general y de la interpretación constitucional en particular. Es evidente que el significado y el alcance de todos estos conceptos no pueden ser precisados *a priori*, mediante un ejercicio introspectivo. El deslinde de las realidades a que aluden estos términos en el mundo del Derecho sólo puede efectuarse después de sistematizar el significado con que han sido utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la doctrina especializada. En los Capítulos Cuar-

to y Quinto intentaremos precisar cómo pueden ser definidas estas relaciones conceptuales.

Aparte de lo anterior, conviene admitir que el aspecto más relevante, entre aquéllos a los que se refiere la objeción de falta de claridad conceptual, es la atribución al principio de proporcionalidad de un carácter exclusivamente formal. En este aspecto, la crítica atina por completo, pues, como ya hemos mencionado, el principio de proporcionalidad no consiste sino en una estructura. Con todo, en esta característica no puede vislumbrarse una deficiencia del citado principio, sino por el contrario, su mayor virtud. Gracias a este talante estructural, el principio de proporcionalidad puede operar como criterio para la fundamentación y concreción de las normas iusfundamentales adscritas. Ningún criterio material es idóneo para desempeñar de manera autónoma esta función, porque, a causa de la pluralidad de ideologías existentes en la sociedad, los criterios materiales entran con frecuencia en colisiones que no pueden resolverse sin la mediación de criterios estructurales. Aunque los criterios estructurales no sean suficientes para garantizar que la fundamentación de las normas adscritas se lleve a cabo de manera correcta, su aplicación sí constituye una garantía necesaria de corrección, cuando los criterios materiales no bastan para determinar la solución para el caso concreto de que se trate.

3. EL ARGUMENTO DE LA INCONMENSURABILIDAD

3.1. Exposición de la crítica

Según el argumento de la inconmensurabilidad, la ponderación o aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene carácter irracional, porque dentro de su marco se trata de comparar dos magnitudes, que a causa de sus radicales diferencias, no son susceptibles de comparación³⁴. En la doctrina norteamericana, L. Frantz

³⁴ L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., pp. 72 y ss., 132 y ss., y 153 y ss. Sobre este mismo argumento: N. JANSEN, «Die Struktur rationaler Abwägungen», en AAVV (A. BROCKMÖLLER, D. BUCHWALD, D. v. d. PFORDTEN y K. TAPPE eds.), *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, ARSP, Beiheft 66, 1997, pp. 152 y ss.; Ch. JAKOBS, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», op. cit., pp. 97 y ss.; K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, op. cit., pp. 275 y 276. En la doctrina norteamericana, por ejemplo: L. TRIBE, «Constitutional

ha denunciado este fenómeno con toda vehemencia: en la ponderación la labor del juez consiste en «medir lo que no es susceptible de ser medido... [y en] comparar lo incomparable»³⁵.

Ponderar es una metáfora que alude a la acción de atribuir un determinado valor o peso a dos intereses o bienes que entran en conflicto en un caso concreto, para decidir cuál debe prevalecer, y para solucionar de esta forma un determinado problema constitucional. Pues bien, la crítica sostiene que una ponderación sólo debe ser considerada racional, cuando los elementos que se ponderan pueden ser referidos a un denominador común, que establece la magnitud o el patrón bajo cuyo rasero se comparan y valoran. El dinero es un ejemplo típico de denominador común. En las decisiones de política económica, por ejemplo, es viable ponderar diversas opciones o cursos de acción, si sus ventajas y desventajas pueden ser estimadas con fundamento en criterios financieros unívocos, susceptibles de ser expresados en cifras o cantidades de dinero³⁶.

Según la crítica, en el campo de los derechos fundamentales, en cambio, no existe ningún denominador común de esta índole. De acuerdo con el argumento de la inconmensurabilidad, los derechos fundamentales no pueden ser sopesados desde el punto de vista de criterios de rentabilidad financiera y, más aún, de ningún otro tipo de criterios. El examen de proporcionalidad en sentido estricto no dispone de un rasero común para establecer si el menoscabo del derecho fundamental se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva, desde el punto de vista de la realización de otros derechos funda-

Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency», *HarvLRev*, vol. 98, 1985, pp. 595; L. HENKIN, «Infalibility under Law: Constitutional Balancing», op. cit., pp. 1048; R. H. PILDES, «Eludiendo la ponderación. El papel de las cláusulas de exclusión en el derecho constitucional», op. cit., pp. 27. En la doctrina española: E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 431 y ss. Vid. asimismo, sobre el concepto de inconmensurabilidad, aunque sin mención explícita del principio de proporcionalidad, y con referencia a la obra de Isaiah Berlin: D. MARTÍNEZ ZORRILLA, «El pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo y la inconmensurabilidad», *REP*, núm. 109, 2000, pp. 187 y ss.

³⁵ L. FRANTZ, «Is the First Amendment Law? — A Reply to Professor Mendelson», *CalLRev*, núm. 51, 1963, pp. 748.

