

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. ¿ES LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS LA BASE PARA UNA TEORÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

Carlos Bernal Pulido*

Universidad Externado de Colombia

RESUMEN. Desde la publicación en 1993 de su primera traducción al castellano por Ernesto Garzón Valdés, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy ha influido en la discusión sobre los derechos fundamentales de la Constitución Española. Algunos autores han considerado que la tesis principal de Alexy, según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, es una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Sin embargo, otros autores han vislumbrado en esta tesis una concepción incorrecta, que legitima un inapropiado activismo judicial. El objetivo de este artículo es examinar la recepción y la discusión en España de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. En esta dirección, la primera parte estudia la recepción de la tesis de los derechos fundamentales como principios. La segunda parte da cuenta de tres grupos de objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los principios. En la tercera parte se intentará dar una respuesta adecuada a estas objeciones.

Palabras clave: Teoría de los derechos fundamentales, teoría de los principios, Robert Alexy.

ABSTRACT. Since 1993, when Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights was published for the first time in Spanish, this book has influenced the discussion about the nature and the structure of the constitutional rights in Spain. Some authors have been considering Alexy's main thesis, according to which constitutional rights are principles and principles are optimization requirements, as an appropriate account of the nature and the structure of constitutional rights and as a framework for a theory of rights of the Spanish constitution. Nonetheless, some other authors have objected this thesis because it arguably would lead to judicial activism. The aim of this paper is to review the reception and discussion of Alexy's theory of constitutional rights in Spain. To achieve this aim, the first part is devoted to the reception of the thesis about constitutional rights as principles in Spain. The second part considers three sets of objections against the theory of principles. Finally, the third part replies to these objections.

Keywords: theory of constitutional rights, theory of principles, Robert Alexy.

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). He presentado una versión preliminar de este texto en las Jornadas Internacionales sobre Teoría de los Derechos Fundamentales (Bamberg, Alemania, febrero de 2006). Agradezco a los Profesores Robert ALEXY (Kiel), Martín BOROWSKI (Londres) y Juan Antonio GARCÍA AMADO (León) por sus valiosas críticas y sugerencias.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978 institucionalizó en España el Estado Constitucional Democrático. Los elementos básicos de este modelo de Estado¹ son, también en la Constitución Española², el reconocimiento de la dignidad humana³ y de los derechos fundamentales⁴, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido⁵, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia⁶, y el establecimiento de la jurisdicción constitucional⁷. Los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos. Las disposiciones que los establecen, fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo. Asimismo, la satisfacción de los derechos fundamentales es el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho. En fin, garantizar su respeto es el objetivo de la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para controlar los actos de los poderes públicos y privados mediante los procedimientos de control abstracto (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad)⁸ y concreto (el recurso de amparo)⁹ de constitucionalidad. Esta posición central explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del Derecho público español desde 1978.

Desde la publicación en 1993 de su traducción al castellano por Ernesto GARZÓN VALDÉS, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert ALEXY ha influido en la discusión sobre los derechos fundamentales de la Constitución Española. Algunos autores han considerado que la tesis principal de ALEXY, según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización¹⁰, es una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Sin embargo, otros autores han vislumbrado en esta tesis una concepción incorrecta, que legitima un inapropiado activismo judicial.

El objetivo de este artículo es examinar la recepción y la discusión en España de la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, en adelante teoría de los principios.

¹ Sobre los elementos del Estado Constitucional Democrático, *cf.* ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático» (traducción de A. GARCÍA FIGUEROA), en CARBONELL (ed.), 2003: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, pp. 31 y s.

² BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; DE PÁRAMO, J. R., y PRIETO SANCHÍS, L. (eds.), 2004: *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Ministerio de la Presidencia, pp. 70 y s.

³ Art. 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

⁴ Capítulo II Título I CE.

⁵ Art. 166 al 169 CE.

⁶ Art. 1.1 CE.

⁷ Art. 159 al 161 CE.

⁸ Art. 161 CE.

⁹ Art. 53.2 CE.

¹⁰ ALEXY, 2001: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de E. GARZÓN VALDÉS), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., pp. 86 y ss. *Cfr.* también: BOROWSKI, 1998: *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, pp. 61 y ss.

Para tal fin, la primera parte estará dedicada al estudio de la recepción de la tesis de los derechos fundamentales como principios. La segunda parte dará cuenta de tres grupos de objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los principios. En la tercera parte se intentará dar una respuesta adecuada a estas objeciones.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS

1.1. Las teorías de los derechos fundamentales en España¹¹

El artículo 9.1 y el artículo 53.1¹² CE atribuyen carácter normativo a los derechos fundamentales¹³. En razón de lo dispuesto por estos artículos, es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera «lirica constitucional»¹⁴. Pero: ¿en qué consiste el carácter normativo de estos derechos?

Varias teorías han intentado responder este interrogante. Algunos de los primeros textos de la nueva era constitucional propusieron determinar el alcance normativo de los derechos fundamentales desde la perspectiva de las llamadas teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y la del Estado Social¹⁵. Desde luego, estas teorías son necesarias para interpretar los derechos fundamentales, porque determinan una parte imprescindible del significado, vinculante para los poderes públicos, que debe atribuirse a las disposiciones constitucionales que los establecen. Por ejemplo, el contenido del artículo 20 CE, que establece las libertades de expresión y de información, no puede determinarse sin recurrir al concepto de libertad negativa, fraguado por la teoría liberal. Según este concepto, el titular de la libertad de expresión tiene derecho a expresar lo que quiera, sin ninguna intervención externa. Sin embargo, las teorías materiales no bastan para interpretar los derechos fundamentales. En ciertos casos, la aplicación de estas teorías puede conducir a una colisión entre interpretaciones contradictorias entre sí. Un caso típico es aquél en el cual, una interpretación liberal de la libertad de expresión prohíbe al Legislador penal imputar una pena de prisión severa a quien colabore con una banda armada, mediante la difusión televisiva de vídeos amenazantes en tiempo de elecciones¹⁶, mientras, a la vez, el principio democrático permite o incluso ordena la imposición de una pena semejan-

¹¹ Sobre las teorías de los derechos fundamentales en España, *cfr.* BERNAL PULIDO, 2005: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., pp. 348 y ss.

¹² El art. 9.1 prescribe: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Por su parte, el art. 53.1 establece: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)».

¹³ El carácter normativo de los derechos fundamentales fue reconocido muy pronto, tras 1978, por la doctrina del Derecho público. *Cfr.* el paradigmático libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.

¹⁴ Sobre el significado de la expresión «lirica constitucional», y su relación con los derechos fundamentales de la República de Weimar en Alemania, *Cfr.* ALEXY, 2003: 33.

¹⁵ *Cfr.* BERNAL PULIDO, 2005: 253 y s.

¹⁶ *Cfr.* STC 136/1999.

te. En este tipo de casos, resulta forzoso utilizar también un criterio estructural para la interpretación de los derechos fundamentales. Los criterios estructurales determinan el contenido de las disposiciones de derecho fundamental mediante un análisis de su estructura normativa.

Desde 1981 hasta 1995 el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en algunas sentencias. Sin embargo, no lo hizo de manera sistemática. En estas primeras sentencias, el Tribunal definió este principio como un «criterio»¹⁷, «factor»¹⁸, «regla»¹⁹ o «examen»²⁰ para la aplicación de los derechos fundamentales. No obstante, durante esta época el Tribunal aplicó casi sin excepción²¹ la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales²². Un factor que contribuyó a la pronta recepción de esta teoría de origen alemán, fue el hecho de que el artículo 53.1 CE incluyó una cláusula similar a la del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana²³, en la cual, el concepto de contenido esencial juega el papel determinante como límite de los límites de los derechos fundamentales.

A causa de los problemas conceptuales de la teoría absoluta del contenido esencial²⁴, en un conocido texto, Ignacio DE OTTO²⁵ propuso renunciar a su aplicación y optar por una teoría interna de los derechos fundamentales, inspirada en la teoría lingüística de Friedrich MÜLLER. La propuesta de DE OTTO fue acogida y aún es seguida hoy día por algunos autores²⁶. Esta teoría propone un modelo subsuntivo puro para la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, un modelo de subsunción sin ponderación. Con todo, desde 1995 el Tribunal Constitucional se ha inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estructurales para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

¹⁷ Cfr. las STC 57/1984, 19/1988, 85/1992 y STC 219/1992. Cfr. sobre la historia del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: GONZÁLEZ BELFUSS, M., 2003: *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Aranzadi-Thomson.

¹⁸ Cfr. STC 57/1984.

¹⁹ Cfr. STC 37/1989, STC 113/1989.

²⁰ Cfr. STC 215/1994, STC 76/1990, STC 207/1996.

²¹ Durante esta época, el Tribunal Constitucional sólo de manera excepcional decidió ciertos casos mediante la ponderación. Cfr. por ejemplo, la STC 215/1994.

²² Cfr. entre muchas otras, la paradigmática STC 11/1981, en la que el Tribunal Constitucional definió los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la llamada teoría absoluta.

²³ Cfr. el texto citado en la nota 11.

²⁴ Sobre estos problemas, Cfr. BERNAL, 2005: 405 y ss.

²⁵ DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, e *id.*, 1988: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, pp. 95 y ss. DE OTTO cita de manera explícita las obras de MÜLLER: *Juristische Methodik* (Berlín: Duncker & Humblot, 3.ª ed., 1989) y *Die Positivität der Grundrechte* (Berlín: Duncker & Humblot, 2.ª ed. ampliada, 1990).

²⁶ Cfr. entre otros: RODRÍGUEZ-TOUBES, 2000: *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ PUJALTE, 1997: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; OLLERO, 2000: «La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal», *Pensamiento y cultura*, n.º 3, pp. 157 y ss.; CIANCIARDO, 2000: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, y SERNA, «Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura*, n.º 4, pp. 197 y ss.

1.2. La recepción de la teoría de los principios en España

La STC 66/1995 representa un hito en la recepción de la teoría de los principios en España. El Tribunal Constitucional declaró por primera vez en esta sentencia que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante el principio de proporcionalidad. De acuerdo con el Tribunal, el eje de este examen es la pregunta de si la intervención en los derechos fundamentales que se analiza, cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o en los términos de la sentencia: «si tal medida [es] susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, [es] necesaria en el sentido de que no [existe] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma [es] proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»²⁷ (énfasis de C. B.). Desde entonces, el principio de proporcionalidad se ha aplicado en la jurisprudencia constitucional como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales²⁸. Asimismo, la ponderación se ha utilizado como el más determinante criterio estructural para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales²⁹. El Tribunal Constitucional ha declarado que ningún derecho fundamental es absoluto³⁰. Por lo tanto, las colisiones entre derechos fundamentales no pueden resolverse mediante un orden lexicográfico de los mismos³¹, sino por medio de la ponderación. La jurisprudencia constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión entre derechos fundamentales lleve a cabo una ponderación³². Finalmente, el Tribunal Constitucional exige que, para ser conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, las intervenciones del poder judicial en los derechos fundamentales —en especial aquellas de índole procesal— deben fundamentarse de manera expresa mediante una ponderación³³.