³⁶ Cabe advertir, sin embargo, que aun en materia de política económica se ha criticado la técnica de la ponderación, conocida en ese ámbito como principio de maximalización o de optimización de beneficios, por no tener capacidad para incluir las variables cualitativas implícitas en la decisión. Vid. sobre este aspecto: N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, op. cit., pp. 101 y ss.

mentales, bienes constitucionales o intereses públicos; en este examen no se dispone de un metro, ni de un patrón idóneo para establecer la magnitud de estos menoscabos y beneficios, ventajas y desventajas, ni para precisar cuál de los derechos fundamentales o bienes en conflicto debe prevalecer en cada situación.

Si en un caso, por ejemplo, se debate sobre la constitucionalidad de una medida legislativa que viene exigida por la libertad de información pero prohibida por el derecho al honor, según el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha de establecerse si los beneficios para la libertad de información que implica la efectividad de la medida, justifican los perjuicios que se causan al derecho al honor. El argumento de la inconmensurabilidad sostiene que un juicio de esta naturaleza no es racional. Por una parte, no existe ningún criterio para determinar cuál de los dos derechos fundamentales en conflicto reviste mayor importancia, ni en general ni en el caso concreto; y por otra, tampoco se cuenta con ninguna escala, mediante cuya aplicación sea viable medir y comparar los beneficios y los perjuicios que la medida sometida a control entraña para un derecho y para el otro. Dicho de manera más general, la objeción de inconmensurabilidad niega que sea posible construir una jerarquía entre los derechos fundamentales y los bienes constitucionales, y también niega la existencia de un patrón común de comparación, idóneo para estimar las ventajas y desventajas que las leyes de intervención implican para los derechos y bienes en conflicto, y que sirva de fundamento para optar por alguno de los posibles resultados de la decisión de constitucionalidad.

3.2. Valoración de la crítica

Es patente el nexo que existe entre el argumento de la inconmensurabilidad y la primera objeción analizada, según la cual, la aplicación del principio de proporcionalidad es irracional por carecer de un punto de referencia jurídico objetivo. De acuerdo con la crítica, los derechos, bienes e intereses que se sopesan en la ponderación son inconmensurables, porque no pueden ser estimados con base en un patrón de referencia, es decir, en una escala fiable de magnitudes, construida a la luz de un denominador común. De acuerdo con T. Alexander Aleinikoff, el argumento de la inconmensurabilidad puede ser expresado con el dicho popular: «la comparación entre manzanas y naranjas es imposible». Sin embargo, señala este autor, el valor

de unas y otras sí puede ser comparado si se refiere a un «rango o escala de frutas» o, de otra manera, «si es asignado un precio en dólares por libra» para cada una de estas especies. La crítica señala que en la ponderación que se surte en el Derecho constitucional, resulta imposible derivar de la Constitución «una escala que permita trasladar el valor de los intereses en juego a una moneda común para hacer posible su comparación»³⁷.

A partir de la apreciación de T. Alexander Aleinikoff puede concluirse que existen dos vías de salida para superar la objeción de la inconmensurabilidad. La primera consiste en construir una jerarquía estable y definitiva que abarque todos los derechos fundamentales y los bienes constitucionales susceptibles de entrar en conflicto, y por tanto, de ser ponderados. En esta escala aparecerían todas las relaciones de prioridad o prevalencia entre los derechos y bienes y, de este modo, la solución jurisdiccional de las colisiones entre ellos sería siempre previsible y certera. La segunda vía, en cambio, estriba en encontrar un denominador común para hacer posible la comparación entre las ventajas y desventajas que afectan a los derechos y bienes implicados en una intervención legislativa.

Como ya hemos apuntado, la primera opción es una de las soluciones más sugeridas por la doctrina para paliar la carencia de un punto de apoyo que pretendidamente afecta al principio de proporcionalidad. A una solución hipotética de este talante aluden por ejemplo Böckenförde, Pierrot y Schlink. La susodicha escala o jerarquía de derechos y bienes constitucionales establecería un orden material, del cual se podría derivar una única solución para todos los hipotéticos casos de colisión. De este modo, la función interpretativa del Tribunal Constitucional se desarrollaría con una objetividad meridiana. Al Tribunal le correspondería únicamente aplicar al caso concreto, de modo inexorable, la jerarquía de rangos prefigurada en la escala de derechos y bienes. Si en la escala, por ejemplo, el derecho a la información tuviese un rango superior al derecho al honor, el Juez Constitucional sólo tendría que declarar la prioridad de aquél sobre éste en todos los casos constitucionalmente controvertidos.

No obstante, esta primera vía de salida encuentra muchas dificultades, y a la vez, ofrece pocas ventajas. Por una parte, no está claro de

³⁷ T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 973.

dónde puede derivarse un orden jerárquico material de derechos fundamentales y bienes constitucionales. En principio parece que dicho orden no puede dimanar del propio texto constitucional. La Constitución no instituye un detallado sistema de rangos entre derechos y bienes; por el contrario, sólo contiene un catálogo de enunciados que los establecen, y ordena la vinculación de los poderes públicos y de los particulares a todos ellos por igual (art. 9.1 y 53.1 CE). Tampoco la Constitución tiene capacidad para prever, enumerar, y mucho menos, para jerarquizar todos los bienes imaginables que el Legislador pudiese propugnar mediante leyes de intervención en los derechos fundamentales. El principio democrático y algunas cláusulas específicas de reserva de ley atribuyen al Parlamento la competencia para establecer bienes de interés público, finalidades de la legislación que en el control de constitucionalidad se convierten en objetos ponderables. Como es evidente, la Constitución no puede prever de antemano todos estos bienes que el Legislador puede establecer. Esta circunstancia también auspicia el rechazo de la hipótesis de que a partir del texto constitucional puede derivarse un orden jerárquico de todos los derechos y bienes susceptibles de ser ponderados.