Como quiera que existe una relación de implicación necesaria entre la definición de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización, por un parte, y el principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Constitucional³⁴, por otra, un conjunto significativo de autores —algunos de ellos con ciertos matices de divergencia— han considerado que la teoría de los principios ofrece un fundamento apropiado para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales

²⁷ STC 66/1995.

²⁸ Cfr. entre otras, las SSTC 55/1996; 207/1996; 161/1997; 200/1997; 49/1999 y 136/1999.

²⁹ Cfr. entre otras, las SSTC 138/1996; 144/1998; 21/2000; 112/2000; 76/2002; 154/2002 y 54/2004.

³⁰ SSTC 159/1986, 105/1990, 37/1987 y 57/1994.

³¹ El orden lexicográfico de derechos fundamentales propuesto por Luigi FERRAJOLI es bien conocido en el ámbito español. Sobre este orden, cfr. «Diritti fondamentali», «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» e «I fondamenti dei diritti fondamentali», todos publicados en: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza, 2001 (tiene traducción al castellano por A. DE CABO *et al.*, 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta). J. RAWLS también propone un orden lexicográfico de derechos fundamentales en: «The Basic Liberties and Their Priority», en: RAWLS, 1983: *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City.

³² STC 54/2004.

³³ STC 169/2001.

³⁴ ALEXY, 2001: 111 y ss.

de la Constitución Española. ATIENZA³⁵ y RUIZ MANERO³⁶, GARCÍA FIGUEROA³⁷, GASCÓN ABELLÁN³⁸, MEDINA GUERRERO³⁹, PRIETO SANCHÍS⁴⁰ y el autor de este texto⁴¹ hemos defendido, en lo esencial, esta idea. Sin embargo, la teoría de los principios también se ha enfrentado en España con una crítica contundente⁴².

2. LAS OBJECIONES EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

2.1. La irracionalidad de la ponderación

Según un primer grupo de objeciones, la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad y la solución de colisiones entre derechos fundamentales mediante la ponderación es irracional. En adelante nos referiremos a esta objeción como la «irracionalidad de la ponderación». En este sentido, por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO considera que la ponderación «no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico»⁴³. Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación se refieren, también en España⁴⁴, a la indeterminación conceptual, la incompa-

³⁵ Cfr. ATIENZA, 1997: *Derecho y Argumentación Jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; *id.*, 1997: «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, pp. 246 y ss.; *id.*, «Derechos fundamentales y argumentación judicial», Manuscrito.

³⁶ Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel; *id.*, 2000: *Ilícitos Atípicos*, Madrid: Trotta.

³⁷ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, «Principios y derechos fundamentales», en BETEGÓN, LAPORTA, DE PÁRAMO y PRIETO SANCHÍS (eds.), 2004: 235 y ss.

³⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, «Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación», en LAPORTA (ed.), 2003: *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 183 y ss.

³⁹ Cfr. MEDINA GUERRERO, 1997: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw Hill; *id.*, 1998: «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de derecho público*, n.º 5, pp. 119 y ss.

⁴⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

⁴¹ Cfr. BERNAL, 2005: 613 y ss.

⁴² En este texto no consideraré las objeciones generales en contra de la distinción entre reglas y principios —sobre este aspecto, cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons, p. 239; RODRÍGUEZ-TOUBES, 1998: «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, 6, pp. 397 y ss.; *id.*, 2000: *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, Madrid—, ni en contra de la tesis de que esta diferencia es conceptual —sobre este aspecto cfr. MORESO, «El encaje de las piezas del Derecho (primera parte)», *Isonomía*, n.º 14, pp. 136 y ss.; *id.*, «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL (ed.), 2003: 99 y ss.; PRIETO SANCHÍS, 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; *id.*, 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid—, ni en contra de la relación entre reglas y principios en la teoría de los principios —sobre este aspecto, cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996; cfr. también la respuesta de ALEXY en: «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en SCHILCHER, B. et al. (eds.), 2000: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, pp. 31 y ss. (tiene traducción al castellano de BERNAL PULIDO, como «Sobre la estructura de los principios jurídicos» en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

⁴³ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, 1999: *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, p. 73. También: HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de M. JIMÉNEZ REDONDO), Madrid: Trotta, pp. 327 y ss.

⁴⁴ Sobre la racionalidad de la ponderación, cfr. BERNAL PULIDO, 2006: «La racionalidad de la ponderación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 77. También: DA SILVA, 2003: *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, pp. 89 y ss.

rabilidad e incommensurabilidad de los principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

2.1.1. *La indeterminación conceptual*

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder⁴⁵, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios⁴⁶. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía⁴⁷, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo⁴⁸. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera⁴⁹. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

2.1.2. *La incomparabilidad y la incommensurabilidad de los objetos que se ponderan*

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables⁵⁰. De acuerdo con la crítica, la incommensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos⁵¹, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una «unidad de medida»⁵², así como

⁴⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos. Elementos de la crítica del neoconstitucionalismo», Bogotá: publicación en Temis. Asimismo, LEISNER, 1997: *Der Abwägungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 171.

⁴⁶ STAMMLER, 1923: *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle: Buchhandlung des Weisshauses, 2.ª ed., p. 447. En tiempos más recientes: BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen», en: *id.*, 1991: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, pp. 184 y ss.; MAUS, 1989: «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», *Rechtstheorie*, n.º 20, pp. 197 y ss.; GREENGALT, «Objectivity en Legal Reasoning», en: *id.*, 1992: *Law and Objectivity*, Oxford-New York: Oxford University Press, p. 205.

⁴⁷ OSSENBÜHL, 1995: «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, p. 905.

⁴⁸ BETTERMAN, 1964: «Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit», *Juristenzeitung*, pp. 601 y s.

⁴⁹ GARCÍA AMADO, 1996-1997: «¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *Archivo de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, p. 71.

⁵⁰ MORESO, «Alexy y la aritmética de la ponderación», *Manuscrito*. También: HIRSCHBERG, 1981: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Otto Schwartz & Co., pp. 72 y ss., 132 y ss., 153 y ss.; JANSEN, «Die Struktur rationaler Abwägungen», en: BROCKMÖLLER *et al.* (eds.), 1997: *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, ARSP, Beiheft 66, pp. 152 y ss.; GÜNTHER, 1988: *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., pp. 275 y ss.; TRIBE, 1985: «Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency», *Harvard Law Review*, n.º 98, p. 595; HENKIN, 1978: «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *Columbia Law Review*, n.º 78, p. 1048; FRANTZ, 1963: «Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelssohn», *California Law Review*, n.º 51, p. 748.

⁵¹ Sobre el concepto de incommensurabilidad, cfr.: RAZ, «Incommensurability and Agency», en: *id.*, 2001: *Engaging Reason*, Oxford: Oxford University Press, p. 46.

⁵² HABERMAS, «Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en: *id.*, 1996: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., p. 369.

tampoco una «moneda común que posibilite» fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión⁵³.

2.1.3. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*

Según la tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*⁵⁴, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.

2.1.4. *La relación entre las objeciones en contra de la ponderación*

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

2.2. La teoría de los principios, la democracia y el Estado de Derecho

La irracionalidad de la ponderación es un problema filosófico jurídico. Sin embargo, según los críticos, este problema proyecta sus efectos sobre un segundo problema de derecho constitucional. Se trata de la pretendida carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para ponderar. Si la ponderación es irracional, se argumenta, entonces el Alto Tribunal no tiene legitimidad constitucional para ponderar. Si, a pesar de ello, el Tribunal adopta decisiones mediante la ponderación, interviene entonces ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado⁵⁵.

2.2.1. *La vulneración del principio democrático*

Una vulneración semejante de las competencias de otros poderes públicos tendría lugar en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes e implicaría, a su vez,

⁵³ ALEINIKOFF, 1987: «Constitutional Law in the Age of Balancing», *Yale Law Journal*, n.º 96, p. 973.

⁵⁴ MORESO, «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL (ed.), 2003: 99 y ss.; también: BETHGE, 1997: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Munich: Franz Vahlen, p. 276; SCHNEIDER, 1979: *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden: Nomos, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión «particularismo» para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. Cfr. MORESO, 2003; CELANO, 2002: «Defeasibility e bilanciamento. Sulla posibilita di revisión stabili», *Ragione Pratica*, n.º 18.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005: «Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares», *Estudios de derecho*, n.º 139, pp. 101 y ss. También: FRIED, 1963: «Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test», *Harvard Law Review*, n.º 76, pp. 759 y ss.; LERCHE 1961: *Übermaß y Verfassungsrecht*, Colonia: Carl Heymanns, et al., p. 130.

una vulneración del principio democrático. En España también se ha sostenido que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»⁵⁶. Como consecuencia de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales imponen, se ha argumentado, desaparecen los márgenes de acción del Legislador⁵⁷. Bajo la teoría de los principios, el Legislador no puede elegir entre las posibles formas de concretar la Constitución, porque tiene la obligación de satisfacer los derechos fundamentales en la mayor medida posible, es decir, en sus puntos óptimos⁵⁸. No obstante, el problema consiste en que no siempre es posible identificar objetivamente mediante la ponderación, cuales son los puntos óptimos en que los principios en colisión deben satisfacerse. Por esta razón, resulta imposible para el Tribunal Constitucional llevar a cabo ponderaciones objetivas. Como consecuencia, se aduce, la ponderación lleva al Tribunal Constitucional a ocupar el lugar de la Constitución. Sus variopintas apreciaciones subjetivas anulan las decisiones que el Legislador ha adoptado legítimamente por medio del proceso democrático. La ponderación se convierte entonces en un sofisma de distracción para que el Tribunal Constitucional establezca con una legitimidad artificiosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que, según la mera ideología de los jueces constitucionales de turno, debería decir. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales llevaría al Tribunal Constitucional a intervenir indebidamente en el campo de la política⁵⁹.