Ahora bien, si la jerarquía de derechos y bienes no puede deducirse de la Constitución, cabe preguntarse de qué otra fuente puede emanar. A este efecto se han ofrecido múltiples respuestas; se ha aludido, por ejemplo, al consenso, a la opinión general de los juristas, al derecho natural, y a otras entidades metafísicas o cuasimetafísicas³⁸. El problema estriba en que estas otras fuentes son tan volátiles que de ellas parece muy difícil poder derivar algo de tanta trascendencia como un orden material de todos los derechos fundamentales y los bienes constitucionales susceptibles de ser ponderados. Además, aun cuando esto fuera posible, y fuera evidente que por ejemplo el derecho natural prefigura una jerarquía semejante, cabría dudar acerca de la legitimidad de estas fuentes. No parece plausible que en una Democracia, las siempre controvertibles derivaciones de la metafísica hayan de prevalecer sobre las determinaciones del Legislador.

³⁸ El propio T. Alexander Aleinikoff asegura que en la doctrina norteamericana se suele invocar un sinnúmero de entidades extraconstitucionales, como un orden jerárquico susceptible de contrarrestar el problema de la incommensurabilidad. Entre dichas entidades extraconstitucionales se encuentran: «la experiencia, el estudio y la reflexión sobre el derecho», «la historia», «el consenso social» y «la importancia de los intereses en juego». *Ibidem*, pp. 974.

Por otra parte, la idea de una escala material o de un orden de derechos y bienes ofrece bastantes desventajas como modelo metodológico. Una escala material de esta índole dotaría de tanta objetividad a la aplicación del principio de proporcionalidad, que conduciría irremediablemente al denostado paradigma de la jurisprudencia mecánica, no construido esta vez a la medida de la subsunción, sino al calibre de la ponderación. La labor del Tribunal Constitucional se reduciría a aplicar la escala prefigurada y a decidir automáticamente los casos. El Tribunal no sería ya la boca que pronuncia las palabras de la ley, pero sí un férreo ejecutor de la escala de derechos fundamentales y bienes constitucionales. Además, esta escala implicaría la clausura del sistema constitucional a la inclusión de nuevos derechos y bienes y dificultaría su adaptación al cambio. La objetividad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pagaría a costa de la petrificación del contenido de los derechos fundamentales y de las finalidades políticas y, aún más, entrañaría una transfiguración de la argumentación política en dogmática constitucional³⁹. Por esta razón, no parece ofrecerse como una alternativa conveniente para las sociedades plurales, complejas y continuamente mutantes del presente.

Todavía, sin embargo, resta explorar la segunda vía enunciada por Alexander Aleinikoff, según la cual, la objeción de la incommensurabilidad puede superarse si se encuentra un denominador común para ponderar los derechos fundamentales y los bienes constitucionales. Conviene efectuar desde ahora varias precisiones sobre este aspecto, que tratemos con todo detalle cuando nos refiramos a la estructura del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La incommensurabilidad es un problema filosófico que afecta a todo tipo de decisiones prácticas, tales como las decisiones jurídicas, morales y políticas en las que juegan diversos argumentos normativos, analíticos y empíricos a favor y en contra de las diferentes hipótesis de solución. En cuanto criterio estructural, el principio de proporcionalidad no reviste por sí mismo la capacidad suficiente para superar este problema, en los casos en que se presenta un conflicto radical entre diferentes argumentos normativos o empíricos acerca de la magnitud de las ventajas y desventajas que cierta intervención legislativa produce

³⁹ Ch. STARCK, «La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité», en AAVV, *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional. Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 69.

para los derechos o bienes implicados en una colisión. Designaremos a estos casos, como *casos difíciles* de derecho fundamental en sentido estricto. En estos casos la única solución correcta es que no existe solución correcta.

No obstante, ha de reconocerse que en estos casos, el mencionado principio no constituye la causa de la inconmensurabilidad, sino que este fenómeno se debe a la concurrencia de disímiles valoraciones ideológicas acerca los bienes en conflicto y de su importancia en el caso concreto⁴⁰. Una evidencia de esta afirmación se encuentra en el hecho de que este complejo problema filosófico también afecta a los criterios alternativos al principio de proporcionalidad en los casos límite. Lo que ocurre es que, por lo general, cuando se aplican dichos criterios alternativos, la inconmensurabilidad simplemente se soslaya.

El principio de proporcionalidad, en cambio, hace explícita la trascendencia del problema de la inconmensurabilidad en los casos difíciles y ofrece un procedimiento idóneo para solucionar el conflicto entre la pluralidad de argumentos que juegan a favor y en contra de las específicas hipótesis de decisión o incluso, en supuestos extremos, para detectar que no existe una solución racional. Este procedimiento argumentativo, contenido en la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad que desarrollaremos en el Capítulo Sexto, se compone de algunas reglas que configuran un denominador común para la ponderación, bajo cuyo raso puede obtenerse una solución racional para un buen número de casos, en los que no se presentan una contraposiciones radicales entre diversas concepciones axiológicas de los derechos fundamentales o extremas controversias acerca de las apreciaciones fácticas que sean relevantes. En este segundo conjunto de casos, que denominaremos *casos fáciles* de derecho fundamental en sentido estricto, la inconmensurabilidad se reduce mediante la aplicación de las reglas subyacentes a los subprincipios de la proporcionalidad. Estos casos fáciles no pueden solucionarse de un modo igualmen-

⁴⁰ Por ejemplo, no parece razonable sostener que en el control de constitucionalidad de una ley que penaliza el aborto, el principio de proporcionalidad sea la causa de la inconmensurabilidad que se presenta al intentar establecer si los beneficios que la penalización del aborto implica desde el punto de vista del derecho a la vida del nasciturus, entendido como derecho fundamental de protección [BVerfGE 88, 203 (254)] o del bien constitucional de la vida (STC 53/1985) compensan o no los sacrificios que se imponen a la libertad de la madre. La inconmensurabilidad se produce en razón de las radicales controversias entre posturas ideológicas y axiológicas acerca de la valoración de estos dos derechos o bienes en conflicto y de la eficacia y necesidad de la protección de la vida mediante la legislación penal.

te racional mediante los criterios alternativos, razón por la cual será preciso considerar al principio de proporcionalidad como el criterio estructural para la fundamentación y concreción de las normas adscritas que ofrece la mayor racionalidad comparativa, también si se le observa desde el punto de vista de la objeción de la inconmensurabilidad.

4. LAS DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR LOS DERECHOS Y BIENES OBJETO DE LA PONDERACIÓN

4.1. *Exposición de la crítica*

La aplicación del principio de proporcionalidad también se ha catalogado como irracional, con el argumento de que en la ponderación se sopesan derechos, bienes e intereses, que componen un universo difuso⁴¹ y que pertenecen a un conjunto infinito de titulares, cuya identificación está sometida a meridianas dificultades⁴².

Esta objeción se refiere a la dificultad para establecer cuáles son los derechos o bienes que ostentan la capacidad de producir un conflicto constitucional que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta dificultad se proyecta en tres diferentes dimensiones.

En primer lugar, tal dificultad se relaciona con el problema de determinar cuáles son las disposiciones de derecho fundamental que aparecen en la Constitución. Comoquiera que el principio de proporcionalidad se define como un criterio para determinar el contenido de tales derechos, un presupuesto lógico de su utilización es siempre la circunstancia de que un derecho fundamental deba ser aplicado jurisdiccionalmente. Como es bien sabido, la respuesta a la pregunta: ¿cuáles son las disposiciones de derecho fundamental de la Constitución?, pasa por álgidas discusiones en todos los ordenamientos jurídicos. En el caso español, este debate se encuentra parcialmente zanjado, en razón del consenso existente en la jurisprudencia y la doctrina, en cuanto a que únicamente los enunciados que componen el Capítulo II del

⁴¹ K. Greengwalt, «Objectivity in legal Reasoning», *op. cit.*, pp. 205.

⁴² Vid. sobre estos problemas de delimitación del ámbito en que debe ser aplicado el principio de proporcionalidad: Fr. OSSENBÜHL, «Maßhalten mit dem Übermaßverbot», en AAVV (P. BADURA y R. SCHOLZ eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche Zum 65. Geburtstag*, C.H. Beck's, Munich, 1993, pp. 156 y ss.

Título I CE tienen el carácter de disposiciones de derecho fundamental. Sin embargo, aún persiste el interrogante de si el principio de proporcionalidad también debe emplearse, cuando deben ser aplicadas las disposiciones que componen el Capítulo III del mismo Título, es decir, los Principios Rectores de la Política Social y Económica.

En segundo lugar, es necesario especificar, qué tipo de disposiciones legislativas dan lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad. Se trata de definir si este principio sólo debe aplicarse para el control de constitucionalidad de las leyes restrictivas de los derechos fundamentales, o también de otro tipo de leyes, como las que configuran, delimitan o desarrollan estos derechos. Este aspecto es bastante complejo, pues implica aclarar de antemano, cuáles son las relaciones que existen entre los conceptos de intervención, restricción, delimitación, configuración, regulación y desarrollo de un derechos fundamental, que se mencionan en la Constitución, en la jurisprudencia y en la doctrina, muchas veces sin demasiado rigor.

Por último, es imprescindible definir cuáles son los bienes y derechos capaces de justificar las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales y que por lo tanto deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este aspecto da lugar a considerables complicaciones, relacionadas sobre todo con el rango que ha de exigirse al bien que justifica las medidas legislativas de intervención en los derechos, para que pueda ser tenido en cuenta en el juicio de proporcionalidad. La pregunta es, si dicho bien ha de consistir siempre en otro derecho fundamental o si también pueden tratarse de un bien jurídico de carácter diverso y, en este último caso, si es necesario que dicho bien esté tipificado en la Constitución o si también pueden considerarse relevantes aquellos bienes establecidos por el Legislador, en ejercicio de su competencia general para configurar la Constitución o de alguna reserva de ley específica.