2.2.2. La vulneración del principio del Estado de Derecho

Además de lo anterior, la crítica sostiene que la teoría de los principios lleva a que el Tribunal Constitucional vulnere las competencias de la jurisdicción ordinaria y, de este modo, el principio de división de poderes, que es uno de los subprincipios del Estado de Derecho. La vulneración se produce siempre que el Tribunal Constitucional controla la interpretación de las leyes o la valoración de pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria, y la sustituye por una interpretación o valoración diferente, cuya corrección se fundamenta en la ponderación⁶⁰. También en este contexto se argumenta que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»⁶¹. Como quiera que los derechos fundamentales proyectan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, el derecho ordinario se constitucionaliza. Esta constitucionalización hace que la interpretación de las reglas y los principios del derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria, tenga que satisfacer las exigencias de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales establecen. El Tribunal Constitucional puede controlar el

⁵⁶ FORSTHOFF, 1975: *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 242.

⁵⁷ Cfr. sobre esta objeción: BÖCKENFÖRDE, 1991: 197. Cfr. asimismo la réplica de ALEXY, 2002: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» (traducción al castellano de BERNAL PULIDO), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, pp. 14 y ss.

⁵⁸ GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos. Elementos del crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

⁵⁹ Cfr. JIMÉNEZ REDONDO, 1988: «¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?», *Doxa*, n.º 5, pp. 135 y ss.; asimismo: ALEINIKOFF, 1987: 984 y ss.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005.

⁶¹ FORSTHOFF, 1975.

cumplimiento de estos mandatos de optimización mediante el recurso de amparo. De nuevo aquí el argumento sostiene que el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión no puede conocerse de forma objetiva mediante la ponderación. Como consecuencia, el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional no puede ser objetivo. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales lleva al Tribunal Constitucional a interferir indebidamente en el campo de la interpretación del derecho ordinario. Esta interferencia tiene notables repercusiones, sobre todo, por cuanto la jurisdicción ordinaria esta vinculada a la jurisprudencia constitucional⁶².

2.3. La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional

De acuerdo con GARCÍA AMADO, la teoría de los principios es una versión del llamado neoconstitucionalismo, que representa un tipo de ingenuo formalismo constitucional⁶³. La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional⁶⁴. Mediante la ponderación se trata de encontrar el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión. La posibilidad de encontrar ese punto, aduce la crítica, supone entender a la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente, que subyace al texto constitucional y que es independiente de él⁶⁵. Este sistema es una Constitución «metafísica» o «material», que prescribe una única respuesta para cada caso posible. La Constitución material, a su vez, es el resultado de la institucionalización de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental. Si esto es así, entonces lo que importa en definitiva es esa moral positivizada y no lo que establece el texto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la positividad de la Constitución se vuelve superflua. Ya no interesa el significado de lo que prescribe el texto constitucional, sino lo que los principios morales positivizados, en cuanto sistema independiente, ordenen o prohíban. La Constitución material está caracterizada por tres propiedades: es plena (no tiene lagunas), coherente (está exenta de contradicciones normativas) y clara (está exenta de indeterminación). Por consiguiente, continúa la crítica, cuando el Tribunal Constitucional la aplica, carece de discrecionalidad. El Tribunal Constitucional no puede elegir entre posibles interpretaciones del texto indeterminado de los derechos fundamentales, sino solamente reconocer la única respuesta correcta⁶⁶. Por esta razón, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen un carácter meramente formal. Ellas se limitan a efectuar una ponderación formal de premisas y llevan necesariamente al resultado que ya aparece predeterminado por la Constitución material.

⁶² Cfr. art. 164.1 CE, art. 40.2 LOTC y art. 5.1 LOPJ.

⁶³ Cfr. GARCÍA AMADO, 2005; *id.*, «Derechos y pretextos. Elementos del crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

⁶⁴ Sobre el concepto de «formalismo», como una visión que desconocer la indeterminación de las disposiciones jurídicas y rechaza la existencia de un margen de discrecionalidad del juez: Cfr. SHAUER, 1988: «Formalism», *The Yale Law Journal*, vol. 97, n.º 4, pp. 511 y ss.

⁶⁵ GARCÍA AMADO, 2004: «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, pp. 46 y ss.

⁶⁶ GARCÍA AMADO, «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice», *Berbiquí*, n.º 30, pp. 14 y ss.

En este sentido, la teoría de los principios es comparable con la jurisprudencia de conceptos. Para las dos teorías, el sistema jurídico no está compuesto por normas sino por principios, que no están dotados de una existencia empírica, física, psíquica o social, sino ideal⁶⁷. Se supone que el Tribunal Constitucional puede reconocer esta existencia ideal. De este modo, el método jurídico de la teoría de los principios conduce a cierto tipo de epistemismo. Se parte de la base de que el juez puede conocer plenamente el contenido de los principios.

GARCÍA AMADO sostiene que esta es una reconstrucción inadecuada del sistema jurídico. Este autor rechaza la posibilidad de que exista una constitución material como la descrita, que pueda proveer una única respuesta correcta para cada caso concreto. Además, sostiene que la ponderación supone una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional, que iría aparejada a una extensión de sus competencias, a todas luces incompatible con la democracia. Uno de sus principales argumentos es que los principios morales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad pluralista. Por esta razón, el juez no puede conocer objetivamente su contenido.

3. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Aquí defenderé la tesis de que la teoría de los principios puede imponerse frente a todas estas objeciones y, por tanto, puede utilizarse como fundamento para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Para tal fin, en primer lugar, aduciré ciertos argumentos a favor de la racionalidad de la ponderación. En segundo lugar, responderé a las objeciones concernientes al formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios y a la pretendida legitimación que esta teoría otorgaría al Tribunal Constitucional para intervenir indebidamente en los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria.

3.1. La racionalidad de la ponderación

3.1.1. *El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación*

Para comenzar, es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo⁶⁸. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es

⁶⁷ Cfr. asimismo: HERNÁNDEZ MARÍN, 2005: pp. 325 y ss.

⁶⁸ Cfr. sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: SIECKMANN, 2002: «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung. Das Problem der Begrenzung der Besteuerung», *Der Staat*, n.º 41, pp. 392 y ss.; BOROWSKI, 2000: «La restricción de los derechos fundamentales» (traducción al castellano de R. ARANGO), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, p. 46.

plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites⁶⁹. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Ella sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribieran explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible⁷⁰. La existencia un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada. Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura reconocer los límites de su propia racionalidad⁷¹.

3.1.2. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico⁷². La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico⁷³.

⁶⁹ Sobre el concepto de hiperracionalidad: Cfr. ELSTER, 1990: *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, capítulo 1.

⁷⁰ Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, cfr. GÜNTHER, 1993: «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special. Case Thesis"», *Ratio Juris*, n.º 6, pp. 151 y ss.

⁷¹ Cfr. BERNAL PULIDO, 2006.

⁷² Cfr. sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: SEARLE, 2000: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de L. M. VALDÉS Villanueva), Barcelona: Ediciones Nóbel, pp. 109 y ss. De un modo similar: HABERMAS, 2002: «Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla», *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de P. FABRA y L. Díez, Trotta), Madrid, 1999, pp. 103 y ss.

⁷³ La ponderación hace posible construir fundamentaciones claras, consistentes, saturadas, lógicas y coherentes. Sobre estas exigencias de la racionalidad práctica, cfr. ALEXY, 1989: *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de M. ATIENZA e I. ESPEJO), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 185 y ss.

Las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad y la incommensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación —«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁷⁴— determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación. Esta estructura puede dividirse en los tres pasos que ALEXY diferencia en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro»⁷⁵. La fórmula del peso⁷⁶ amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclarar cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador⁷⁷.

Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. Desde luego, la fórmula del peso no es un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deban tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar,

⁷⁴ Cfr. ALEXY, 2001: 92 y ss.

⁷⁵ ALEXY, 2002: 32.

⁷⁶ ALEXY, «Die Gewichtsformel», en JICKELI, J. et al. (eds.), 2003: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, pp. 771 y ss.:

$$GPI_i, jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. ALEXY sostiene que es posible atribuir un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2.^o, es decir, 1; medio 2¹, es decir, 2; y grave 2², es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2.^o, es decir, 1; plausible 2⁻¹, es decir 1/2; y no evidentemente falso 2⁻², es decir, 1/4. A mi modo de ver, esta atribución de valor puede ser sólo metafórica, así como sólo metafórica puede ser la función que cumple el signo de multiplicación que relaciona las variables. Cfr. sobre esta crítica: BERNAL PULIDO, 2006.

⁷⁷ ALEXY, 2002: 40.

en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a estas variables en el marco de la escala triádica. Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, debe concluirse que la fórmula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes en los casos difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que esta determinación debe ser correcta. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quien observa la fórmula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los casos difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial.

Es bien posible refinar la estructura de la fórmula del peso. La doble escala triádica⁷⁸ propuesta por ALEXY es una estrategia para ello. Otra posibilidad consiste en establecer un conjunto de reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables⁷⁹. La formulación de estas reglas presupone la distinción entre las premisas normativas y empíricas que son relevantes para la determinación de las mencionadas magnitudes. Con su formulación del tipo «tanto mayor... cuanto mayor», estas reglas establecen un sistema de cargas de argumentación que no eliminan pero si delimitan un poco más el margen de deliberación del juez. De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial. También se hace explícito, cómo debe decidirse un caso, cuando a la carga de argumentación no se opone ningún argumento que tenga el peso suficiente para vencerla. No obstante, refinar la fórmula del peso genera un problema de complejidad. Cuanto mas se refine la fórmula del peso, tanto mas compleja será su aplicación. Con todo, éste no es un problema de la fórmula del peso como tal, sino una propiedad de su objeto, es decir, los principios de derecho fundamental. La aplicación de los derechos fundamentales implica la consideración de un número extenso de premisas normativas y fácticas, cuya importancia y singularidad varía en cada caso concreto. Esta propiedad, por tanto, afectará a todos los métodos alternativos para la aplicación de los derechos fundamentales.

Finalmente, es preciso enfatizar que la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia *ad hoc*. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface *levemente* las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como éste implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La única manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa. Asimismo,

⁷⁸ Cfr. ALEXY, 2004: «Discourse Theory and Fundamental Rights», en MENÉNDEZ, A., y ERIKSEN, E. (eds.), *Fundamental Rights through Discourse*, Arena Report 9, p. 51.