Este último aspecto resulta bastante problemático, porque aparentemente todas las posibles soluciones presentan inconvenientes nada desdeñables. En primer lugar, si se exige que todo bien, para cuya consecución sea preciso efectuar una intervención en los derechos fundamentales, deba ser otro derecho de esta misma índole, se degrada notablemente a los intereses de la comunidad. De optarse por esta postura, únicamente los intereses del individuo que subyacen a los derechos fundamentales verían reconocida la legitimidad necesaria para erigirse como finalidad y sustento de las intervenciones legislativas en los dere-

chos. Los demás bienes e intereses comunitarios carecerían de fuerza para justificar la limitación de algún derecho. Como consecuencia, se exaltaría demasiado los atributos del individuo frente a los propósitos colectivos, aun cuando estos fuesen de importancia manifiesta (incluso para la propia garantía de los derechos fundamentales) y no entrañaran altos riesgos ni costes significativos para la libertad individual.

Este primer problema se supera, si se acepta, en segundo lugar, que los derechos fundamentales pueden ser limitados también en razón de las exigencias de otros bienes valiosos para la comunidad, siempre y cuando estén tipificados en la Constitución. De este modo, se otorga un mejor *status* a los intereses comunitarios. Sin embargo, con ello se constriñe demasiado todavía la competencia legislativa para configurar la vida política. Esta segunda hipótesis hace necesario que en el procedimiento parlamentario se rechace la protección de cualquier otro tipo de intereses que no sean estrictamente aquéllos que aparecen en la Constitución, a pesar de que puedan tener gran trascendencia para algunos grupos de individuos o para la sociedad en su conjunto. Como consecuencia, se enajena al Legislador la competencia para trazarse nuevos fines, diversos de aquéllos que su momento estableció el Constituyente.

Por último, si el rasero para evaluar la legitimidad de los bienes que justifican las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales se hace aún mucho más flexible, y se acepta la ponderación de estos derechos con cualquier tipo de bienes, estén o no tipificados en la Constitución, aparentemente se expropia a los derechos fundamentales su carácter de límites jurídicos infranqueables por el ejercicio del poder público. A esta consecuencia se llega, porque esta hipótesis implica que la eficacia de los derechos fundamentales pueda ceder en algunas ponderaciones ante un bien comunitario, carente de consagración constitucional, asociado a fines tan poco concretos como, por ejemplo, el mantenimiento del orden público, que no pocas veces en la historia han servido como ardid para menoscabar las libertades individuales. Además, esta última solución afecta aparentemente al principio de constitucionalidad. Su aceptación pone en entredicho la superioridad jerárquica de la Constitución sobre la ley, porque implica tolerar que el Tribunal Constitucional pondere en un mismo plano los derechos fundamentales y los fines del Legislador y reconozca de este modo a unos y a otros la misma fuerza jurídica vinculante⁴³.

⁴³ Vid. M. PETERS, «Grundrechte als Regeln und als Prinzipien», *op. cit.*, pp. 177 y ss.

A todo lo anterior se aúna el problema de identificar cuáles son los titulares de los derechos y bienes que se sopesan. Para aplicar el principio de proporcionalidad no sólo es necesario establecer cuáles son los derechos y bienes que entran en colisión, sino también, quiénes son sus titulares. En no pocas oportunidades la circunstancia de que un bien o un derecho fundamental esté radicado en cabeza de un cierto titular constituye un elemento decisivo para determinar si debe tener prevalencia en la ponderación. Sin embargo, a veces no es fácil establecer a primera vista, cuál es el titular de los derechos o bienes en conflicto.

Para este efecto no basta mantener la tradicional dicotomía entre intereses públicos y privados, y reconducir todas las posibles colisiones a la conocida fórmula que contrapone el interés general, encarnado en la ley, con el interés particular, representado por el derecho fundamental intervenido⁴⁴. Como es bien sabido, los derechos fundamentales no sólo representan intereses individuales. Además de su faceta subjetiva, tales derechos están provistos de una dimensión objetiva, en la que se hace patente el interés de la comunidad política en su garantía y observancia. Asimismo, dado que las decisiones del Tribunal Constitucional tienen el carácter de precedente para los casos futuros, en el procedimiento de ponderación debe tenerse en cuenta —sobre todo cuando se trata de recursos de amparo— que la intervención del Legislador en un derecho fundamental no atañe sólo al recurrente, sino también a todos los individuos que hipotéticamente puedan situarse en su posición. Por otro lado, no pocas veces cabe la certeza de que las leyes no encarnan únicamente los intereses generales de la comunidad, sino que directa o indirectamente pretenden satisfacer los derechos e intereses específicos de algunos individuos o grupos de particulares. Por último, una intervención legislativa también puede generar una colisión entre dos derechos fundamentales de un mismo titular —como en la STC 215/1994⁴⁵—, sin que *a priori* se

⁴⁴ Vid. sobre este aspecto: R. POUND, «A Survey of Social Interests», *HarvLRev*, vol. 57, núm. 1, 1943, pp. 2 y ss. T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 978 y 981; L. TRIBE, «Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency», *op. cit.*, pp. 614; y J. RAZ, «Rights and Individual Well-Being», *RJ*, vol. 5, núm. 2, 1992, pp. 127 y ss. En la doctrina española: E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 431.