⁷⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, 2005: 613 y ss., en donde se propone un sistema de 87 reglas argumentativas para la aplicación del principio de proporcionalidad; BERNAL PULIDO, 2006. Asimismo: CLERICO, 2000: *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, pp. 212 y ss.

los resultados de las ponderaciones entre derechos fundamentales no representan decisiones aisladas. La ley de la colisión —«Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»⁸⁰— es la base para la construcción de una red de normas adscritas de derecho fundamental, que se concretan mediante la ponderación, y que conforman el contenido de los derechos fundamentales. En España, por ejemplo, son bien conocidas las normas adscritas de derecho fundamental que el Tribunal Constitucional ha concretado para la solución de las colisiones entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor⁸¹. En cuanto contenido de precedentes jurisprudenciales, estas normas adscritas deben aplicarse en casos futuros que sean idénticos o análogos. En estos casos futuros, al Tribunal Constitucional le basta llevar a cabo una subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de las normas adscritas concretadas en sentencias anteriores. No necesita llevar a cabo una nueva ponderación, a menos que sea necesario modificar el sentido de los precedentes. Ahora bien, estas mismas consideraciones se aplican en relación con la atribución de las magnitudes correspondientes a las variables de la fórmula del peso. La red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a las disposiciones de los derechos fundamentales. La rigidez de las disposiciones de los derechos fundamentales y la fuerza vinculante de los precedentes garantizan la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias. De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones.

3.2. El respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental

La objeción del formalismo constitucional debe refutarse, sobre la base de que la teoría de los principios respeta los límites de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental. Es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos⁸². Esta tesis puede fundamentarse no sólo desde un punto de vista filosófico jurídico, sino también, histórico. Los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución. Como consecuencia de esta prioridad histórica y conceptual, quien quiera indagar el contenido de una disposición de derecho funda-

⁸⁰ Cfr. ALEXY, 2001: 94.

⁸¹ Cfr. entre muchas otras la: STC 54/2004. Asimismo: SALVADOR CODERCH, 1995: *El derecho de la libertad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 95 y ss.

⁸² ALEXY, 2000: «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático» (traducción al castellano de M. C. AÑANOS MEZA), *Derechos y libertades*, n.º 8, pp. 12 y ss.

mental mediante la interpretación, debe buscar en la moral crítica. Ahora bien, quien quiera rechazar la institucionalización de estos conceptos morales en los derechos fundamentales, debe rechazar también la positividad de estos derechos y con ello, un rasgo decisivo del Estado constitucional democrático: la protección del individuo frente al abuso del poder.

No obstante, la tesis de la institucionalización no implica la existencia de una constitución «metafísica», independiente del texto constitucional. La teoría de los principios reconoce la positividad de los derechos fundamentales. Los principios de derecho fundamental no tienen una existencia ideal. Su existencia es de derecho positivo. Ellos tienen validez como normas jurídicas, bajo las condiciones del sistema jurídico. Las disposiciones de derechos fundamentales son el elemento principal de los derechos fundamentales⁸³. Ellas definen el contenido de estos derechos. La institucionalización atribuye a los derechos fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y prevalece sobre a su fundamentación moral. Ahora bien, lo que ocurre es que el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales es indeterminado y está dotado de un margen semántico en relación con el objeto de los principios. La interpretación de los derechos fundamentales consiste en establecer, dentro de ese margen semántico, qué es lo debido. A pesar de los problemas interpretativos que se originan a partir de los derechos fundamentales, sí resulta meridiano que este margen semántico tiene ciertos límites —los límites del significado posible del tenor literal de la Constitución—, a los que se suman los que derivan de los límites directamente constitucionales⁸⁴. Aunque un principio pueda tener un significado más comprensivo en la dimensión de la moral, su contenido jurídico se limita a lo que establezca la correspondiente disposición de derecho fundamental dentro de sus márgenes semánticos. La aplicación de un principio mediante la ponderación presupone que este principio, es decir, el mandato de optimización, se subsume dentro del supuesto de hecho de una disposición de derecho fundamental. Como consecuencia, los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental limitan las posibilidades semánticas de la optimización de los principios. Estas posibilidades semánticas se determinan aun más por medio de los precedentes que sientan las sentencias del Tribunal Constitucional. Con todo, las disposiciones de derecho fundamental ostentan una prioridad sobre los precedentes. La fuerza vinculante de los precedentes puede anularse mediante una reforma constitucional.

La teoría de los principios no defiende la tesis de que dentro de los márgenes semánticos de los derechos fundamentales existe una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescribe una respuesta correcta para cada caso. Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción⁸⁵. Mediante los márgenes de acción estructural del Legislador, es decir, el margen de acción para la determinación de fines y el margen de acción para la elección de medios, la teoría de los principios garantiza el respeto del principio democrático. De esta ma-

⁸³ ALEXY, 2001: 63 y ss.

⁸⁴ ALEXY, 2001: 277 y ss.

⁸⁵ Sobre la teoría de los márgenes de acción: *Cfr.* ALEXY, 2002: 23 y ss.; ALEXY, 2002: «Verfassungsrecht y einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit y Fachgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, n.º 61, pp. 16 y ss.; DA SILVA, 2003: 113 y ss.

nera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de los mandatos de optimización. Las disposiciones de derecho fundamentales no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Pues bien, en donde la Constitución nada prescribe, el Legislador tiene competencia para decidir.

Algo similar puede decirse de la relación entre los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. Las disposiciones de derechos fundamentales son en muchos casos indiferentes en relación con la interpretación del Derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legislativas que sean acordes con la Constitución, en los casos en que no sea procedente llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución. Asimismo, la jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la valoración de las pruebas, siempre y cuando no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.3. Los límites epistémicos de los principios

Ahora bien, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización. Lo pertinente es incluir la dogmática de los márgenes de acción en la definición de los principios de derecho fundamental. Desde luego, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del Derecho ordinario y la valoración de pruebas. Para evitar interpretaciones de esta naturaleza, debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y —aquí viene la modificación— *epistémicas* existentes.

Las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización. La teoría de los principios parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión. Las posibilidades del Tribunal Constitucional para reconocer la magnitud que corresponda a cada una de las variables de la fórmula del peso, son limitadas. Estos límites se proyectan en la seguridad de las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación. Las premisas empíricas⁸⁶ son relevantes en la determinación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del otro. Esta intensidad depende de la eficacia, velocidad, probabilidad, alcance y duración de la intervención y de la correlativa satisfacción de uno y otro principio en colisión⁸⁷. Los límites epistémicos se originan, en primer lugar, a causa de la dificultad de determinar la magnitud que corresponda a cada una de estas variables re-

⁸⁶ Ellas también son relevantes en la aplicación de los subprincipios de idoneidad y de necesidad, del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Cfr. ALEXY, 2001: 111.

⁸⁷ BERNAL PULIDO, 2006.

lativas a las premisas empíricas, y en segundo lugar, a causa de la complejidad de hacer un análisis conjunto de todas estas variables. En todo caso, los límites epistémicos relativos a las premisas empíricas se incluyen en la tercera variable (S) de la fórmula del peso, concerniente a la seguridad de las premisas.

Las premisas normativas también juegan un importante papel en la catalogación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del principio contrario. El significado⁸⁸ que la posición de derecho fundamental afectada tiene para el titular de los principios en colisión y la importancia para el contenido de ese principio⁸⁹, se establecen por medio de premisas normativas. Estas premisas también juegan un papel decisivo en la determinación del peso abstracto de los principios. Los límites epistémicos aparecen de nuevo en estos dos ámbitos. Las disposiciones de derecho fundamental no determinan por sí mismas, cuál es el significado y cuál la importancia que revisten las posiciones de derecho fundamental en cada caso, ni cuál es el peso abstracto de los principios. Desde luego, existen casos fáciles en relación con estas variables. Sin embargo, no existe ninguna clasificación de los pesos abstractos de los principios en las categorías de la escala triádica, que el juez pueda reconocer. Lo único que puede decirse es que, en los casos difíciles, el juez debe decidir según la mejor materia de la Constitución. Sin embargo, el problema es que no siempre es claro, qué es lo que exige esta teoría en una sociedad pluralista. En todo caso, los límites epistémicos de las premisas normativas deben incluirse en la fórmula del peso. Una posibilidad consiste en integrarlos en la tercera variable (S), es decir, en la seguridad de las premisas. De esta manera, la seguridad no solo se referirá a la de las premisas empíricas, sino también a la de las premisas normativas. Esta tercera variable institucionaliza en la fórmula del peso la ley epistémica de la ponderación, según la cual: «cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención»⁹⁰. La tercera variable incluye también en la fórmula del peso la posibilidad de graduar la intensidad del control que el Tribunal Constitucional lleva a cabo. Una regla para ello es aquella, según la cual, cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto más intenso deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional⁹¹. Esta regla se sigue lógicamente de la ley epistémica de la ponderación, porque, el aumento en la intensidad del control que practica el Tribunal Constitucional significa este Tribunal debe ser más severo al exigir una mayor certeza de las premisas que fundamentan la intervención en el derecho fundamental. De esta manera, el control del Tribunal Constitucional no debe ser siempre de mínimos o de máximos, sino de intensidad variable, de acuerdo con la intensidad de la intervención en el derecho fundamental⁹². En este sentido es posible estructurar un control de constitucionalidad de varias intensidades, como aquel que lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para enjuiciar las intervenciones en el principio de igualdad, o el Tribunal Constitucional alemán, cuando en el famoso *Mitbestimmung-*

⁸⁸ Cfr. sobre el concepto de significado: RAWLS, 1996: *El liberalismo político* (traducción de A. DOMÉNECH), Barcelona: Grijalbo-Mondadori, p. 373.

⁸⁹ BERNAL PULIDO, 2006.

⁹⁰ ALEXY, 2002: 55.

⁹¹ BERNAL PULIDO, 2005: 800. Asimismo: SCHLINK, 1976: *Abwägung und Verfassungsrecht*, Berlin: Düncker & Humblot, p. 50.

⁹² A esta variable puede sumarse otra: cuanto mayor sea la certeza de las premisas que deba utilizar el Tribunal Constitucional para llevar a cabo su control, tanto más intenso deberá ser dicho control.

*surteil*⁹³ estableció los conocidos tres tipos de control: un control de evidencia, un control de intensidad intermedia y un control sustancial intensivo.

Los límites epistémicos de los principios posibilitan la existencia de márgenes de acción epistémicos de tipo empírico y normativo para el Legislador⁹⁴ y para la jurisdicción ordinaria. De acuerdo con el principio democrático⁹⁵, está permitido al Legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. De manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas. La existencia de estos márgenes de acción excluye toda posibilidad de incurrir en un formalismo, como aquel que objeta GARCÍA AMADO. Justo todo lo contrario, la concepción de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación, logra ligar de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del Legislador y de la Jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta.

⁹³ Cf. BVerfGE 50, pp. 290 y ss.

⁹⁴ ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, pp. 27 y ss.

⁹⁵ ALEXY, 2002: 49 y ss.