⁴⁵ En este conocido caso se discutía sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989. Esta ley orgánica introducía una reforma al Código Penal y, en este sentido, establecía: «...no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autori-

tenga la certeza de cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. En todos estos eventos, se hace difusa la contraposición entre interés público e interés privado y es imperioso efectuar un esfuerzo argumentativo para individualizar con precisión, quiénes son los titulares de los derechos e intereses que subyacen tras el derecho intervenido y tras la ley de intervención.

4.2. Valoración de la crítica

Estos argumentos en contra de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales no expresan en realidad una objeción. Más bien, ellos hacen patente una tarea, aún no acometida del todo por la doctrina constitucional. Se trata de delimitar el ámbito de aplicación de este principio. En el capítulo anterior hemos avanza-

zada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». En la fundamentación jurídica del auto mediante el cual se promovió la cuestión de inconstitucionalidad, el juez advirtió de que esta disposición era contradictoria con el artículo 15 CE, porque la despenalización de la esterilización de los disminuidos físicos y psíquicos vulneraba la integridad física y moral de estos últimos. Asimismo, el juez señaló de que la norma cuestionada vulneraba también el artículo 49 CE, que impone a los poderes públicos el deber de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, que les permita el disfrute de sus derechos fundamentales. El problema jurídico del caso consistía en establecer si la integridad física y moral de estos incapaces, prevalecía ante la posibilidad de que desarrollasen una sexualidad libre de riesgos de embarazo —que bien puede adscribirse al derecho a libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)—, tras una esterilización llevada a cabo con el consentimiento de sus representantes mediante del procedimiento jurisdiccional fijado por la ley. El Tribunal Constitucional reconoció implícitamente este conflicto de derechos fundamentales de un mismo titular: «el núcleo de la cuestión planteada está, pues, referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula, que, sin vulnerar el artículo 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la... [norma cuestionada]», FJ. 1º. Dos análisis críticos de esta sentencia —contradictorios entre sí— pueden encontrarse en E. VIDAL, «Límites, notas y garantías de los derechos fundamentales. La STC 215/1994 sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica», *AFD*, núm. 12, 1995, pp. 127 y ss.; y A.-L. MARTÍNEZ PUJALTE, «Esterilización de deficientes mentales y derecho a la integridad física», *Humana Iura*, núm. 4, 1994, pp. 297 y ss.

do hacia este objetivo, cuando precisamos que el principio de proporcionalidad se aplica como criterio estructural para la fundamentación externa y la concreción de las normas adscritas en los casos difíciles en sentido amplio. Sin embargo, esta delimitación debe definir todavía, qué derechos fundamentales, qué medidas legislativas de intervención y qué bienes justificativos de tales medidas exigen la aplicación del referido principio. En el Capítulo Sexto desarrollaremos estos aspectos con profundidad.

5. LA OBJECCIÓN DE LA INEVITABLE JURISPRUDENCIA DEL CASO CONCRETO

5.1. Exposición de la crítica

Por último, se ha pretendido demostrar la subjetividad e irracionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad con el argumento de que se trata de un método muy rudimentario, que escapa a cualquier intento de reconstrucción teórica y que, por consiguiente, lleva siempre a soluciones imprevisibles y particulares. En otras palabras, se le atribuye el inconveniente de hacer desembocar la práctica interpretativa de los derechos fundamentales en una ininteligible jurisprudencia *ad hoc*⁴⁶, que pretende magnificar la justicia del caso con-

⁴⁶ Vid. D. GRIMM, Vid. «Il futuro della Costituzione», en AAVV (G. ZAGRABELSKY, P. P. PORTINARO y J. LUTHER eds.), *Il Futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 162; H. BETHGE, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Múnich, 1977, pp. 276; H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pp. 23; G. RESS, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Deutschen Recht», *op. cit.*, pp. 10 y ss.; S. FOIS, «'Ragionevolezza' e 'valori': interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato sul diritto», en AAVV, *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, 1994, pp. 110; L. PALADIN, «Esiste un 'principio di ragionevolezza' nella giurisprudenza costituzionale?», en AAVV, *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, pp. 164; J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, *op. cit.*, pp. 295; y R. GUASTINI, «Los principios en el derecho positivo», en Íd., *Distinguiendo*, *op. cit.*, pp. 171, quien señala que mediante la ponderación entre derechos fundamentales, el conflicto que se presenta entre ellos «no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas... toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros». La crítica de la jurisprudencia *ad hoc* también se conoce como la objeción del particularismo. Vid. sobre este concepto y algunos intentos para superarlo: J. J. MORESO, «Conflitti tra principi costituzionali», *diritto e questioni pubbliche*, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/

creto, pero que paralelamente entraña un sacrificio desmedido para la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho.

En relación con este aspecto, algunos autores opinan que una de las grandes ventajas que ofrece el principio de proporcionalidad, como criterio para la aplicación de los derechos fundamentales, estriba precisamente en su flexibilidad, en su aptitud para adaptarse a las circunstancias particulares de cada caso y para facilitar de este modo la obtención de soluciones constitucionalmente correctas⁴⁷. Tanto en la historia del Derecho constitucional norteamericano como del europeo, la aplicación de este principio ha sido considerada como un avance en la superación del formalismo interpretativo y un triunfo de la concepción argumentativa y abierta de la interpretación constitucional, sobre el talante férreo y tradicionalista de algunas de las tendencias de la metodología jurídica del siglo XIX⁴⁸. Sin embargo, no puede eludirse el interrogante de si esta flexibilidad no lleva consigo una disminución considerable de la fuerza normativa de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales, y si no actúa en detrimento de la coherencia del Derecho y de la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema, en donde las decisiones jurisprudenciales deben poder predecirse y deben estar determinadas por las normas establecidas por el Constituyente y por el Legislador democrático, antes que por las azarosas necesidades de los casos concretos.

La crítica señala que las estrategias viables para solventar los inconvenientes de la jurisprudencia *ad hoc* desembocan en un callejón sin salida. Desde esta perspectiva, todo intento de sistematizar y generalizar la aplicación del principio de proporcionalidad, y de someterla a reglas sustanciales, está condenado a un rotundo fracaso. La enunciación de reglas sustanciales para la aplicación de la proporcionalidad sólo podría ser la consecuencia de una reconstrucción de las decisiones tomadas en casos anteriores, referidos a unos mismos derechos o bienes en conflicto. Estas reglas expresarían pautas de decisión que podrían ser empleadas para resolver futuros casos⁴⁹, en los cuales, por

testi?D-Q-2_moreso-testo.htm, consultada el 20/11/2002. Vid. una crítica a las propuestas de MORESO: B. CELANO, «Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabili», *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.

⁴⁷ Vid. Por ejemplo: G. ZAGRABELSKI, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1996, en especial los Capítulos Sexto y Séptimo.

⁴⁸ Vid. T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 979; L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *op. cit.*, pp. 212.

⁴⁹ En el derecho constitucional norteamericano se ha denominado *Definitional*

consiguiente, ya no sería necesario volver a sopesar los derechos o bienes en juego. De esta forma, se evitaría que las ponderaciones fuesen *ad hoc*, es decir, que en cada caso fuese necesario efectuar una nueva ponderación específica.

Un ideal semejante se enfrenta con varios inconvenientes⁵⁰. Entre ellos cabe destacar que esta hipótesis de solución soslaya que el resultado de la ponderación depende siempre de las circunstancias específicas de cada caso y que una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquélla que se ha atribuido a otro caso anterior⁵¹. Las señas singulares de cada supuesto cobran una extrema importancia, sobre todo a efectos de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo cuando se consideran todas las particularidades de cada caso, puede dimanar el convencimiento de que la restricción de un derecho fundamental implica más ventajas que desventajas. Por esta razón, un conjunto de reglas sustanciales que sirviera como guía para la decisión de ponderaciones futuras, sería operativo únicamente para solucionar casos idénticos y una secuencia de casos idénticos se presenta en la práctica con muy poca frecuencia. Como ha sostenido T. Alexander Aleinikoff: «las nuevas situaciones presentan nuevos intereses y diferente peso para los viejos intereses»⁵².

5.2. Valoración de la crítica

Hemos de conceder a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc* que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad depende en un alto grado de las circunstancias del caso concre-

balancing a la hipótesis en que el resultado de la ponderación se construye mediante reglas acuñadas en ponderaciones anteriores. Esta categoría se contrapone al *Balancing ad hoc*. Vid. sobre este tipo de ponderaciones, el artículo de M. NIMMER referido a la libertad de expresión: «The Right to Speak From Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy», *CalLRev*, núm. 56, 1968, pp. 935 y ss. También, en general: L. HENKIN, «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *op. cit.*, pp. 1027 y 1028.

⁵⁰ Vid. sobre este aspecto: T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 979.

⁵¹ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y F. VELASCO CABALLERO, «La ponderación entre derechos públicos», *op. cit.*, pp. 631.

⁵² T. ALEXANDER ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, pp. 980 y 981.

to⁵³. Esta peculiaridad se explica en razón del propio significado de los subprincipios que lo componen. La idoneidad de una ley de intervención en un derecho fundamental para alcanzar sus objetivos sólo puede enjuiciarse bajo la consideración de las específicas circunstancias empíricas en las que se ha adoptado. Asimismo, únicamente tras una evaluación a fondo de estas circunstancias es posible verificar si dicha ley prescribe la medida más benigna con la libertad entre todas aquéllas igualmente idóneas y si implica más ventajas para el fin que persigue, que desventajas desde el punto de vista del derecho restringido.

No obstante, el papel estelar que las circunstancias del caso juegan en la aplicación del principio de proporcionalidad no lleva consigo de por sí la transformación de la jurisprudencia constitucional en una maraña de decisiones particulares, que no sean susceptibles de ser organizadas en un sistema coherente. Es bien cierto que un sistema de esta índole no puede consistir en un orden sustancial inamovible, en el que se determinen todas las relaciones de prioridad existentes entre los diversos derechos fundamentales y los bienes constitucionales que puedan llegar a ser objeto de una ponderación. Como hemos reiterado, la implantación de un orden jerárquico universal e inmutable de posiciones iusfundamentales no parece posible ni conveniente. En cambio, sí puede ser viable formular algunas reglas procedimentales que definan y propicien una aplicación racional del principio de proporcionalidad. Estas reglas, además de abrir una vía para superar las objeciones de incommensurabilidad y de carencia de un punto de referencia objetivo para la ponderación, y que estarán comprendidas en nuestra ya anunciada reconstrucción de la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad, también contribuyen a mitigar el efecto de la jurisprudencia *ad hoc*. Tales reglas procedimentales sientan un mínimo común denominador, que si bien no reduce todas las valoraciones judiciales exigidas por las particularidades del caso concreto, sí fija un conjunto de condiciones imprescindibles para que la aplicación del principio de proporcionalidad tenga lugar mediante un procedimiento racional.

Además de lo anterior, debe reconocerse que las circunstancias específicas del caso concreto son relevantes en todo proceso de inter-

⁵³ Vid. en este sentido: L. PRIETO SANCHIS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *op. cit.*, pp. 443.

pretación y aplicación de normas jurídicas⁵⁴. La interpretación de una disposición jurídica nunca consiste en una determinación definitiva de su sentido. El significado de todo enunciado puede y debe transformarse, cuando debe ser aplicado para solucionar supuestos sobrevinientes que plantean nuevas necesidades y nuevos problemas jurídicos⁵⁵. De este modo, también el sentido de las disposiciones iusfundamentales habrá de precisarse en cada nuevo supuesto, de acuerdo con sus particulares necesidades y problemas jurídicos. Esta razón explica por qué las circunstancias del caso también resultan relevantes cuando la determinación del contenido de los derechos fundamentales se lleva a cabo mediante los criterios alternativos al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, entre este principio y los criterios alternativos existen diferencias en cuanto a este aspecto. La estructura de los subprincipios de la proporcionalidad permite detectar con exactitud cuáles son los juicios empíricos que el Tribunal Constitucional efectúa, a fin de incorporar los argumentos referidos a las circunstancias del caso en la fundamentación de sus decisiones. El principio de proporcionalidad permite observar con nitidez cuáles son las apreciaciones empíricas en las que se fundamenta la solución de cada caso y, de esta manera, favorece la posibilidad de criticar aquéllas que se considere erradas. En cambio, en la Segunda Parte veremos que cuando se aplican los criterios estructurales alternativos a este principio, como los que propugnan las teorías internas de los derechos fundamentales o el criterio del contenido esencial, las apreciaciones empíricas del Tribunal Constitucional no adquieren la explicitud necesaria para que puedan convertirse en objeto de crítica. El hecho de que estas apreciaciones no se hagan explícitas no implica que desaparezcan o que pierdan su relevancia, sino simplemente que quedan relegados al trasfondo de la decisión. Como consecuencia, la aplicación de los criterios alternativos al principio de proporcionalidad merma la claridad de la fundamentación de las sentencias de constitucionalidad y obstaculiza la dis-

⁵⁴ Asimismo, la circunstancia de que el Tribunal Constitucional no promulgue en sus sentencias grandes directrices interpretativas, mediante las cuales sea posible solucionar de antemano todos los asuntos problemáticos que puedan suscitarse en relación con los derechos fundamentales, constituye una exigencia imprescindible, que emana del respeto de la competencia legislativa para configurar la Constitución. Vid. en este sentido: C. R. SUNSTEIN, *One Case at Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge-Londres, 1999, pp. 3 y ss.

⁵⁵ Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1999, pp. 144.

cusión y crítica de las apreciaciones empíricas que se estime objetables, pues impone a los interlocutores del Tribunal la carga de hacerlas manifiestas antes de rebatirlas. Esta tarea resulta bastante ardua cuando las sentencias del alto Tribunal contienen motivaciones intrincadas.

II. LA CARENCIA DE LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. EXPOSICIÓN DE LA CRÍTICA

Las objeciones que componen este segundo embate en contra de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, se desprenden de las críticas de subjetividad y de irracionalidad que hemos examinado en el epígrafe anterior. En términos generales, dichas objeciones advierten que el Tribunal Constitucional no cuenta con suficiente legitimidad para llevar a cabo las valoraciones y las apreciaciones que le exige la aplicación del principio de proporcionalidad. Según la crítica, dado que la aplicación de este principio no puede orientarse por criterios jurídicos completamente certeros y que el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, cada aplicación de este principio constituye una intervención ilegítima del Alto Tribunal en la competencia legislativa para configurar la Constitución. Cada vez que el Tribunal Constitucional soluciona los problemas jurídicos de que conoce, en términos de una ponderación entre derechos fundamentales y bienes constitucionales, hace aumentar ilegítimamente su propio ámbito competencial y reduce la esfera de actuación que corresponde al Legislador en el proceso de articulación de los intereses sociales y de configuración de la vida política⁵⁶. El resultado del juicio de proporcionalidad consiste en una aseveración acerca de la primacía de unos derechos o bienes sobre otros en un caso concreto. Dicha primacía no puede derivarse estrictamente de las disposiciones constitucionales mediante criterios jurídicos objetivos. Por esta razón, se concluye, el Tribunal Constitucional termina ejerciendo la labor de

⁵⁶ Ch. FRIED, «Two concepts of interests: some reflections on the Supreme Courts Balancing Test», *HarvLawRev*, vol. 76, 1963, pp. 759 y ss.; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, op. cit., pp. 130.